ROZA GALLELI

DOTTORESSA IN GINRISPRUDENZA. RICERCATRICE PRESSO LA CATTEDRA DEL DIRITTO CIVILE DELL' UNIVERSITA DI ROMA. NOTAIO

GIORGIO S. MARCOU

DOTTORE IN GINRISPRUDENZA. INTERNO PRESSO LA CATTEDRA DEL DIRITTO COMUNE DELL' UNIVERSITA DI ROMA

LA NUOVA LEGGE ITALIANA SUL DIVORZIO

(Σελίδες 159 — 176)

LA NUOVA LEGGE ITALIANA SUL DIVORZIO

(DISCIPLINA DEI CASI DI SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO SECONDO LA LEGGE DEL 1 DICEMBRE 1970 No 898. RIFLESSIONI ED INTERROGATIVI)

La disciplina positiva del matrimonio e delle situazioni che si ricollegano ha trovato nella coscienza sociale e giuridica italiana di questi ultimi anni una rinnovata considerazione. Ed era naturale, anche se é difficile darne le spiegazioni che, in fondo, si legano alla problematica evolutiva di tutta un' epoca e di una società più che mai critica verso se stessa, i suoi valori, le sue istituzioni: sotto questo profilo, anzi, la materia matrimoniale é una di quelle che maggiormente possono risentire di motivi sociologici, proprio per la sua intima aderenza ai fatti umani e per il ruolo tradizionalmente affidatole nella società civile.

Oltre questi generici spunti, mancano tuttavia serie ed attendibili ricerche sociologiche per un discorso più vasto. Ci si limita pertanto, in questa sede, a prendere atto che nell' ordinamento giuridico italiano questo diffuso sottofondo sintomaticamente si é andato esprimendo nella analisi di una serie di situazioni e di norme del diritto familiare, considerate ormai anacronistiche e stonate nel sistema, nel lungo dibattito fino alla introduzione del divorzio e nei progetti di riforma di tutta la materia familiare ancor oggi in discussione.

Forse proprio da questo più largo ambito di tendenze positive si può cogliere, al di là degli apriorismi concettuali, ciò che la legge introduttiva del divorzio ha portato di nuovo nell' istituto matrimoniale, nella sua configurazione attuale, ed il valore di questa innovazione.

Com' é noto, il matrimonio, come fatto creativo del relativo rapporto, é sottoposto a rigide condizioni di validità, sia in quanto matrimonio civile, sia in quanto matrimonio canonico, cui lo Stato italiano riconosce effetti civili in seguito alla trascrizione.

Per entrambi può dirsi che, quando il vincolo é validamente costituito, nessun' altra circostanza é idonea ad eliminarlo, tranne la morte e quelle situazioni di scomparsa fisica della persona, nei limiti di un «allentamento» del vincolo in considerazione della peculiarità del caso [1].

1. La disciplina positiva del matrimonio, infatti, dopo il Concordato del 1929, risulta differenziata secondo una duplice tipologia: matrimonio civile (cui é assimilato quello acattolico) e matrimonio concordatario. Il primo é rimesso esclusivamente alla competenza dello Stato, quanto a disciplina e a giurisdizione. Il secondo é invece regolato, come «contractus» matrimoniale dalle norme del Diritto Canonico, sia per quanto riguarda la forma della celebrazione, sia per le condizioni di validità (e anche per l' accertamento di tali condizioni esiste una riserva di competenza a favore dei Tribunali Ecclesiastici). La Potestà Statale si limita alla disciplina di tutta la ulteriore fase di svolgimento del rapporto («Societas coniugale»), a cominciare dal fatto attributivo degli effetti (la trascrizione).

Tale assetto di rapporti, instaurato ex art. 34 del Concordato 11 febbraio 1929, reso esecutivo con L. 7 maggio 1929, n. 810, integrato dalle disposizioni L. 27 maggio 1929 n. 847, ha trovato poi riconoscimento con la nuova Costituzione della Repubblica, in vigore dal 1 genaio 1948, all' art. 7: «lo Stato e la Chiesa Cattolica sono ciascuno nel proprio ordine indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi. Le modificazioni dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale».

Qui preme sottolineare non tanto questa bipolarità di disciplina, fonte di gran parte degli ostacoli o comunque perplessità in ordine alla stessa normazione divorzista, quanto la pressoché identica linea adottata da entrambe le fonti regolatrici; finora imperniata esclusivamente sulle «cause di invalidità».

Si tratta, cioé, sempre di vizi che inficiano l' atto costitutivo del vincolo matrimoniale (o peggio ancora di vizi così gravi da impedirne l' esistenza) e che, comunque, conducono alla invalidità, nullità o annullamento di esso. Lo scioglimento, come detto nel testo, si verifica con la morte. Solo nel Diritto Canonico esiste, in considerazione di motivi religiosi, la possibilità di scioglimento del matrimonio: tra cui, tipicamente, la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, ora considerata nella legge divorzista, all' art. 2 lettera F., come una delle cause generali di divorzio.

