



**Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino**

**A CURA DI
CHIARA BESSO E MATTEO LUPANO**

Separarsi e divorziare senza giudice?

QUADERNI DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO

8/2018

SEPARARSI E DIVORZIARE SENZA GIUDICE?

A CURA DI
CHIARA BESSO E MATTEO LUPANO

Ledizioni

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto ad una revisione da parte di una Commissione di Lettura interna nominata dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza. Detta Commissione ha formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare l'opera.

© 2018 Ledizioni LediPublishing

Via Alamanni, 11 – 20141 Milano – Italy
www.ledizioni.it
info@ledizioni.it

Chiara Besso e Matteo Lupano (a cura di), *Separarsi e divorziare senza giudice?*

Prima edizione: luglio 2018
ISBN 9788867058099

Progetto grafico: ufficio grafico Ledizioni

Informazioni sul catalogo e sulle ristampe dell'editore: www.ledizioni.it

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da Ledizioni.

INDICE

CHIARA BESSO, MATTEO LUPANO	
Introduzione	7

PARTE I: L'ORDINAMENTO ITALIANO

ANDREA GRAZIOSI	
Dall'indissolubilità del matrimonio al recesso unilaterale dall'unione civile	15

CESARE CASTELLANI	
La negoziazione assistita dagli avvocati: il punto di vista del giudice	31
Appendice di giurisprudenza	38

MARIA CRISTINA BRUNO VOENA	
Il ruolo dell'avvocato a seguito dell'introduzione legislativa della "alternative dispute resolution"	51

PARTE II: GLI ALTRI ORDINAMENTI

VINCENT EGÉA	
Le divorce par consentement mutuel sans juge en droit français	61
Il divorzio consensuale senza giudice nel diritto francese (traduzione italiana)	79

MARIA FEDERICA MOSCATI	
Risoluzione dei conflitti alternativa al giudizio e diritto di famiglia in Inghilterra	97

ELENA D'ALESSANDRO	
La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio: profili di diritto processuale civile europeo	109

MATERIALI

collazionati da DAVIDE CASTAGNO

I – UNIONE EUROPEA

1. Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003 121
2. Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008 137
3. Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010 153
4. Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza del 20 dicembre 2017 159

II – ITALIA

1. Decreto Legge n. 132 del 12 settembre 2014 163
2. Circolare n. 13 del 22 maggio 2014 del Ministero dell’Interno 165
3. Circolare n. 6 del 24 aprile 2015 del Ministero dell’Interno 166
4. Circolare del 23 maggio 2018 del Ministero della Giustizia 167

III – FRANCIA

1. Code civil 171
2. Code de procédure civile 181

IV - INGHILTERRA E GALLES

1. Matrimonial Causes Act (1973) 185
2. Family Procedure Rules (2010) 191
3. Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act (2012) 200
4. Children and Families Act (2014) 211

V - PORTOGALLO

1. Decreto-Lei n.° 131/1995 213
2. Decreto-Lei n.° 272/2001 217
3. Código Civil 218

VI - ROMANIA

1. Codul Civil 227

VII - SPAGNA

1. Código civil 231
2. Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado 234

ANDREA GRAZIOSI

Professore ordinario di diritto processuale civile, Università di Ferrara

Dall'indissolubilità del matrimonio al recesso unilaterale dall'unione civile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'introduzione del divorzio in Italia. – 3. La riforma del 1987. – 4. La “degiurisdizionalizzazione” delle liti in materia di separazione e divorzio. – 5. Lo scioglimento dell'unione civile.

1. Premessa

Anzitutto il mio più sentito e sincero ringraziamento va alla professoressa Chiara Besso e agli organizzatori tutti di questa tavola rotonda, che ha tra le sue finalità anche quella di presentare, qui a Torino, il volume a mia cura *Diritto processuale di famiglia* (Giappichelli, 2016). Quest'opera, proseguendo ed ampliando l'esperienza maturata insieme a *I processi di separazione e di divorzio* (Giappichelli, 2008 e 2011), avrebbe l'ambizione di proporre all'operatore pratico e allo studioso del processo un'indagine sistematica, tecnicamente scrupolosa, che abbracci, in una visione unitaria, l'intero diritto processuale di famiglia. Naturalmente, non sta a me dire se, ed eventualmente in che misura, siamo riusciti nel nostro intento, sono però certo che questo incontro, nella sua dimensione anche comparatistica, saprà offrirci nuovi e preziosi spunti di riflessione per migliorare ancora il nostro lavoro e la conoscenza di questa delicata materia.

Venendo ora al contributo che vorrei dare al dibattito, e muovendo dalla domanda – un po' provocatoria – che ci viene posta nella sua intitolazione

(«è possibile separarsi e divorziare senza giudice?»), è mia intenzione proporre un breve *excursus* storico, sia per mettere a fuoco gli snodi fondamentali che, nell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico, hanno influito su un dilemma di questo genere, sia per comprenderne la reale portata, non solo giuridica, ma anche culturale e sociale.

2. L'introduzione del divorzio in Italia

È sulla scorta di questi presupposti ideologici che il nostro ordinamento giuridico è stato rigidamente indissolubilista fino al 1970. La famiglia era (solo) quella fondata sul matrimonio (art. 29 Cost.) e l'ordinamento statale non consentiva alcuna possibilità di sciogliere il vincolo coniugale.