Per ulteriori informazioni, vedi: DE RUGGIERO — MAROI, Istituzioni di diritto privato, 8' ed., Milano 1951; F. MESSINEO, Manuale di dirito civile e commerciale, 8' ed., vol. II, Milano 1952; D. BARBERO, Sistema istituzionale del diritto privato italiano, 4' ed., vol. I, Torino 1955; C. A. JEMOLO, Il matrimonio, 3' ed. (Trattato di diritto civile italiano, diretto da F. VASSALLI, Torino 1957); BERTOLA, Il matrimonio (Trattato di diritto civile diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano 1962); F. SANTORO PASSARELLI, Dottrine generali del diritto civile, Napoli 1964; D. BARBERO, Sistema del diritto privato italiano, vol. I, Torino 1965; come pure i vari commentari sul libro I (Delle persone e della famiglia) del codice civile vigente: BUTERA, Il codice italiano commentato secondo l' ordine degli articoli, Libro I, Torino 1939; D' AMELIO, Commentario del codice civile, Libro I: Persone e famiglia, Firenze

La «societas» matrimoniale, validamente sorta non può più venir meno; ciò che si esprime nel principio della indissolubilità del vincolo e della «perpetuatio» dei suoi effetti tra i coniugi e verso la prole.

Si tratta, d' altronde, di effetti particolarmente intensi, diretti alla creazione di una entità unitaria, e articolantesi in una serie di obblighi, poteri, doveri (alcuni dei quali anche penalmente sanzionati) tra i quali, in particolare, la patria potestà, la potestà maritale, la coabitazione, la fedeltà e l' assistenza tra i coniugi.

Tali obblighi, nelle mutate condizioni economiche e sociali, sono stati ormai temperati in una recente consolidata interpretazione giurisprudenziale, ispirata alla realizzazione della parità tra i coniugi e al rispetto delle condizioni di libertà cui sostanzialmente rispondono i rapporti umani.

E significativa la serie di sentenze che hanno dato una nuova fisionomia al rapporto matrimoniale in una interpretazione senza dubbio evolutiva, ma la cui compatibilità con le norme ancora in vigore é per lo meno discutibile [1].

Per cui appaiono sostanzialmente focalizzati, e la pari dignità mora-

---

1940; AZZARITI e MARTINEZ, Diritto civile italiano, vol. I: Parte generale. Persone, matrimonio e filiazione, Padova 1943; F. FINOCCHIARO, Del matrimonio in Commentario del codice civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Libro I: Delle persone e della famiglia. Bologna — Roma 1962.

E in particolare per il matrimonio concordatario, vedi: P. GASPARRI, Tractatus canonicus de matrimonio. Vol. I, Romae, 1932; S. ROMANI, Systema juris canonici de matrimonio. Prolegomena (Rassegna di morale e diritto. 1940); A. C. JEMOLO, Il matrimonio nel diritto canonico, Milano 1941; G. DOSSETTI, La formazione progressiva del negozio nel matrimonio canonico. Contributo alla dottrina degli sponsali e del matrimonio condizionale. Bologna 1954; P. A. D' AVACK, Corso di diritto canonico, Il matrimonio, vol. I, Milano 1961; DEL GIUDICE, Nozioni di diritto canonico, 11' ed., Milano 1962; M. SINOPOLI, Il matrimonio concordatario, Roma 1967; e infine, per quanto riguarda il divorzio, le ampie recenti trattazioni di: PALLADINO, Il divorzio, Milano 1970; BARBIERA, Divorzio. Commentario del codice civile a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA. Bologna — Roma 1971; GRASSI, La legge sul divorzio, Napoli 1971; VISALLI, La legge italiana sul divorzio nel quadro delle legislazioni Europee e del diritto interno, s. d. ma Roma 1972.

1. Sarebbe troppo lungo, a questo proposito, riferire sui contrasti, orientamenti e motivazioni assunti a base delle sentenze con le quali si é data una nuova colorazione al matrimonio; col ridimensionarne la potestà maritale, la posizione familiare

le e sociale dei coniugi nella famiglia, nel principio gerarchico della patria potestà affidata al marito, e la libertà individuale; ma non perfettamente armonizzati nel sistema che oggi risulta piuttosto il frutto di lacune legislative, che di una elaborazione.

Restava, però, un clima di disagio ancor più a monte, per tutte quelle situazioni nelle quali ciò che giustifica la creazione del vincolo stesso, poteva ritenersi esaurito, nelle quali finiscono poi per confluire le altre

---

della moglie, i reciproci obblighi tra coniugi, e i connessi delicati problemi della filiazione naturale.

Si citano, sintomaticamente, alcune tra le più recenti decisioni della Corte Costituzionale, in tema di adulterio e concubinato (Corte Costituzionale, 19 dicembre 1968, sentenza n. 126, 127 e 3 dicembre 1969, n. 147 in «IL DIRITTO ECCLESIASTICO», 1971, Fasc. 1, Gennaio —Marzo, parte seconda, pagg. 42 e segg.), mantenimento della moglie (Corte Costituzionale, 13 luglio 1970, n. «IL DIR. ECCL.», op. cit., parte seconda, pagg. 43), uso del cognome del marito (Corte Costituzionale, 13 luglio 1970, sentenza n. 128 in «IL DIR. ECCL.», op. cit., parte seconda, pag. 43) esattamente ricondotte al tema dell' uguaglianza morale e giuridica tra i coniugi, ex art. 29, secondo comma, della Costituzione. Vedi al riguardo: SPADA, Unità familiare ed uguaglianza dei coniugi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in «IL DIR. ECCL.», 1969, parte seconda, pagg. 166 e segg.; In tema di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, in «IL DIR. ECCL.», 1971, parte seconda, pagg. 44 e segg.

Per il lungo dibattito sul tema della illegittimità costituzionale di tali norme a tutela della famiglia, vedi: DEL GIUDICE, Sulla riforma degli istituti familiari, in «IUS», 1950, pagg. 300 e segg.; SPERDUTI, Ordine pubblico e divorzio, in Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI, Padova 1950, pagg. 313 e segg.; PALAZZINI, in ENCICLOPEDIA CATTOLICA, voce Indissolubilità del matrimoni e divorzio. Città del Vaticano, 1951. Vol. VI, col. 1848; SANTORO — PASSARELLI, Il governo della famiglia, in «IUSTITIA»,, 953, pagg. 346 e segg.; GISMONDI, Il matrimonio e la società civile, in «IUSTITIA», 1955, nn. 5-6, pagg. 440 e segg; BERBERO, I diritti della famiglia nel matrimonio, in «QUADERNI DI IUSTITIA», n. 8, Roma 1956, pagg. 72 e segg.; GIORGIANNI, Problemi attualidi diritto familiare, in «RIVISTA TR. DIR. PROC. CIV.», 1956, pagg. 763 e segg.; DINACCI, A proposito dell' incostituzionalità del reato di adulterio, in «IL NUOVO DIRITTO», 1959, I, pagg. 445 e segg.; JEMOLO, Lezioni di diritto ecclesiastico, 2' ed., Città di Castello 1934, 3' ed., Milano 1959; LO JACONO, La parità della donna nella legge naturale e nella legge positiva, in «RIVISTA DIR MATR.» 1960, III, pagg. 557 e segg.; ESPOSITO, Sulla punizione del solo adulterio femminile, in «GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE», 1961, pagg. 1230 e segg.; GRASSI, Parità morale e giuridica fra i coniugi e l' adulterio, in «RIV. DIR. MATR.»

questioni attinenti ad un civile svolgimento del rapporto matrimoniale, che si ripropongono quindi, anche da questo punto di vista [1].

Unico rimedio a queste situazioni era finora la separazione consensuale o per colpa, ma comunque sempre concepita con un senso di provvisorietà e per ciò tale da non incidere sullo stato coniugale, sul legame che continua a sussistere, con la sola eliminazione di alcuni aspetti più fastidiosi, e nonostante la definitività potenziale e reale della separazione.

La legge 1 dicembre 1970, introducendo lo scioglimento del matrimonio, ha riconosciuto incidenza sul vincolo a determinati, fatti tassativamente indicati, la cui esistenza fa si che «la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non possa essere mantenuta o ricostituita».

Preliminarmente, nella scarna formula adottata, lo scioglimento del matrimonio vale come riconoscimento di una fine.

Ci si chiede se il principio, nella sua tautologica giustificazione, abbia una portata normativa tale da incidere ancora di più sull' intero istituto come innanzi descritto [2].

1961, pagg. 292 e segg.; CARNELUTTI, Fedeltà coniugale e unità della famiglia, in «RIV. DIR. CIVILE» 1962, I, pagg. 1 e segg.; CHIAROTTI, Adulterio e la Costituzione, in «ARCHIVIO PENALE», 1962, II, pagg. 9 e segg.; DOMINEDO, La disciplina costituzionale della famiglia, in «STATO SOCIALE», 1962, pagg. 511 e segg.; LENER, Uguaglianza dei coniugi nel matrimonio, disuguaglianza per l' adulterio, in «LA CIVILTA CATTOLICA», 1962, I, pagg. 11 e segg.; MORO, Adulterio e costituzione, in «STUDIUM» 1962, pagg. 109 e segg.

Ma ci sembrano ugualmente da meditare le osservazioni di chi ha ravvisato nell' orientamento giurisprudenziale di questi ultimi anni «un' erosione del principio di fedeltà e del regime di disciplina interiore sui quali il consorzio matrimoniale fonda una propria esigenza vitale», ed una scarsa considerazione «dell' esigenza di unità» anche essa garantita nel II comma art. 29 Costituzione già citato. A proposito, v. TRABUCCHI, Matrimonio e divorzio, in «RIV. DIR. CIV.» 1971, pagg. 1-22, e inparticolare le pagg. 2-3 dell' articolo.

1. La connessione é particolarmente evidente in tema di violazione dell' obbligo di fedeltà o di coabitazione.

Questi fatti, soprattutto il primo, appaiono ormai spogli della qualifica di riprovazione sociale, e sempre piú come dei fatti privati, rimessi come tali alle valutazioni e decisioni degli interessati.

Ciò giustifica forse una recente tesi che ravvisa già nella separazione un divorzio (CIPRIANI, Dalla separazione al divorzio, Napoli, 1971, recensito da TRABUCCHI (v. «RIVISTA DI DIRITTO CIVILE», n. 5, 1971, pagg.616-619 in senso negativo della equiparazione sostenuta. Diverso problema é quello del significato che debba attribuirsi alla separazione dopo la legge 1970, n. 898.