Nella storia dell'ordinamento giuridico italiano era sempre stato così e lo stesso era accaduto anche negli Stati preunitari, salvo una breve pausa nel 1809 a seguito dell'annessione di parte dei territori italiani all'impero napoleonico e, conseguentemente, alla soggezione di essi al *Code Napoléon* che, per la prima volta in età moderna, contemplava la possibilità di chiedere lo scioglimento, anche consensuale, del matrimonio¹. Quello fu l'unico periodo in cui il divorzio ebbe cittadinanza nel nostro ordinamento. Tale esperienza, infatti, si chiuse rapidamente con la Restaurazione e con la progressiva riaffermazione dei singoli codici preunitari, nessuno dei quali prevedeva il divorzio.

Solo nel 1970, dopo aspri e lunghi contrasti tra il mondo cattolico e la parte più progressista e laica del Paese (sfociati, come si sa, nel *referendum* del 1974, nel quale il popolo italiano si espresse a favore del divorzio), venne introdotto il divorzio nell'ordinamento giuridico italiano con la fondamentale l. n. 898/1970 (l. div.).

Il nostro ordinamento giuridico, storicamente e saldamente indissolubilista, si trasformò così, allineandosi alla gran parte degli altri ordinamenti occidentali, in un ordinamento che ammetteva lo scioglimento del matrimonio civile (art. 2 l. div.) o la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario (art. 1 l. div.), ma solo al verificarsi di determinate condizioni rigidamente fissate dalla legge (art. 3 l. div.).

Purtuttavia, nella legge sul divorzio, l'interesse pubblicistico a garantire la stabilità del vincolo coniugale trovava ancora un riconoscimento molto significativo nel ruolo di controllo che veniva assegnato al giudice per il

1 L'art. 233 *Code Napoléon*, nella sua formulazione originaria, tra le cause di divorzio includeva «*le consentement mutuel et persévérant des époux*», da accertarsi mediante apposito procedimento.

tramite del combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3 l. div.

In particolare, va ricordato che gli artt. 1 e 2 l. div., con formulazione pressoché identica, prevedevano, e prevedono ancora oggi, che «il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile» (art. 1) o «la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio» concordatario (art. 2) «quando esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo art. 4, accerta 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»².

Il successivo art. 3 contiene, poi, l'elenco tassativo delle cause di divorzio, tra le quali la più importante e frequente a livello pratico è senz'altro quella dell'ininterrotto periodo di separazione legale tra i coniugi che, nella formulazione originaria della norma, era di sette anni in caso di separazione giudiziale e di cinque anni in caso di separazione consensuale. Detto periodo, com'è noto, è stato abbreviato a tre anni dalla l. n. 74/87 ed ulteriormente ridotto a dodici mesi per la separazione giudiziale e a sei mesi per quella consensuale, per effetto della l. n. 55/2015 sul c.d. divorzio breve³.

Posto che l'esistenza di una di queste cause deve sempre essere accertata dal giudice per poter pronunciare il divorzio, il combinato disposto di queste norme pose immediatamente alla dottrina civilistica e processualistica un delicato interrogativo all'apparenza solo tecnico, ma che in realtà celava una profonda divergenza di visioni dell'istituto matrimoniale nella sua essenza.

Si trattava cioè di comprendere se il giudice, nel pronunciare il divorzio, dovesse soltanto accertare una delle cause di cui all'art. 3 (c.d. teoria dell'automaticità nella pronuncia del divorzio) oppure se il giudice, riconosciuta la sussistenza di una di quelle cause, dovesse anche verificare, come recita l'art. 1, che «la comunione materiale e spirituale dei coniugi non può essere mantenuta o ricostituita» (c.d. teoria della discrezionalità). Nell'un caso, la presenza di una delle cause di divorzio si configurava perciò come una sorta di presunzione dell'impossibilità di proseguire il consorzio coniugale, nell'altro caso, invece, lo scioglimento del vincolo coniugale era rimesso ad un ulteriore ed autonomo accertamento del giudice, dai contenuti, per forza

2 L'art. 2, l. div. è stato più volte sottoposto al vaglio della Corte costituzionale e da questa è sempre stata respinta ogni istanza; v. l'ordinanza di rimessione Cass., sez. un., 12 luglio 1972, n. 207, in *Giust. civ.*, 1972, I, 197, commentata da PUGLIESE, *Verso un nuovo giudizio di legittimità costituzionale del divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 702, e da LIEBMAN, *Il divorzio ritorna alla Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 713 ss., nonché la successiva sentenza Corte cost., 11 dicembre 1973, n. 176, in *Giust. civ.*, 1973, I, 57.

3 Va qui sottolineato che, agli effetti del decorso del termine, rileva anche la separazione consensuale avvenuta a seguito di negoziazione assistita o di accordo perfezionato innanzi al sindaco ai sensi degli artt. 6 e 12, d.l. n. 132/14. In arg. v. comunque *infra* § 4.

di cose, largamente discrezionali.