2. Per interessanti considerazioni v. ZATTI, La legge sul divorzio:

In particolare ci si chiede cosa sia rimasto di ancor vero e valido nella concezione del fatto creativo del vincolo, che evidenzia nella sua disciplina attuale motivi di interesse pubblico; e nella sussistenza di una «societas» matrimoniale improntata alla indissolubilità e sui reciproci obblighi di cui avanti.

Cosa sia rimasto in fondo di quella tutela del matrimonio che trascende gli interessi dei singoli contraenti per garantire la famiglia come cellula individuale di rilievo per tutta la comunità.

E' legittimo il dubbio che, al di là dei casi patologici enumerati nella legge, si sia introdotto un certo riconoscimento di scioglimento consensuale del matrimonio, quasi un mutuo dissenso, tale da avvalorare la tesi privatistica del matrimonio. Così come é evidente che attraverso la cessazione di ogni vincolo tra i coniugi si ristabilisce lo «status quo ante», e implicitamente si afferma che la famiglia conserva i suoi caratteri e la sua tutela come tale, finché esiste e si mantiene unita [1].

Contenuto e spunti problematici, in «RIVISTA DI DIRITTO CIVILE», n. 3, 1971, pagg. 30-55; TRABUCCHI, Matrimonio e divorzio in «RIVISTA DI DIRITTO CIVILE» n. 1, 1971, pagg. 1-22; JANNUZZI, Effetti della legge sul divorzio sul diritto di famiglia, in «VITA NOTARILE», maggio — agosto 1971, pagg. 330 e segg.

1. Non a caso si é avvicinato il sistema di divorzio introdotto in Italia a quello vigente in Gran Bretagna (v. PASSINGHAM, On the divorce reform act. 969, ed. Butterworts e la relativa bibliografia indicata). Il Divorce Reform Act del 1969 prevede quale unica causa di divorzio il fatto che «The marriage has broken down irretrievably» e che, provata la rottura con i fatti ivi indicati, il divorzio debba essere pronunciato. (v. CIAN. La riforma del divorzio in Inghilterra, in «RIV. DIR. CIV..», II, 1970, pagg. 696 e segg.). La formulazione della legge italiana, pur nelle sue articolazioni, fa pensare, che all'accertamento delle cause ammesse segua automaticamente la pronuncia del divorzio (v. RODOTA Note sul divorzio, in «POLITICA DEL DIRITTO», 1970, pagg 367) Ma se anche, come sottolineano alcuni autori (v. GIORGIANNI e RESCIGNO nella stessa Rivista, pagg 354-356), al giudice sia effettivamente rimesso di valutare che la comunione sia o non sia venuta meno, o si possa ricostituire, l' automatismo può risorgere sotto altro profilo. Non si vede infatti come in questo campo la valutazione possa basarsi su indizi astratti, che prescindano cioé dalla volontà dei coniugi di voler essere o continuare ad essere insieme.

Questo principio di consensualità é ancora piú forte, a nostro avviso, nella separazione che legittima la domanda di divorzio ex art. della legge. La fine del matrimonio trova nel divorzio il suo titolo e ben si comprende che esso segni, anche se la legge é poco chiara al riguardo, la fine di ogni altro rapporto tra i coniugi che non sia l' assegno economico previsto all' art; che crei o possa creare situazioni nuove rispetto ai figli legittimi ed anche a quelli adulterini, che diventano cosi riconoscibili. Il che, ulteriormente, conferma che il divorzio é concepito come adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto.

In fondo, lasciando da parte ogni altro problema di politica legislativa, l' introduzione dello scioglimento non poteva non giungere a questa duplicità di significati normativi: si tutela il matrimonio finché c' é, si cerca di salvare il salvabile quando é finito.

L'accordo tra i coniugi, in sostanza, e lo si riconosce, sfugge ad ogni regolamentazione (il giudice deve accertare che é finito ed é questa, da parte sua, una mera constatazione di fatto).Come sfugge, del resto, il senso di responsabilità che i coniugi abbiano nei confronti della prole, tanto che il legislatore si é preoccupato di attribuire lato potere al Tribunale di intervenire «nel caso in cui i genitori trascurino i loro doveri nei confronti dei figli minori o legalmente incapaci, e ne mettano in pericolo gli interessi, nominando un tutore, indipendentemente dal verificarsi di fatti che costituiscono motivo di decadenza dalla patria potestà».

Ma da un altro punto di vista con la legge 1o dicembre 1970 si é creata una situazione nuova, di un certo peso per un paese di tradizioni cattoliche come é l' Italia. E' infatti ivi previsto che il giudice, esperito come al solito il tentativo di conciliazione, accerti che la comunione spirituale é finita anche rispetto al matrimonio celebrato con rito concordatario, e pronunci la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione dello stesso.

Attenendosi, con precisione tecnica, alle sfere di incisività pattiziamente riservate, il Legislatore ha introdotto, con altra formula, un effetto analogo allo scioglimento del matrimonio civile.