È evidente che questi due modi di interpretare la legge conducevano a conclusioni diversissime l'una dall'altra, poiché seguendo la tesi c.d. dell'automatismo il divorzio veniva concepito come un diritto potestativo dei coniugi: al verificarsi di un fatto tra quelli elencati nell'art. 3, il coniuge aveva diritto di ottenere lo scioglimento del matrimonio.

Aderendo, invece, alla tesi c.d. della discrezionalità giudiziale, il divorzio perdeva i connotati di diritto (potestativo) dei coniugi di ottenere lo scioglimento del matrimonio civile ed era affidato ad una valutazione ampiamente discrezionale del giudice, poiché decidere se nel caso concreto la comunione spirituale e materiale tra i coniugi possa o meno essere mantenuta, o addirittura ricostituita, implica una valutazione nella quale, inevitabilmente, è insito un margine di discrezionalità altissimo. La comunione spirituale e materiale dei coniugi è uno stato soggettivo interiore, per cui dover stabilire se sussiste ancora, o perfino se può essere ricostituita, non è come dover accertare un fatto storico, ma richiede un giudizio sulla relazione umana esistente tra i due coniugi che, inevitabilmente, sconta una notevole discrezionalità soggettiva di chi la esegue. E dunque un potere di controllo del giudice molto più ampio e penetrante sullo scioglimento del matrimonio civile⁴.

Ecco, quindi, che il ruolo del giudice a tutela della stabilità del vincolo coniugale assume una valenza completamente diversa a seconda di quale di queste due impostazioni si sceglie di seguire: abbastanza contenuto secondo la tesi dell'automatismo, molto invasivo e vigilante secondo la tesi della c.d. discrezionalità.

Non a caso sulle due tesi poc'anzi richiamate si divisero i giuristi di ispirazione cattolica, tendenzialmente favorevoli a quella della discrezionalità, da quelli di area laica e progressista, perlopiù favorevoli alla tesi dell'automatismo.

Più nello specifico, tra i processualciviliisti erano sostenute entrambe le tesi, ma era senz'altro prevalente la tesi dell'automatismo nella pronuncia del divorzio⁵. Di contro tra i civilisti esisteva una leggera prevalenza della tesi che voleva l'automatismo nella pronuncia del divorzio⁶, ma vi erano

4 GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 103.

5 A favore della tesi dell'automaticità, V. CIPRIANI, *Il processo di divorzio*, in *Commentario sul divorzio*, (a cura di) Rescigno, Milano, 1980, 510-511; A. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 30; a favore della discrezionalità nella pronuncia di divorzio PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 656; VOCINO, *Intorno all'oggetto e ad alcuni aspetti del processo di divorzio*, in *Studi in onore di P.A. D'Avack*, IV, Milano, 1976, 653 ss.

6 TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 12-13; VISALLI, *La legge italiana sul divorzio nel quadro delle legislazioni europee e del diritto interno*, Roma, 1972,

anche autorevoli voci schierate sul fronte opposto⁷.

Quanto alla giurisprudenza, essa assunse sulla questione un atteggiamento che a me non pare esagerato definire pilatesco. Ed infatti, se per un verso la Suprema Corte ed i giudici di merito⁸ non mancavano di confermare che per la pronuncia dello scioglimento del matrimonio civile non bastava la sola constatazione di una delle cause di cui all'art. 3, l. div., ma doveva essere accertato anche il disfacimento del consorzio coniugale, per altro verso non risulta siano mai state emesse sentenze in cui i giudici, in applicazione del suddetto preambolo, abbiano negato il divorzio pur sussistendo una delle cause di cui all'art. 3 l. div. In pratica, quindi, si trattava di un atteggiamento più di facciata che di sostanza, nel quale la giurisprudenza avallava, di fatto, la tesi dell'automatismo, pur negandola a livello di principio.

Come in altra sede mi sono sforzato dimostrare con dovizia di argomenti, cui mi permetto qui di rinviare⁹, a mio modo di vedere va senz'altro preferita la tesi dell'automatismo, non solo per la bontà delle argomentazioni tecniche addotte a suo sostegno, ma anche perché rimettere la pronuncia del divorzio ad una valutazione così discrezionale del giudice rischia di snaturare il ruolo stesso dell'organo giudiziario.

46; RODOTÀ, *Cinque note sul divorzio*, in *Pol. dir.*, 1970, 367; ID., *Poteri del giudice e legge sul divorzio*, in *Giur. merito*, 1972, I, 23; STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio in Italia e l'esperienza giuridica dei principali ordinamenti europei*, Milano, 1976, 44 ss.; BIONDI, *Appunti sulla recente legge sul divorzio*, in *Foro pad.*, 1972, II, 33 ss.; GIUFFRÈ, *Considerazioni su alcuni orientamenti giurisprudenziali in tema di divorzio*, in *Dir. eccl.*, 1972, I, 194; POGGI, *Automatismo e discrezionalità della pronuncia di divorzio*, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 28.

7 SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, Torino, 1978, 605 ss.; MIRABELLI, *Profili costituzionali della legge sul divorzio*, in *Comm. sul divorzio a cura di Rescigno*, Milano, 1980, 75 ss.; SCARDULLA, *La separazione personale e il divorzio*, Milano, 1977, 387; ID., *Valutazione dell'affectio maritalis in sede di pronuncia del divorzio di coniugi separati consensualmente*, in *Dir. fam.*, 1973, 720 ss.; BADIALI, *La legge italiana sul divorzio e diritto straniero*, Padova, 1976, 2, in nota; SCALISI, *Divorzio, persona e comunità familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 755 ss.; L. FERRI, *Lo spirito della legge sul divorzio (cenni di diritto comparato)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 298.