In sostanza, cessati gli effetti civili, di fronte allo Stato italiano il matrimonio canonico resta cosi un atto religioso, giuridicamente irrilevante, analogamente ai tanto discussi casi di intrascrivibilità previsti dall' art. 12 della legge 27 maggio 1929 n. 847 [1].

---

6. La questione del divorzio non é che una delle tante nel quadro dei rapporti tra Stato e Chiesa, instaurati dalla normativa già ricordata alla nota n. 1.

In realtà, tutta la disciplina matrimoniale appare difficile e problematica nel sistema attuale. V., in particolare, le recenti sentenze nn. 30, 31, 32 della Corte Costituzionale in data 1o marzo 1970, in tema di specialità della giurisdizione matrimoniale ecclesiastica, disparità di trattamento in ordine alla dispensa canonica da impedimento di affinità in primo grado, impugnazione della trascrizione del matrimonio per incapacità di intendere e di volere; e i commenti: BELLINI, Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordataria, in «GIURISPRUDENZA ITALIANA», 1971, IV, col. 86; LAVAGNA, Prime decisioni della Corte Costituzionale sul Concordato, in «GIUR. IT.», 1971, I, col. 628 e segg.; PUGLIESE, Importanza della possibilità di sottoporre i Patti Lateranen-

Con similarità di situazioni per i coniugi: libertà di fronte allo Stato e vincolo di fronte alla chiesa, ma con la differenza che le situazioni di intrascrivibilità sono ostative, mentre la cessazione di cui alla legge sul divorzio si riferisce ad un matrimonio che ha operato per un certo tempo, ma che, ex nunc, non opera più per la sopravvenuta carenza di comunione spirituale e materiale tra i coniugi dedotta dai fatti indicati.

---

si controllo di costituzionalità, in «GIUR. IT.», 1971, I, col. 633 e segg.; SPINELLI, Riflessioni sulla sentenza n. 31 del 1971, della Corte Costituzionale in materia matrimoniale concordataria, in «ARCHIVIO GIURIDICO», luglio — ottobre 1971, pagg. 6-23; TRABUCCHI, Incapacità di intendere e di volere, scelta del rito matrimoniale e Costituzione, in «RIV. DIR. CIV.» II, 1971, pagg. 329 e segg..;

Ma il tema del divorzio costituisce di gran lunga il più importante, per motivi religiosi e giuridici di notevole considerazione. Riguardo a questi ultimi, il problema si appunta proprio nel valore del richiamo costituzionale dei Patti Lateranensi. V. in proposito le varie posizioni della dottrina italiana: CONDORELLI, Questioni di legittimità costituzionale in ordine alla legislazione matrimoniale concordataria, in «GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE», 1960, pagg. 438 e segg ; DEL GIUDICE, Norme canoniche, norme concordatarie, norme costituzionali, in Studi in memoria di G. ZANOBINI, Milano 1965, IV,pagg. 130 e segg.; BELLINI, Divorzio e impegni costituzionali dello Stato, in «ARCHIVIO GIURIDICO», 1969, pagg. 70 e segg.; BELLINI, Rilievi canonistici sul matrimonio civile discolubile, in «EPHEMERIDES JURIS CANONICI», 1969, n. 3-4 pagg. 180-204; DI MATTIA, Poteri dello Stato nella disciplina del negozio matrimoniale, in «APOLLINARIS», 1970, nn. 2-3, pagg. 311-343; S. LENER S. J. Corte Costituzionale, Concordato e divorzio, in «LA CIVILTA CATTOLICA», 1971, quaderno 2898, pagg. 527-536; VITALE, Patti Lateranensi e Costituzione, in «GIUSTIZIA CIVILE», III, 1971, pagg. 78 e segg.

Sono testimonianze dell' atteggiamento della Chiesa Cattolica le note diplomatiche della Santa Sede sul divorzio in «LA CIVILTA CATTOLICA», quaderno 2881, pagg. 51-70.

I giudici italiani talvolta hanno addirittura ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale della legge sul divorzio: v. Trib. Genova, sent. 31 marzo 1971, in FORO IT. 1971, I, pag. 1020. A chi la ritiene fondata (Trib. Siena ordinanze 21 aprile 1971 e 12 maggio 1971, in FORO IT. 1971, I, rispettivamente pagg. 1375-3056) la Corte Costituzionale ha risposto con sentenza 8 luglio 1971 in FORO IT. 1971, I, pag. 1753, che: «La cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario può essere, in difetto di consenso della Santa Sede, prevista con legge ordinaria. Pertanto é infondata la questione di costituzionalità dell' art. 2, L. 1o dicembre 1970, n. 898 che prevede la dichiarazione giudiziale degli effetti civili del matrimonio concordatario, in relazione all' art. 34, 1o e IVo comma del Concordato 1929, tra lo Stato italiano e la Santa Sede e in riferimento agli art. 7, I e II comma, 1° e 138 della Costituzione».

Il che, anche ritenendo superato il problema della legittimità di una normazione statale in tale senso, in base ai Patti Lateranensi, lascia sussistere il contrasto con i principi della indissolubilità sacramentale del matrimomio canonico.

Anche in una visione semplicistica, non si può quindi, che risolvere in «contrasti» (ancora non sopiti e non solo nella prospettiva del referendum abrogativo) il principio divorzista introdotto nell' ordine pubblico italiano, adeguando, si, il nostro ordinamento a tanti altri che da anni lo riconoscono [1], ma ponendosi in quel solco di «frattura» già evidente nell' attività giurisprudenziale in materia.

Sicché é lecito chiedersi, a questo punto, e con ciò si ricade fatalmente nel tipo di discorso che si voleva evitare, se la legge sul divorzio possa allora essere considerata come indice di un «male oscuro», di una crisi della famiglia, quasi che invece di rappresentare situazioni anormali e patologiche, rappresenti dei valori di normalità, o la fine di ogni valore.

Una tendenza in tal senso si legge tra le righe di una recente proposta di riforma del diritto di famiglia, come nota un attento Autore, affermando che: «non sembra casuale che la presentazione di un testo ufficiale dal quale la famiglia é considerata come grande ammalata, bisognosa di cure e di tutele, segua di pochi mesi l' approvazione della legge sul divorzio» [2].

---

1. L' art. 3 della legge n. 898 prevede che uno dei coniugi possa chiedere il divorzio quando l' altro, cittadino straniero, abbia ottenuto all' estero l' annullamento o lo scioglimento del matrimonio ovvero ne abbia contratto uno nuovo. Ma al di là della espressa possibilità, deve ritenersi che con la introduzione del divorzio si é aperta anche quella di delibare sentenze di divorzio pronunciate all' estero fra italiani (per l' esistenza, prima, di un principio di ordine pubblico contrario, v. SPERDUTI, Ordine pubblico e divorzio, in Scritti giuridici in onore di F. CARNELUTTI, Padova 1950, pagg. 313 e segg.; CONDORELLI, La funzione del riconoscimento di sentenze straniere, Milano 1967 (con ricca bibliografia).

Sorgono comunque particolari problemi per tale delibazione. La giurisprudenza ha già avuto modo di ammettere la delibazione di una sentenza estera di divorzio tra coniugi stranieri che abbiano celebrato in Italia matrimonio concordatario (v. Corte d' Appello di Brescia, sent. 9 luglio 1971, in FORO IT. 1971, pag. 2676) anche per cause non previste dalla legge n. 898. Ci si chiede se sia possibile giungere alla stessa soluzione per i cittadini italiani. E' certo la risposta dipende dell' analisi della questione se il principio dell' indissolubilità sia o no venuto meno a seguito del divorzio introdotto nell' ordinamento italiano.

2. RODOTÁ, Esperienze e prospettive sul tribunale di famiglia, in «VITA NOTARILE», anno XXIII, maggio — agosto 1971, pag.

L' indirizzo prevalente della proposta sembra infatti non solo quello di considerare la famiglia affetta da mali, ma di suggerirne i rimedi dallo esterno, dai poteri dello Stato, quasi che essa da solo non sia più in grado di reggersi.

Ciò dimostra che in fondo il vero problema, cui anche il divorzio si ricollega, é unico e fondamentale, umano e giuridico insieme, quello del ruolo che il matrimonio e la famiglia hanno nella esperienza italiana attuale ed avranno nel futuro.

Un problema che, divorzio o no, non puo essere superficialmente affrontato, o peggio, pessimisticamente risolto, consentendo a soggetti estranei di interferire nell' interno della famiglia. Si tratta, invece, di trovare la via per il «rinnovamento (o la sopravvivenza) dell' istituto, proprio nel recupero della spontaneità creativa e nell' accrescersi delle autonome responsabilità di tutti i suoi membri» [1].

APPENDICE

TESTO DELLA LEGGE SUL DIVORZIO

Legge 1° dicembre 1970, n. 898 (V. Gazzetta Ufficiale n. 306 del 3 dicembre 1970) — Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.

Art. 1: Il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo articolo 4, accertata che la comunione

---

354; v. anche BARATTA, In tema di divorzio: considerazioni sulla impostazione di una legge sul divorzio, MIGLIORI, Effetti del divorzio, della separazione personale e della separazione di fatto relativamente ai rapporti personali e patrimoniali nel diritto comparato (Relazioni tenute nel XI CONGRESSO INTERNAZIONALE DEL NOTARIATO LATINO, Atene, 1-9 ottobre 1971 ed ora pubblicate rispettivamente a Napoli — Casa Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1971 — e a Roma — Casa Editrice Stamperia Nazionale 1971 —) Le sentenze sino ad ora pronunciate non sono state molte: v.Tribunale di Trieste 11 marzo 1971 e Tribunale di Roma 6 aprile 1971, in FORO IT. 1971, I, ripettivamente pagg. 765-2414.

1. RODOTA, op. cit. pag. 353; DE CUPIS, Stato e famiglia, in FORO IT., 1971, V, pagg. 145-148. Per un ripensamento ed una visione dell' istituto matrimoniale nella «scienza di oggi e dell' ieri, v. UNGARI, Il diritto di famiglia in Italia, Bologna 1970 (recensito in ARCHIVIO GIURIDICO, luglio-ottobre 1970, pagg. 245-247).

spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l' esistenza di una delle cause previste dall' articolo 3.