8 Cass., 8 aprile 1974, n. 974; Cass., 12 aprile 1974, n. 1025, in *Dir. fam. pers.*, 1974, 611, ove l'affermazione del criterio della non automaticità fu effettuata per dichiarare manifestamente infondata la questione di costituzionalità della l. div., in relazione all'art. 24 Cost.; Cass., 17 febbraio 1975, n. 623; Cass., 28 giugno 1975, n. 2561; Cass., 24 ottobre 1975, n. 3518; Cass., 19 dicembre 1975, n. 4178; Cass., 3 settembre 1976, n. 3079; Cass., 6 marzo 1979, n. 1399; Cass., 6 novembre 1986, n. 6485; Cass., 3 agosto 1990, n. 7799; Cass., 17 giugno 1998, n. 6031; Cass., 6 dicembre 2006, n. 26165. Con riguardo alla giurisprudenza di merito, v. Trib. Arezzo, 20 aprile 1971, in *Giur. mer.*, 1972, I, c. 21.

9 V. GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., 110.

Ciò che qui preme solo di aggiungere è che, come chiaramente risulta dalla lettura degli atti parlamentari¹⁰, né tale impianto normativo né la formulazione obbiettivamente ambigua delle norme richiamate furono provocate da incuria legislativa (come si potrebbe pensare e come oggi, purtroppo, spesso accade), ma rappresentarono, in sede di approvazione della legge sul divorzio, il fragile punto di equilibrio raggiunto in parlamento tra i contrapposti schieramenti dei divorzisti e degli indissolubilisti.

Questo primo fondamentale passaggio vede dunque la trasformazione del nostro ordinamento da indissolubilista in divorzista nonché l'entrata in scena del giudice, il cui ruolo, a seconda dell'orientamento interpretativo che si prediliga, può essere quello dell'organo cui è demandato il compito di concedere il divorzio sulla base di una valutazione ampiamente discrezionale, oppure quello di accertare un vero e proprio diritto dei coniugi di ottenere il divorzio al ricorrere di determinate condizioni fissate dalla legge.

3. La riforma del 1987

Il secondo passaggio che è importante evidenziare avviene con la l. n. 74/1987 che, nel riformare profondamente il nostro istituto in tanti suoi aspetti sostanziali e processuali, introduce per la prima volta in Italia il divorzio su ricorso congiunto dei coniugi, ovvero sia la facoltà processuale dei coniugi, che abbiano raggiunto un accordo su tutte le questioni da regolare in sede di divorzio, di adire congiuntamente il tribunale al fine di ottenere lo scioglimento del matrimonio nelle forme più snelle del procedimento in camera di consiglio.

Anche tale previsione normativa fece immediatamente sorgere un contrasto interpretativo: a giudizio di alcuni, infatti, nel nostro ordinamento aveva avuto ingresso il divorzio consensuale, cioè un istituto che fa dipendere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dalla sola volontà dei coniugi¹¹; secondo altri, invece, le fattispecie estintive del matrimonio civile rimanevano le medesime, ossia quelle elencate nell'art. 3 l. div., ed il consenso dei coniugi rilevava ai soli effetti della proponibilità

10 Illuminante, a questo proposito, la lettura della relazione alla proposta Fortuna, della relazione alla proposta Baslini, delle relazioni di maggioranza e di minoranza alla Camera dei deputati, delle relazioni di maggioranza e di minoranza al Senato della Repubblica, della seconda relazione di maggioranza e della seconda relazione di minoranza alla Camera dei deputati, tutte riportate in appendice a BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1971, 180 ss.

11 Per tutti TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio: il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 128.

della domanda congiunta di divorzio¹².

In effetti, come la dottrina prevalente non tardò a riconoscere¹³, la riforma non introdusse affatto il divorzio consensuale, ma si limitò a riconoscere la possibilità per i coniugi di chiedere il divorzio con un ricorso congiunto nelle forme camerali semplificate al ricorrere dei presupposti di legge. In altri termini, il divorzio era ancora sottoposto al necessario controllo del giudice e la concorde volontà dei coniugi era relegata a condizione per l'attivazione di uno strumento processuale più rapido e snello¹⁴.

Rimaneva comunque il dubbio su quali fossero “i presupposti di legge” richiesti dall'art. 4, 16° comma, l. div. per la pronuncia del divorzio su ricorso congiunto dei coniugi: il solo accertamento di una delle cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div., ovvero anche l'impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio coniugale, come previsto dai già menzionati artt. 1 e 2 l. div.?

Si riponeva dunque, in chiave un po' diversa, il dilemma tra la tesi dell'automatismo e quella della discrezionalità.

Qui però il problema appariva, come ebbi occasione di osservare in altra sede¹⁵, assai semplificato, perché le forme camerali di cui agli artt. 737-742 *bis* c.p.c. sono così scarse e semplificate nella loro struttura procedimentale¹⁶, da risultare senz'altro inidonee a condurre un accertamento complesso, delicato ed approfondito come è quello del venir meno della “comunione spirituale e materiale tra i coniugi”. In altri termini, qui è la struttura stessa del procedimento camerale a rendere in qualche modo necessitata l'adesione

12 CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 419; ID., *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 324; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 82; SANTOSUOSSO, *La nuova normativa sul divorzio*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, XXI, Torino, 1987, 285; FINOCCHIARO, *La domanda congiunta di divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 509; TOMMASEO, in *Commentario al diritto italiano di famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, 1, Padova, 1992, sub art. 4, l. 1 dicembre 1980, 898, 262; CATALANO, *Disco rosso per il divorzio congiunto*, in *Corr. giur.*, 1988, 241.

13 V. *supra* aa. citati in nota 12.

14 In arg. CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, cit., 419.

15 GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., 111.

16 In generale sui procedimenti in camera di consiglio v. MICHELI, voce *Camera di consiglio (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 981 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 431 ss.; CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, diretta da Proto Pisani, Torino, 1994, *passim*; LAUDISA, voce *Camera di consiglio. I) Procedimenti in camera di consiglio - diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1 ss.

alla teoria dell'automaticità del divorzio al ricorrere di una delle cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div.

Dunque, se è vero che la riforma del 1987 non introdusse nel nostro ordinamento giuridico il divorzio consensuale, svincolando quindi lo scioglimento del matrimonio civile dall'accertamento giudiziale, e quindi dalla presenza del giudice, è però anche vero che essa ebbe l'importante effetto di consolidare definitivamente, a livello interpretativo, la tesi dell'automatismo, poiché la pronuncia del divorzio non può certo essere assoggettata a criteri differenti a seconda che avvenga in sede contenziosa, nelle forme ordinarie, o in sede consensuale nelle forme camerale. E siccome nell'ambito del procedimento camerale proposto su ricorso congiunto dei coniugi il criterio, come visto, non può essere che quello dell'automaticità, lo stesso deve per forza valere anche per il divorzio richiesto unilateralmente da uno solo dei coniugi nelle forme ordinarie¹⁷.

Si può in conclusione affermare che questo secondo passaggio normativo non giunse sino ad escludere il giudice dal divorzio, ma ne attenuò notevolmente il ruolo, in quanto, nella sostanza, gli venne sottratta la possibilità di verificare, caso per caso e con valutazione largamente discrezionale, se “la comunione materiale e spirituale dei coniugi” possa essere “mantenuta o ricostituita” pur in presenza di una delle cause di divorzio di cui all'art. 3 l. div.

4. La “degiurisdizionalizzazione” delle liti in materia di separazione e divorzio

La svolta che emancipa definitivamente il divorzio e la separazione legale dei coniugi dalla presenza del giudice avviene con il d. l. n. 132/2014¹⁸ sulla c.d. degiurisdizionalizzazione, convertito in legge con la l. n. 162/2014¹⁹. Come noto, con questo intervento normativo si è (vanamente) tentato di alleggerire e deflazionare il carico giudiziario che da decenni opprime il funzionamento della giustizia civile sottraendo, in tutto o in parte, alle attri-

17 Per maggiori ragguagli su questo rilievo sia di nuovo consentito il rinvio a GRAZIOSI, *op. cit.*, 112.

18 D.l. n. 132 del 2014 intitolato “Misure urgenti per la degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile”, convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, in G.U. n. 261, del 10 novembre 2014, Suppl. ord., n. 84.

19 PUNZI, *La c.d. “degiurisdizionalizzazione” della giustizia civile*, in Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematica. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 1 ss., parla di “destabilizzazione” della giustizia civile.

buzioni degli organi giurisdizionali alcuni procedimenti, tra i quali la separazione ed il divorzio.

Uno degli strumenti utilizzati in questa direzione è stata la c.d. negoziazione assistita dagli avvocati²⁰, ossia un procedimento conciliativo gestito stragiudizialmente dagli avvocati assoggettato ad una specifica disciplina normativa.

Ebbene, all'interno del d. l. n. 132/2014 vi sono due norme particolarmente rilevanti agli effetti del discorso che qui si sta conducendo.

Anzitutto, l'art. 12, 1° comma, che espressamente autorizza i coniugi a “concludere, innanzi al sindaco quale ufficiale dello stato civile (...) un accordo” “di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio”, “nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b) della legge 10 dicembre 1970, n. 898” (ossia quando siano decorsi i dodici o i sei mesi di ininterrotta separazione legale richiesti dalla legge, a seconda che la separazione sia stata giudiziale o consensuale, v. sopra n. 2), il quale accordo, una volta ricevuto dall'ufficiale dello stato civile e riconfermato avanti ad esso decorso il termine dilatorio di trenta giorni (art. 12, 3° comma, d.l. n. 132/14), “tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono (...) i procedimenti (...) di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di cessazione del matrimonio”.

In secondo luogo viene in rilievo l'art. 6, il quale, non diversamente dal suddetto art. 12, prevede che l'accordo di divorzio raggiunto dai coniugi in seguito al procedimento di negoziazione assistita da avvocati, una volta ottenuto il nullaosta del pubblico ministero (il quale, stranamente, non è richiesto quando l'accordo si perfeziona innanzi all'Ufficiale dello Stato civile, quasi che questi appaia più affidabile dell'avvocato che ha seguito la

20 Sulla negoziazione assistita dagli avvocati in materia matrimoniale v. BOVE, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 891; NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, in Graziosi (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, cit., 173 ss.; ID., *La negoziazione assistita per la crisi coniugale: un nuovo sistema deflattivo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1383 ss.; DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.treccani.it; LUISO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in LUISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, Torino, 2014, 33 ss.; TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, 157 ss.; CRESCENZI, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in www.questionegiustizia.it; DE SIMONE, *La negoziazione assistita nelle cause di separazione e divorzio e la (mancata) tutela dei figli maggiorenni non autosufficienti*, ivi; GIORGETTI, *L'introduzione della negoziazione assistita nel complesso della riforma della giustizia*, in *Foro padano*, 2015, 2 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Le procedure di negoziazione assistita*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 23 ss.; PROTO PISANI, *Diritti sostanziali e processo nella evoluzione delle relazioni familiari*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 124.

negoziazione!, art. 6, 2° comma), tenga luogo dei provvedimenti (*id est* della sentenza) che definiscono il processo di divorzio²¹.

Come è facile notare, queste due norme hanno ora introdotto nel nostro ordinamento giuridico la possibilità per i coniugi di ottenere il divorzio “senza passare” dal giudice, valorizzando di fatto il consenso dei coniugi quale elemento primario da cui discende l’effetto estintivo del matrimonio civile.

Il giudice, insomma, è completamente uscito di scena!

Certo, si può obiettare che anche qui il consenso dei coniugi da solo non basti, perché è comunque necessario che sia accompagnato (*recte* preceduto) dal verificarsi di una delle cause di divorzio elencate nell’art. 3 della l. div.; ma è certo che lo scioglimento del vincolo coniugale in questi casi avvenga, ormai, senza alcuna intermediazione o controllo giurisdizionale.

Fermo questo aspetto indiscutibile, a me pare che la norma abbia comunque anche introdotto nel nostro ordinamento una vera e propria forma di divorzio consensuale, diversamente da quanto avvenne con la riforma del 1987.

È vero, infatti, che anche oggi la volontà dei coniugi per produrre l’effetto dissolutivo del matrimonio civile necessita che prima si sia anche verificata una delle cause di cui all’art. 3 (in tal senso si esprimono in modo abbastanza esplicito sia l’art. 6 che l’art. 12 laddove, con riguardo alle ipotesi di accordo di divorzio, si richiamano ai “casi di cui all’art. 3, primo comma, numero 2) lett. b)” l. div.), ma è però altrettanto vero che adesso la legge riconduce espressamente quell’effetto all’“accordo” dei coniugi e non più (*recte* non solo, giacché l’art. 4 l. div. è ancora in vigore) alla sentenza costitutiva di divorzio emanata all’esito del processo di divorzio, consensuale o giudiziale che sia. È, insomma, la comune volontà negoziale dei coniugi di voler sciogliere il loro matrimonio che in queste due disposizioni si pone come fattore preminente da cui scaturisce immediatamente – e senza mediazione di alcun provvedimento giudiziale – la risoluzione del vincolo coniugale, degradando così le cause di divorzio di cui all’art. 3 l. div. a mera condizione, o presupposto, affinché quelle dichiarazioni di volontà possano validamente manifestarsi e produrre i loro effetti²².

21 Cfr. NASCOSI, *I procedimenti consensuali stragiudiziali di separazione, divorzio e scioglimento delle unioni civili*, cit., 174, secondo cui «si tratta indubbiamente di una rilevante novità nel panorama del diritto di famiglia ove, fino ad oggi, è prevalso il regime di indisponibilità dei diritti a rilevanza pubblicistica in materia matrimoniale (v. gli artt. 29-30 Cost., 160 c.c.), la cui tutela era assicurata dall’imprescindibile pronuncia di un provvedimento giudiziale di natura costitutiva necessaria, rivolto alla modifica o cessazione dello *status* coniugale, a cui si collegava il preventivo intervento obbligatorio del p.m.».

22 Per completezza va precisato che tale conclusione non muta nemmeno in presenza di figli minori, portatori di handicap o maggiorenni economicamente non ancora autosufficienti,

Ciò che è curioso notare è come, con queste recenti riforme, il legislatore abbia probabilmente compiuto un passo culturalmente, socialmente e ideologicamente importante come l'introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico il divorzio consensuale, senza, forse, averne avuto nemmeno piena consapevolezza, visto che il dichiarato intento legislativo era semplicemente, e più modestamente, quello di introdurre "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile"²³.

Insomma, credo si possa senz'altro affermare che per un ordinamento di solidissime tradizioni indissolubiliste – quale storicamente è sempre stato quello italiano – il d.l. n. 132/2014 abbia segnato una svolta veramente epocale poiché si è sostanzialmente eliminato qualsiasi possibile controllo di natura pubblicistica sul matrimonio, il quale, con l'introduzione del divorzio consensuale, è oggi divenuto un negozio giuridico che può essere risolto tramite il semplice mutuo consenso dei contraenti. Con il logico ed altrettanto rilevante corollario del venir meno anche dell'indisponibilità dello *status* coniugale (e dei diritti che ne scaturiscono) considerata sino ad oggi un vero e proprio caposaldo della dogmatica civilistica in materia di famiglia.

E quel che è più sorprendente notare, a testimonianza della rapidità con cui i costumi e le ideologie si stanno evolvendo in questa convulsa fase storica, è che mutamenti di questa portata, capaci di rivoluzionare alcuni dei pilastri su cui poggia(va) il nostro ordinamento giuridico, sono avvenuti in un arco di tempo che va dal 1970 al 2014 – come questo breve *excursus* ha dimostrato – e cioè in poco più di quarant'anni, che, se rapportato alla provenienza secolare di alcuni dei dogmi che sono stati sovvertiti, è un periodo di tempo davvero brevissimo, se non addirittura fulmineo!

E dunque, per ritornare alla domanda dalla quale eravamo partiti, e che costituisce il tema di questa tavola rotonda, la risposta è senz'altro positiva: sì, nel nostro ordinamento giuridico oggi è possibile divorziare senza giudice se vi è il consenso dei coniugi, se invece il consenso non c'è, ognuno dei due coniugi ha il diritto (potestativo) di chiedere ed ottenere il divorzio dal giudice, al ricorrere di una delle cause elencate nell'art. 3 l. div.²⁴.

giacché l'autorizzazione del p.m. richiesta dall'art. 6, 2° comma, per gli accordi raggiunti in sede di negoziazione assistita è finalizzata esclusivamente a controllare che l'accordo sia conforme "all'interesse dei figli" e non è certo configurata dalla legge come condizione di validità del consenso dei coniugi. La questione, invece, non si pone per gli accordi conclusi avanti all'Ufficiale dello Stato civile, posto che essi non possono essere stipulati "in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave (...) ovvero economicamente non autosufficienti" (art. 12, 2° comma, d.l. n. 132/2014).

23 Nel virgolettato l'intitolazione del d.l. 132/2014.

24 Ed infatti, la tesi dell'automaticità nella pronuncia dello scioglimento del matrimonio

Quel che invece di molto negativo e preoccupante vi è da annotare, è che il nostro improvvido legislatore ha sottratto al giudice, non solo il divorzio, ma anche la tutela degli interessi e dei diritti dei figli minori che vi possono rimanere coinvolti.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 6, 2° comma, d.l. n. 132/2014 le condizioni di affidamento e mantenimento dei figli minori stabilite dai genitori in sede di negoziazione assistita sono soggette, quanto alla loro efficacia, ad un semplice nulla osta del p.m. – che non le deve autorizzare se contrarie “all’interesse dei figli” – e non ad un vero e proprio controllo giudiziale ad opera del tribunale.

Si tratta, a mio avviso, di una forma di tutela dei diritti dei figli assolutamente insufficiente ed inadeguata dovuta al fatto che, ancora una volta²⁵, si confonde il dissidio tra i coniugi con il loro diverso, ed indipendente, ruolo di genitori. Se i coniugi hanno oggi la piena disponibilità del rapporto coniugale, potendolo risolvere quando vogliono in via puramente consensuale, i genitori, sia coniugati che non coniugati, continuano però a non avere alcuna disponibilità del rapporto di filiazione, e dei diritti (dei figli) che ne discendono, per cui è doveroso che sugli “accordi” dei coniugi che concernono i figli, lo Stato continui ad esercitare un suo controllo molto più penetrante ed attento di quello che può effettuare il p.m. tramite il rilascio di un semplice nulla osta²⁶. D'altra parte, se il divorzio è chiesto al tribunale su ricorso congiunto dei coniugi ai sensi dell'art. 4, 16° comma, l. div., le parti dell'accordo concernenti i figli sono inevitabilmente sottoposte, anch'esse, al vaglio del tribunale, sicché non si vede per quale ragione se i genitori scelgono di seguire la via della negoziazione assistita, i figli debbano perdere la garanzia del pieno controllo giudiziale sugli accordi che li riguardano.

civile che, come si è visto sopra (n. 3), poteva già dirsi acquisita nel 1987, riceve ora ulteriori e definitive conferme dall'aver introdotto nel nostro sistema una forma di divorzio che prescinde da qualsiasi accertamento giudiziale, poiché sarebbe oltremodo incoerente che il divorzio, se giudiziale, dipenda da un accertamento parzialmente discrezionale del giudice del disfacimento del consorzio coniugale, se stragiudiziale, invece, resti totalmente svincolato da questo presupposto in quanto avulso da qualsiasi possibile accertamento giudiziale.

25 Su questo risalente e grave problema di fondo, sia di nuovo consentito il rinvio a GRAZIOSI, *La sentenza di divorzio*, cit., *passim*, spec. 207 ss.

26 Per un più approfondito sviluppo di questi rilievi critici, sia consentito il rinvio a GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1117.

5. Lo scioglimento dell'unione civile

Prima di terminare questo intervento, occorre che io accenni ad un'ulteriore importante evoluzione avutasi recentemente sulla via tracciata sinora e contenuta nella notissima l. n. 76/2016, che ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico le unioni civili tra persone dello stesso sesso²⁷.

Come sappiamo, per lo scioglimento dell'unione civile è interamente richiamata la disciplina procedimentale relativa allo scioglimento del matrimonio, e così potrà avvenire sia in sede giudiziale *ex art. 4 l. div.*, sia in via stragiudiziale ai sensi dei già menzionati artt. 6 e 12 del d.l. n. 132/2014.

Quanto alle cause di scioglimento, trovano applicazione le norme di cui all'art. 3, num. 1 e numero 2, lett. a), c), d) ed e), l. div. e le ipotesi specifiche di cui all'art. 1, commi 26° (“la sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”) e 27° (“alla rettificazione anagrafica di sesso intervenuta tra due coniugi, ove i medesimi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessare gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”), della suddetta l. n. 76/2016.

Non sono invece richiamati gli artt. 1 e 2 l. div., sicché il problema dell'accertamento giudiziale dell'effettivo disfacimento del consorzio coniugale, e tutta la conseguenziale questione dell'automaticità o discrezionalità nella pronuncia di divorzio, che tanto hanno agitato la dottrina e la giurisprudenza negli anni passati (sopra n. 2), vengono qui risolti, in senso negativo, già a livello normativo; sintomo evidente, questo, che lo Stato non manifesta alcun interesse a garantire la stabilità dell'unione civile e ad esercitare su di

27 G. DE CRISTOFARO, *Le “unioni civili” fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 30 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 135 ss.; ARCERI, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. dir.*, 2016 958 ss.; CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 848 ss.; COPPOLA, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 2016, 677 ss.; DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. dir.*, 2016, 868; OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, 943; SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 845 ss.; SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. dir.*, 2016, 841; TOMMASEO, *Profili processuali della legge sulle unioni civili e le convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 991; TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. dir.*, 2016, 859; VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, 1189.

essa alcun controllo di ordine pubblicistico²⁸.

L'art. 24 prevede, poi, che "l'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà".

I *partners* dell'unione civile possono dunque decidere di scioglierla, non solo consensualmente, ma anche in via del tutto unilaterale, tramite una semplice manifestazione disgiunta di volontà dinanzi all'ufficiale dello stato civile, alla quale far seguire, decorsi tre mesi, la domanda giudiziale di scioglimento del vincolo.

La norma prevede, in sostanza, come la dottrina più accorta ha subito sottolineato²⁹, una forma di vero e proprio recesso *ad nutum* dall'unione civile.

E dunque qui anche il consenso tra i contraenti ha perso ogni rilevanza agli effetti della cessazione del vincolo, pur rimanendo in questo caso una presenza solo formale del giudice, chiamato a controllare, verosimilmente, che la volontà di recesso sia stata validamente manifestata. L'unione civile, così come delineata dalla l. n. 76/2016 appare pertanto del tutto priva di stabilità giuridica, potendo ognuno dei *partners* recedere unilateralmente quando vuole e senza alcuna condizione fissata dalla legge.

In definitiva, la parabola iniziata nel 1970, con la trasformazione del nostro ordinamento giuridico da indissolubilista in divorzista, e proseguita nel 2014, con l'introduzione del divorzio consensuale e l'uscita di scena del giudice, si è ora arricchita, a pochissimi anni di distanza, di un ulteriore importante tassello, consistente nell'aver ammesso per la prima volta la facoltà di recesso incondizionato di ognuno dei *partners* dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, i cui effetti civilistici, va ricordato, sono in larghissima misura parificati al matrimonio. Insomma, se il matrimonio civile fino al 1970 era un'unione indissolubile, oggi lo scioglimento del suo equivalente tra persone dello stesso sesso può avvenire senza più nemmeno il consenso dell'altro contraente e con un passaggio solo formale davanti al giudice.

Mi pare sia questo, per ora, il punto di approdo di questa spettacolare evoluzione normativa, ma soprattutto di costume e culturale, tesa a tutelare sempre di più nei rapporti personali a carattere non patrimoniale la piena libertà di autodeterminazione dell'individuo e ad affrancare definitivamente la sfera delle relazioni affettive e sentimentali più profonde dal controllo pubblicistico dello Stato. Nel diritto di famiglia italiano, non solo il matrimonio, ma anche la famiglia non è più al centro della tutela giuridica, come è stato per un tempo lunghissimo in passato (v. *supra* n. 1): il baricentro sembra essersi

28 Cfr. G. DE CRISTOFARO, *op.cit.*, 138.

29 G. DE CRISTOFARO, *ivi*.

spostato verso l'individuo e la famiglia sembra rivestire sempre più il ruolo, configurato dall'art. 2 Cost., di una delle formazioni sociali "ove si svolge la sua personalità".

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se il matrimonio potrà mai essere sciolto con il semplice recesso di uno dei coniugi, come è per l'unione civile tra persone dello stesso sesso, e se verrà mai definitivamente superata l'anacronistica sorveglianza del giudice in una regione così intima dell'esistenza umana.

Lascio questo interrogativo, naturale sviluppo di quello da cui eravamo partiti, a chi ha avuto la gentilezza di ascoltare il mio intervento e agli altri relatori, e concludo ringraziando ancora per avermi invitato a partecipare a questa stimolante tavola rotonda.