Art. 2: Nei casi in cui il matrimonio sia stato celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto, il giudice, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo articolo 4, accerta che la cominione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l' esistenza di una delle cause previste dall' articolo 3, pronuncia la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio.

Art. 3: Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può essere domandato da una dei coniugi:

1) quando, dopo la celebrazione del matrimonio, l' altro coninge é stato condannato, con sentenza passata in giudicato, anche per fatti commessi in precedenza:

a) all' ergastolo ovvero ad una pena superiore ad anni quindici, anche con più sentenze, per uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale;

b) a qualsiasi pena detentiva per il delitto di cui all' articolo 564 del codice penale e per i delitti di cui agli articoli 519, 521, 523 e 524 del codice penale commessi in danno di un discendente o figlio adottivo, ovvero per induzione o costrizione del coniuge o di un figlio anche adottivo alla prostituzione, nonché per sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione di un discendente o di un figlio adottivo;

c) a qualsiasi pena per omicidio volontario in danno di un discendente o figlio adottivo ovvero per tentato omicidio in danno del coniuge o di un discendente o figlio adottivo;

d) a qualsiasi pena detentiva, con due o più condanne, per i delitti di cui all' articolo 582, quando ricorra la circostanza aggravante di cui al secondo comma dell' articolo 583, e agli articoli 570, 572, e 643 del codice penale, in danno del coniuge o di un figlio anche adottivo.

Nelle ipotesi previste alla lettera d) il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta, anche in considerazione del comportamento successivo del convenuto, la di lui inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare.

Per tutte le ipotesi previste nel numero 1) del presente articolo la domanda non é proponibile dal coniuge che sia stato condannato per concorso nel reato ovvero quando la convivenza coniugale é ripresa;

2) nei casi in cui:

a) l' altro coniuge é stato assolto per vizio totale di mente da uno dei delitti previsti nelle lettere b) e c) del numero 1) del presente articolo, quando il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio accerta l' inidoneità del convenuto a mantenere o ricostituire la convivenza familiare;

b) é stata pronunciata con sentenza passata in giudicato la separazione giudiziale fra i coniugi, ovvero é stata omologata la separazione consensuale ovvero é intervenuta separazione di fatto quando la separazione di fatto stessa é iniziata anteriormente alla entrata invigore della presente legge da almeno due anni.

In tutti i predetti casi, per la proposizione della domanda di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, le separazioni devono protrarsi ininterrottamente da almeno cinque anni a far tempo della avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale; nella separazione di fatto iniziatasi ai sensi del comma precedente, i cinque anni decorrono dalla cessazione effettiva della convivenza.

Quando vi sia opposizione del coniuge convenuto il termine di cui sopra é elevato:

ad anni sete, nel caso di separazione pronunciata per colpa esclusiva dell' attore;

ad anni sei, nel caso di separazione consensuale omologata in data anteriore alla entrata in vigore della presente legge o di separazione di fatto;

c) il procedimento penale promosso per i delitti previsti dalle lettere b) e c) del numero 1 del presente articolo si é concluso con sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, quando il giudice competente a pronunciare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ritiene che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi;

d) il procedimento penale per incesto si é concluso con sentenza di proscioglimento o di assoluzione che dichiari non punibile il fatto per mancanza di pubblico scandalo;

e) l' altro coniuge, cittadino straniero, ha ottenuto all' estero l'

annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all' estero nuovo matrimonio;

f) il matrimonio non é stato consumato.

Art. 4: La domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio si propone con ricorso, contenente l' esposizione dei fatti sui quali la domanda é fondata, al tribunale del luogo in cuiil coniuge convenuto ha residenza oppure, nel caso di irreperibilità o di residenza all' estero, al tridunale del luogo di residenza del ricorrente. Del ricorso il cancelliere dà comunicazione all' ufficiale dello stato civile del luogo dove il matrimonio fu trascritto, per l' annotazione in calce all' atto.

Nel ricorso é indicata l' esistenza dei figli legittimi, legittimati o adottati da entrambi i coniugi durante il matrimonio.

Il presidente del tribunale fissa con decreto il giorno della comparizione dei coniugi davanti a sé e il termine per la notificazione del ricorso e del decreto e nomina un curatore speciale quando il convenuto é malato di mente o legalmente incapace.

I coniugi devono comparire davanti al presidente del tribunale personalmente, salvo gravi e comprovati motivi. Il presidente deve sentire i coniugi prima separatamente e poi congiuntamente tentando di conciliarli. Se i coniugi si conciliano o, comunque, se il coniuge istante dichiara di non voler proseguire nella domanda, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione o della dichiarazione di rinuncia all' azione.

Se il coniuge convenuto non compare o se la conciliazione non riesce, il presidente, sentiti, se lo ritenga opportuno, i figli minori, anche d' ufficio dà con ordinanza i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell' interesse dei coniugi e della prole, nomina il giudiceistruttore e fissa l' udienza di comparizione delle arti avanti a questo. L' ordinanza del presidente può essere revocata o modificata dal giudice istruttore a norma dell' articolo 177 del codice di procedura civile.

Il presidente del tribunale, qualora ritenga motivatamente che sussistono concrete possibilità di riconciliazione tra i coniugi, specie in presenza di figli minori, fissa l' udienza di comparizione davanti al giudice istruttore entro un termine non superiore ad un anno.

L' ordinanza con la quale il presidente fissa l' udienza di comparizione davanti al giudice istruttore é notificata a cura dell' attore al convenuto non comparso nel termine perentorio stabilito nell' ordinanza stessa, ed é comunicata al publico ministero.

Il giudice istruttore può disporre d' ufficio l' assunzione dei mezzi istruttori.

Art. 5: Il tribunale adito, in contraddittorio delle parti e con l' intervento obbligatorio del pubblico ministero, accertata la sussistenza di uno dei casi di cui all' articolo 3, promuncia con sentenza lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ed ordina all' ufficiale dello stato civile del luogo ove venne trascritto il matrimonio di procedere alla annotazione della sentenza.

La moglie riacquista il cognome che essa aveva antecedentemente al matrimonio.

La sentenza é impugnabile da ciascuna delle parti. Il pubblico ministero può, ai sensi dell' articolo 72 del codice di procedura civile, proporre impugnazione limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci.

Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l' obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell' altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione.

L' obbligo di corresponsione dell' assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze.

Art. 6: L' obbligo, ai sensi degli articoli 147 e 148 del codice civile, di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati durante il matrimonio di cuisia stato pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili, permane anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori.

Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dispone aquale dei coniugi i figli debbono essere affidati sotto la vigilanza del giudice tutelare ovvero come, per gravi motivi, si debba altrimenti provvedere sull' affidamento, ed assume ogni altro provvedimento, relativo alla prole. In ogni caso il padre e la madre conservano il diritto di vigilare sulla educazione della prole.

L' affidamento e i provvedimenti riguardanti i figli avranno come esclusivo riferimento l' interesse morale e materiale degli stessi.

In particolare il tribunale stabilisce la misura ed il modo con cui l' altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all' istruzione e alla educazione dei figli, e dà inoltre disposizioni circa l' amministrazione dei beni di questi.

Il tribunale, nel caso in cui i genitori trascurino i loro doveri nei confronti dei figli minori o legalmente incapaci o ne mettano in pericolo gli interessi, può nominare un tutore, indipendentemente dal verificarsi di fatti che costituiscano motivo di decadenza della patria potestà.

Art. 7: Il secondo comma dell' articolo 252 del codice civile é così modificato:

«I figli adulterini possono essere riconosciuti anche del genitore che, al tempo del concepimento, era unito in matrimonio, qualora il matrimonio sia sciolto per effetto della morte dell' altro coniuge ovvero per pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso».

Art. 8: Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimomio può impore all' obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi allo adempimento degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6.

La sentenza costituisce titolo per l' iscrizione dell' ipoteca giudiziale ai sensi dell' articolo 2818 del codice civile.

Il tribunale può ordinare, anche con successivi provvedimenti in camera di consiglio, che una quota dei redditi o dei proventi di lavoro dell' obbligato venga versata direttamente agli aventi diritto alle prestazioni di cui alle norme predette.

Art. 9: Qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, su istanza di parte, può disporre la revisione delle disposizioni concernenti l' affidamento di figli e di quelle relative alla misura e alle modalità dei contributi da corrispondersi ai sensi degli articoli 5 e 6. In caso di morte dell' obbligato, il tribunale può disporre che una quota della pensione o di altri assegni spettanti al coniuge superstite sia attribuita al coniuge o ai coniugi rispetto ai quali sia stata pronunciata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte informazioni e sentite le parti ed il pubblico ministero.

Art. 10: La sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, quando sia passata ingiudicato, deve essere trasmessa in copia autentica, a cura del cancelliere del tribunale o della corte che l' ha emessa, all' ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio fu trascritto, per le annotazioni e le ulteriori incobenze di cui al regio decreto 9 luglio 1939, n. 1238.

Lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio, pronunciati nei casi rispettivamente previsti dagli articoli 1 e 2 della presentelegge, hanno efficacia, a tutti gli effetti civili, dal giorno della annotazione della sentenza.

Art. 11: Dopo lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, se il tribunale non ha disposto altrimenti, ciascun genitore esercita la patria potestà sui figli affidatigli. Il genitore al quale sono stati affidati i figline amministra i beni con l' obbligo di rendere conto annualmente al giudice tutelare e ne ha l' usufrutto fino a quando non passi a nuove nozze. L' altro genitore conserva ildiritto di vigilare e il dovere di collaborare all' educazione e all' istruzione dei figli.

L' altro genitore, se ritiene pregiudizievoli per il figlio i provvedimenti presi dall' esercentela patria potestà, può ricorrere al giudice tutelare prospettando i provvedimenti che considera adeguati.

Il giudice, sentito il figlio che ha compiuto il 14o anno di età, dichiara quale dei provvedimenti é adeguato all' interesse del figlio.

Art. 12: Le disposizioni di cui agli articoli 155, 156, 255, 258, 260, 261, 262 del codice civile si applicano, per quanto di ragione, anche nel caso di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio.