

Introduzione

Il divorzio, inteso come quel fenomeno sociale che con più forza evidenzia la crisi della famiglia coniugale, rappresenta un rilevante momento di cambiamento che coinvolge l'intero disegno di vita di entrambi i coniugi. Questa fase implica una completa riorganizzazione di molti aspetti della propria esistenza e lascia dietro di sé uno strascico doloroso che influenza l'individuo, sia dal punto di vista personale che patrimoniale.

Negli ultimi decenni si è assistito, in tutti i Paesi europei, a una riduzione della nuzialità e a un aumento dello scioglimento delle unioni. Prendendo in considerazione il periodo che va dal 2001 al 2019, è bene tenere in conto un dato importante per comprendere la vastità del fenomeno, ossia il tasso grezzo di divorzi, il quale ha lo scopo di rilevare il numero di divorzi per 1000 abitanti. Confrontando i dati, si evince che il tasso grezzo di divorzio è aumentato in quattordici Stati membri ed è diminuito o è rimasto stabile nei restanti tredici.

Comparando i dati dal 1964 ad oggi ci si rende conto di come il tasso grezzo di divorzio sia raddoppiato, segnando un aumento da 0,8 per 1000 persone nel 1964 a 1,6 nel 2020. Questo aumento è in parte dovuto alla legalizzazione del divorzio in diversi Stati membri dell'Unione Europea (ad esempio in Italia, Spagna, Irlanda e Malta), che durante questo periodo hanno legiferato in materia, concedendo ai coniugi la possibilità di divorziare in maniera più o meno diretta. Tuttavia, allargando il campo di analisi, ci si rende conto di come l'ambito dello scioglimento del matrimonio sia anche connesso alle mutate condizioni del contesto sociale, che evolvendosi in chiave individualista, consente al coniuge di risolvere la crisi coniugale in modo più autonomo e liberale.

L'elaborato si propone di analizzare la circolazione dei modelli di divorzio nelle varie esperienze europee, soffermandosi sia su questioni di carattere comparatistico che di natura internazionalprivatistica, cogliendone gli aspetti più interessanti e rilevanti, attraverso due metodologie di analisi.

Da un lato, si necessita dell'ottica del comparatista che, attraverso un metodo comparatistico di natura funzionalista, ci consente di sviscerare la reale funzione delle regole che disciplinano l'istituto del divorzio e di effettuarne una comparazione anche in una prospettiva di armonizzazione.

Dall'altro, non si può tralasciare un'indagine internazionalprivatistica, che ci consente di focalizzare l'attenzione sui metodi di coordinamento tra ordinamenti, sui regolamenti e sulle soluzioni giurisprudenziali tendenti a risolvere le sempre più frequenti situazioni divorzili delle *cross-border families*. Tale indagine fa emergere la necessità, avvertita a livello internazionale, di affiancare al processo di armonizzazione l'applicazione delle norme di diritto internazionale privato e processuale.

Dopo un breve *excursus* storico, il primo capitolo propone un'analisi storico-comparativa in cui si esplicano le vie di diffusione percorse dai vari modelli di divorzio nel quadro europeo, con particolare attenzione all'evoluzione dei singoli modelli. Ci si sofferma anche sulla penetrazione dei modelli di divorzio in alcune esperienze specifiche che, in ragione delle loro peculiarità, attraggono l'interesse dei comparatisti. Vengono anche analizzate le conseguenze patrimoniali del divorzio, mettendone in evidenza i profili convergenti e divergenti. Il lavoro offre un quadro generale relativo a tutti quei punti di contatto che si riscontrano nell'ambito comunitario come, ad esempio, la c.d. "degiurisdizionalizzazione".

Nel secondo capitolo si affronta il tema dei progetti europei di armonizzazione, in particolare quello della *Commission on European Family Law* (CEFL). La disamina di tali lavori è necessaria ai fini dell'analisi, in quanto la questione della c.d. "armonizzazione del diritto europeo di famiglia" assume un ruolo centrale nel dibattito istituzionale e dottrinale, tenuto conto che il numero di coppie internazionali è in aumento così come i relativi divorzi transfrontalieri.

L'analisi dei *Principles of European family law* (PEFL), focalizzandosi su quelli relativi al divorzio, ci consente di riflettere sulle discrasie riscontrabili nei vari Paesi europei, identificando in tal modo delle linee convergenti e, in alcuni casi, un "*common core*". Si analizzano anche le critiche metodologiche mosse alla Commissione al fine di cogliere gli aspetti più controversi su cui la dottrina comparatistica dibatte, prospettando così un ragionamento critico in merito.

Dall'analisi internazionalprivatistica, svolta nel terzo capitolo, si può comprendere come la nascita dell'Unione Europea, che porta con sé il mercato unico e la libera circolazione che ne deriva, rappresenti un ulteriore elemento d'impatto nella materia, anche alla luce degli interventi di armonizzazione.

Il legislatore comunitario, gettando le basi per una regolamentazione nell'ambito della famiglia, in particolare in quelle situazioni transnazionali, ha posto al centro l'individuo inteso non come singolo (lavoratore o cittadino europeo) ma come parte di una famiglia (*cross-border families*) sita in una comunità che potrebbe essere diversa da quella d'origine. La tutela che ne deriva è necessaria per garantire a quest'ultimo un riconoscimento del suo *status* anche in un Paese, quello ospitante, che potrebbe prevedere regole e principi differenti.

Il lavoro passa quindi alla disamina del Regolamento (UE) n. 1259/2010, che pare coniughi tale necessità nell'ottica della valorizzazione dello *status* personale e dei diritti acquisiti sul territorio dell'Unione, mediante un'applicazione ponderata dei principi a tutela dei diritti fondamentali. Lo scritto tenta poi di dimostrare come il regolamento determini un meccanismo che potrebbe pregiudicare gli interessi delle parti, rendendo, ad esempio, applicabile una disciplina nazionale più restrittiva.

Volendo offrire una visione d'insieme, si può concludere che i diversi attori (dottrina e Stati membri) perseguano la strada dell'armonizzazione nell'ottica di prevedere un quadro giuridico omogeneo che sia idoneo a garantire ai coniugi la certezza, la prevedibilità e la flessibilità del diritto.

Dai risultati raggiunti si può affermare che, nel corso della storia, la disciplina del divorzio sia stata oggetto di numerose innovazioni, le quali hanno determinato una pluralità di modelli, influenzati da fattori religiosi, economici e sociali che hanno impattato sulla loro concreta circolazione nelle varie esperienze europee, comportando una differente ricezione dello stesso declinandolo differientemente in funzione delle diverse esigenze sociali.

Di certo, le differenze non possono essere eliminate mediante la semplice unificazione di regole e principi, in quanto gli Stati desistono nel cedere la loro sovranità in materia familiare. Sebbene ciò, il processo di armonizzazione intrapreso dagli Stati membri e dalla dottrina comparatistica ha prodotto risultati ammirevoli, che hanno incoraggiato una maggiore tutela delle *cross-border families*, impattando positivamente sulla risoluzione della crisi coniugale.

Abstract

L'elaborato propone un'analisi comparatistica e internazionalprivatistica sulla circolazione dei modelli di divorzio nello spazio giuridico europeo. Dopo un'introduzione storica, in cui si analizza l'evoluzione dell'istituto anche alla luce dei mutamenti culturali, sociali ed economici, si esaminano i vari modelli di divorzio, evidenziandone le vie di diffusione percorse nel continente. Ci si sofferma sull'importanza dei progetti di armonizzazione nell'andare a tracciare i punti convergenti dell'istituto divorzile, specialmente quello svolto dalla CEFL (*Commission on European Family Law*), per poi operare delle riflessioni critiche in merito. Il lavoro passa quindi a trattare degli interventi di armonizzazione da parte degli Stati membri, illustrando i regolamenti e la relativa giurisprudenza. In conclusione, l'elaborato cerca di offrire una riflessione critica sul Regolamento (UE) n. 1259/2010, che consente ai coniugi la designazione della legge applicabile al divorzio o alla separazione personale, evidenziandone la prassi applicativa.

Abstract

This thesis is a comparative and international private law analysis on the circulation of divorce patterns in the European legal space. After a historical introduction analysing the divorce evolution according to cultural, social and economic trends, many divorce patterns are examined, pointing how they are spreading in our continent. This work focuses the attention on the importance of harmonization on tracing the converging elements of the divorce institution, in particular the role played by the CEFL (*Commission on European Family Law*), then, some critical reflexions are written about it. This thesis goes on analysing what the other European countries are doing for the harmonization showing the rules and their jurisprudence. In the end, this work tries to give a critical appreciation on the Regulation (UE) n. 1259/2010 which gives to the spouses the possibility to choose the divorce law or personal separation, they wish putting in evidence the application practice.

CAPITOLO I

L'indissolubilità e lo scioglimento del matrimonio nell'esperienza giuridica europea

I.1. Precedenti storici

Lo studio dell'evoluzione plurisecolare della disciplina dello scioglimento del matrimonio non può prescindere dai considerevoli mutamenti nel campo religioso, economico, sociale e filosofico. Storicamente le Chiese cristiane d'oriente consentivano il divorzio, mancando ostacoli nell'ottica teologica e giuridica, facendo ricorso alla propria legislazione giustiniana, mentre i canonisti medioevali ammettevano lo scioglimento del vincolo nell'ipotesi di matrimonio contratto tra infedeli¹. Pure in Paesi di fede cattolica, già prima delle tesi di Calvino e Lutero, si percepivano voci favorevoli alla risoluzione *inter vivos* del vincolo matrimoniale, anche se suggellato da celebrazione *in facie Ecclesiae*, quale conseguenza dei doveri coniugali o nel caso di adulterio. È nel contesto dell'umanesimo giuridico rinascimentale che si possono percepire degli spiragli verso tale soluzione². Spiragli non completamente contrastati all'epoca della chiesa romana, che solo con il Concilio di Trento, prese una chiara e definitiva posizione a riguardo³. Si deve tener in considerazione che le fonti romane influenzarono gli studiosi sin dal medioevo; queste erano studiate quotidianamente nelle università europee, glossate e commentate, come se fosse un "diritto vivente", comprendendo anche le parti relative al divorzio. Tra l'altro, le tracce del divorzio per adulterio sono rinvenibili anche in disposizioni normative laiche, si pensi agli statuti di alcune città italiane, come lo Statuto Pisano. Giovanni Nevizzano, giurista e umanista italiano del fine XV secolo, nella sua opera *Sylva nuptialis*, si schiera a favore della tesi dell'ammissibilità del divorzio. La base della sua tesi è il noto passo del vangelo di San Matteo, che consente al marito di "dimittere uxorem suam" e di "aliam ducere [...] od fornicationem"⁴, inoltre, egli aggiunge che la soluzione negativa costringerebbe il marito a peccare. Altro esponente dell'umanesimo giuridico è il giurista italiano Andrea Alciato, il quale sottolineava che era solo la legge ecclesiastica a vietare il divorzio, e non quella divina, approvando la scelta del diritto giustiniano di permettere il divorzio *ex legitima causa*, consentito nell'antico diritto romano.

All'umanesimo giuridico cinquecentesco va, tra l'altro, attribuito il merito di aver mosso i primi passi nel definire il significato del termine *divortium*, che nei secoli tra Medioevo ed Età Moderna indicava anche la separazione personale (*divortium* o *separatio quoad mensam et torum*) del diritto canonico o l'annullamento del matrimonio per presenza di un impedimento. Tale confusione era favorita dall'etimologia della parola stessa, che derivando dal latino *divertere*, ossia "prendere strade diverse", non indicava né una particolare procedura giudiziale, né i relativi effetti giuridici; bensì il fatto di non

¹ Cfr. Marchetto, *Il divorzio imperfetto: I giuristi medievali e la separazione dei coniugi*, Bologna, 2008, pp. 343 ss.

² Cattaneo, *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, Napoli, 2004.

³ Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, Paris, 1891, pp. 45 ss.

⁴ Lessona, *La sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano*, Torino, 1886, pp. 84 ss.

stare più insieme⁵. Tale confusione perdurò per lungo tempo, praticamente fino alla Rivoluzione Francese.

Le voci sopra citate rimasero isolate, basti pensare che la *Sylva nuptialis* del Nevizzano venne inserita nell'indice dei libri proibiti nel 1584, determinando una scollatura che si protrarrà sino a tutto il XVIII secolo. È nel contesto dell'illuminismo che si ritorna a parlare di divorzio, le espressioni usate da Voltaire alla voce *Divorce* del *Dictionnaire philosophique*⁶, e per Diderot l'indissolubilità matrimoniale “*c'est la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme*”⁷. Ma l'Illuminismo dispiega i suoi effetti anche fuori dalla Francia. Così, il *Project des codicis Friedericiani Marchici* o *Corpus Juris Fridericiani* pubblicato tra il 1749 e il 1751, commissionato da Federico II di Prussia a Samuel von Cocceji, che prevedeva un tipo di divorzio-rimedio fondato sulla domanda congiunta e sulla separazione personale legale di un anno, oltre ai motivi di divorzio conosciuti dalla tradizione protestante (adulterio, abbandono, minacce, sevizie, etc.), che consentivano un divorzio ad iniziativa di una delle parti. Tuttavia, con la morte di Cocceji nel 1755 e la guerra dei sette anni, il progetto restò incompiuto, ma il principio del divorzio per mutuo consenso passò nell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR) del 1794, assieme a quello del divorzio, su istanza di una sola parte, fondato su una “avversione insuperabile” (*unüberwindliche Abneigung*) di un coniuge. La traduzione francese del progetto del 1751 circolò ampiamente, specie nell'ambito culturale della Parigi di Luigi XV, influenzando il pensiero di giuristi e letterati.

La richiesta dell'introduzione del divorzio compare in dei *cahiers de doléances*, conosciuti come “quaderni delle lamentele” o anche “quaderni di doglianza”, presentati agli Stati Generali convocati da Luigi XVI, così come in una proposta legislativa del 1789. La Costituzione del 3 settembre 1791, che dichiarava il matrimonio “*contrat civil*”⁸, rese possibile l'introduzione nella prima legge francese estremamente liberale, nel 20 settembre 1792, sia del divorzio per mutuo consenso, che per *incompatibilité d'humeur*. Il Codice Napoleonico, emanato il 21 marzo 1804, conserva il divorzio, ma elimina

⁵ Cfr. Esmein, *op. cit.*, pp. 85 ss.

⁶ Voltaire, *Dictionnaire philosophique*, Paris, 1838, p. 376: “le divorce est probablement de la même date à peu près que le mariage. Justinien, qui rassembla toutes les lois faites avant lui, auxquelles il ajouta les siennes, non seulement confirm celle du divorce, mais il lui donne encore plus d'étendue: au point que toute femme dont le mari était non pas esclave, mais simplement prisonnier de guerre pendant cinq ans, pouvait, après les cinq ans révolus, contracter un autre mariage. Justinien, était chrétien, et même théologien: comment donc arriva-t-il que l'Église dérogeât à ses lois? Ce fut quand l'Église devint souveraine et législatrice. Les papes n'eurent pas de peine à substituer leurs décrétales au code dans l'Occident, plongé dans l'ignorance et dans la barbarie. Ils profitèrent tellement de la stupidité des hommes qu'Honorius III, Grégoire IX, Innocent III, défendirent par leurs bulles qu'on enseigne le droit civil. On peut dire de cette hardiesse: Cela n'est pas croyable, mais cela est vrai. Comme l'Église jugea seule du mariage, elle jugea seule du divorce. Point de prince qui ait fait un divorce et qui ait épousé une seconde femme sans l'ordre du pape avant Henri VIII, roi d'Angleterre, qui ne se passa du pape qu'après avoir longtemps sollicité son procès en cour de Rome. Cette coutume, établie dans des temps d'ignorance, se perpétua dans les temps éclairés, par la seule raison qu'elle existait. Tout abus s'éternise de lui-même: 'est l'écurie d'Augias, il faut un Hercule pour la nettoyer”.

⁷ Diderot, *Supplément au voyage de Bouganville*, in *Diderot. Selected philosophical writings*, Cambridge, 1953, pp. 201 ss.

⁸ Article 7: “La loi ne considère le mariage que comme contrat civil”.

l'ipotesi dell'incompatibilità di carattere; esso continua ad ammettere lo scioglimento *par consentement mutuel* (per mutuo consenso), pur rendendolo più difficile. Quindi, le uniche cause possibili dello scioglimento del matrimonio nel sistema napoleonico sono: mutuo consenso, adulterio, *excès, sévices ou injures graves* e *condamnation à une peine infamante*.

Immediatamente dopo il periodo napoleonico, caratterizzato da grandi innovazioni e nuove linee di pensiero, la Francia ritorna alla tradizione conservatrice, cattolica, incentrata sulla famiglia. Tale cambio di rotta determinò nel 1816, con l'approvazione della legge 8 maggio 1816 (c.d. "*Loi Bonald*"), l'abolizione completa del divorzio. In tal senso, risuonano le parole di un membro della Commissione che affermava: "for twenty years in France men have made laws like themselves (...) feeble and fleeting. Let us now finally establish those eternal laws which constitute men rather than being constituted by them"⁹. La Francia dovrà attendere la famosa novella del 27 luglio 1884 (*Loi Naquet*¹⁰), fondata sull'idea del divorzio-sanzione per veder riammesso l'istituto nel suo ordinamento. Bisognerà attendere l'autorizzazione della legge dell'11 luglio 1975, promossa dal presidente Valéry Giscard d'Estaing, per il divorzio consensuale. Inoltre l'idea del divorzio unilaterale fu favorita dai motivi pragmatici dall'Association Nationale des Avocats de France¹¹.

Questi brevi cenni sui mutamenti storici, religiosi e filosofici ci consentono di tracciare l'evoluzione del divorzio dal quindicesimo secolo fino alle codificazioni francesi, le quali rappresentano indiscutibilmente una importante fonte d'ispirazione per le future e successive esperienze europee e non.

La diffusione del divorzio è inevitabilmente legata all'evoluzione del concetto di famiglia, il quale può essere inquadrato in un discorso più ampio, che oggi è universalmente noto col termine di "globalizzazione del diritto". Mediante un'analisi di tipo storico-comparatistico si possono individuare due momenti iniziali di notevole interesse: la prima fase, che va dalla seconda metà del Diciannovesimo secolo alla prima guerra mondiale, determina la diffusione del pensiero giuridico classico consacrando una occidentalizzazione del diritto su scala globale. In questa fase circola non solo l'idea di codice (specialmente il codice Napoleonico), ma anche il complesso binomio individualismo-formalismo¹²; la seconda, che si ascrive dall'inizio del Novecento fino alla fine della seconda guerra mondiale, determina la diffusione del pensiero sociale, inteso come quella concezione del diritto quale mezzo per la realizzazione di scopi sociali¹³. Queste fasi ci permettono di analizzare la circolazione dei modelli nelle

⁹ Roughol-Valdeyron, *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon*, in *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1975, nota 54, pp. 487 ss.

¹⁰ Così chiamata in onore del suo promotore Alfred Naquet, deputato e senatore del Vaucluse, era un politico, medico di formazione, sostenitore dell'amore libero e panettiere di seconda mano.

¹¹ Cfr. Pierre Chaumié, *À propos du projet de loi sur le divorce*, in *Gazette du Palais Doctrine*, 1974, pp. 786 – 801.

¹² Cfr. M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia: Le relazioni famigliari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, 2014, pp. 28 ss.

¹³ Lungi dal rappresentare una concezione unitaria, tale concezione teologica del diritto assume varie sfaccettature in Europa. La principale concezione vede come pilastro portante la c.d. "istanza sociale"

esperienze giuridiche che hanno vissuto periodi di colonizzazione. Infatti in epoca coloniale si rileva una ben nota consonanza di approcci, si pensi ad esempio alla Francia, Inghilterra e Germania che seppur imponendo il diritto privato ai colonizzati definendolo “inderogabile”, lasciavano intatto e anzi rispettavano il diritto di famiglia locale “consuetudinario”¹⁴.

Entrambe le fasi sopra descritte danno luogo a un complesso processo di sedimentazione delle tecniche, dei contenuti prodotti dal formalismo savignano e dal funzionalismo del pensiero sociale, che caratterizza una terza fase c.d. “contemporanea”¹⁵. In questa fase non si rinviene un’idea guida come nelle precedenti (individualismo e pensiero sociale), ma grazie alla sedimentazione si ripropongono dei diritti, non più considerati come quelli di stampo liberale o in chiave di diritti sociali, ma intesi come diritti umani, che rappresentano il nucleo essenziale dell’idea stessa di diritto che opera su basi universali. L’importanza dei diritti umani all’interno della famiglia è stata percepita anche dalla comunità internazionale, ne sono la prova le convenzioni internazionali sui diritti umani le cui norme si atteggiano a una sorta di “lingua giuridica universale”¹⁶.

L’evoluzione socioculturale e l’avvento della Comunità europea hanno determinato un’accelerazione nel susseguirsi delle grandi riforme che, dalla metà del secolo scorso, hanno investito l’Europa, modernizzando gradualmente i Paesi scandinavi, il continente orientale e quello occidentale. Tra le grandi riforme emergono: la disciplina del divorzio¹⁷; l’affermazione dell’eguaglianza tra i coniugi, basata sulla parità tra uomo e donna; l’affermazione dei diritti dei minori; la parità di trattamento di tutti i figli, a prescindere dal loro *status*; la tutela delle unioni familiari diverse dal matrimonio. I risultati ottenuti con le grandi riforme, ad oggi, si rinvergono nelle fonti giuridiche europee, sia di diritto primario che derivato.

Si tenga in conto che il regime giuridico della famiglia, inteso come quel complesso autonomo di regole, è relativamente recente, tanto da essere un “terreno conteso” fra diritto pubblico e privato¹⁸. Infatti è ormai palese in dottrina che il rapporto

intesa in vari modi: dall’idea della subordinazione del diritto ai fini sociali al solidarismo, della socializzazione fino al socialismo.

¹⁴ Su questi aspetti J. Halley, K. Rittich, *Critical directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism*, in *Am. J. Comp. L.*, 2010, pp. 753 – 776.

¹⁵ Du. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, a cura di D.M. Trubek, A. Santos, Cambridge, 2006, pp. 19 – 20.

¹⁶ M. R. Marella, G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 41. In cui si mette ben in luce il ruolo che i diritti umani hanno avuto nella globalizzazione e nella modernizzazione (occidentalizzazione) del diritto di famiglia, essendo intesi “come norme, come valori o come linee di *policy* (...) oggi potenzialmente rilevanti in ogni tipo di controversia, anche all’interno del diritto di famiglia.” Inoltre si afferma anche che “essi costituiscono un momento fondamentale nella costruzione di una sorta di diritto di famiglia globalizzato, in un certo senso aprendo una nuova fase di occidentalizzazione del diritto”.

¹⁷ Dalla seconda metà del XIX sec., che identificava lo scioglimento del matrimonio come sanzione, si passa al riconoscimento del divorzio quale rimedio, per giungere, infine, al divorzio per mutuo consenso e al divorzio unilaterale.

¹⁸ M. R. Marella-G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

tra diritto e la famiglia può essere inquadrato in un ambito composito, i cui elementi (Stato, società civile e mercato) si intrecciano, cosicché la famiglia potrebbe assumere, in relazione al contesto, inclinazioni privatistiche o pubblicistiche.

Anche la costituzionalizzazione della famiglia tiene in conto di tali interazioni, tanto che, in relazione al diverso contesto sociale, la rilevanza che questa assume ha una valenza differente. Una tradizionale differenza può essere riscontrata in quei modelli che riconoscono la famiglia insieme al matrimonio (ad es. Italia e Grecia) e altri che invece si presentano più laconici, limitandosi a riconoscere la famiglia come gruppo sociale meritevole di tutela e protezione (Germania, Francia, Portogallo, Spagna)¹⁹.

Malgrado la consistente evoluzione che la famiglia ha subito, tale aggregazione è sicuramente ancora considerata come la più importante delle formazioni sociali. Questi fenomeni di circolazione dei modelli di famiglia, in cui si ascrive anche la disciplina del divorzio, ci permette di cogliere in che modo e con quali modalità la materia sia stata “trapiantata”, “innestata” o semplicemente “trasportata” da un’esperienza giuridica ad un’altra, determinando in alcuni casi una modernizzazione dell’intera società. Ciò lo si può dedurre sia dal passaggio epocale del matrimonio dalla fase dell’indissolubilità a quella della dissolubilità, ma anche e specialmente, dalla predisposizione dei differenti modelli di divorzio che caratterizzano il variegato continente Europeo in ragione del loro contesto religioso, sociale e economico.

I.2. L’evoluzione dell’economia quale fattore per la circolazione dei modelli di divorzio

Sul piano dell’analisi socio-economica possono essere identificate alcune grandi trasformazioni che hanno stravolto la concezione di famiglia, tanto da determinare un mutamento delle discipline della separazione e del divorzio. Tra questi mutamenti possono essere annoverati il superamento dell’economia familiare, il tramonto del modello di famiglia tradizionale e la valorizzazione della donna nel mercato del lavoro²⁰. Come spesso viene rilevato, si tratta di fenomeni che sono avvenuti in tutte le esperienze europee sebbene questi si siano mostrati con tempi e modalità differenti.

Un buon punto di partenza per questa analisi è quel periodo storico che va dal 1750 al 1850, in cui la famiglia era intesa come un’unità produttiva, tanto da poterla chiamare famiglia-impresa. Il centro principale di sostentamento delle famiglie era indubbiamente la terra, che veniva generalmente ereditata, che garantiva sia stabilità economica che di relazione. In quest’epoca tutti i membri della famiglia, senza distinzione di genere, svolgevano compiti specifici. Nelle zone rurali alla donna venivano attribuiti compiti legati alla cura e alla gestione della casa, nonché compiti relativi al ristoro; agli uomini spettavano i compiti caratteristici dell’economia agraria del tempo, considerati più asfissianti e delicati rispetto ai compiti spettanti alla donna, anche se non è da escludere che questi compiti potessero essere svolti da tutti i membri della famiglia per massimizzare la produttività. Nelle città i figli apprendevano la professione del padre, che poi gli sarebbe stata ereditata (si pensi alla bottega), in ogni caso, qualsiasi compito svolto era concepito e finalizzato alla prosperità della famiglia. Questa economia familiare la si

¹⁹ *Id, ult. op. cit.*, pp. 56 ss.

²⁰ A. Pera, *Il diritto di famiglia in Europa. Plurimi e simili o plurimi e diversi*, Torino, 2012.

rinviene nella stragrande maggioranza delle esperienze europee, specialmente in quei contesti rurali lontani dalle città, dove gli individui, in particolar modo le donne, erano fortemente ancorati al nucleo domestico. Ciò era fortemente determinato sia dalla lunga tradizione che dalla mancanza di un vero e proprio lavoro retribuito. In tale contesto socio-economico, che di certo non agevolava la fuoriuscita dei componenti dal nucleo familiare, nonostante ciò non fosse impossibile, lo scioglimento del matrimonio e la conseguente rottura della famiglia era una via percorsa da ben pochi individui. Si consideri che al tempo “lo scioglimento del matrimonio causato dalla morte del marito significava la fine dell’impresa familiare quasi quanto l’atto delle nozze significava la sua fondazione”²¹, dunque tale considerazione potrebbe essere svolta anche con riferimento al divorzio.

Con l’avvento dell’industrializzazione, specificamente nella sua fase iniziale, il concetto di famiglia quale unità produttiva rimane pressoché invariato, basti pensare che all’interno delle fabbriche prestavano il loro lavoro intere famiglie²². Sarà solamente nella seconda metà del XIX secolo che l’economia familiare tramonta grazie all’avvento del lavoro salariato, che porta con sé molte opportunità lavorative. Inoltre il capitalismo industriale fa venir meno il ruolo centrale della “terra” nel sostentamento dei componenti della famiglia.

Tutte queste novità portarono ad un duplice effetto. Da un lato, il legame “indeciso” che legava i coniugi verrà sempre più assottigliato, in ragione del fatto che entrambi avevano concretamente la possibilità di guadagnare autonomamente il proprio reddito²³. Dall’altro, vi era l’opportunità di guadagnare a prescindere dalle relazioni familiari. Quest’ultimo effetto rileva se lo si paragona con il passato, caratterizzato dall’attribuzione dell’eredità e dalla dote ai soli figli adulti meritevoli e fedeli alla propria famiglia.

In conclusione appare necessario riferirsi anche ad un ultimo momento importante, ossia quello del passaggio dall’economia industriale a quella basata sul terzo settore. Un primo spunto di riflessione può essere fatto in merito ai c.d. “salari familiari” previsti per il marito. Tali salari erano funzionali per il mantenimento della famiglia e rappresentavano una sicurezza di tipo economico per la moglie. Indubbiamente la donna era fortemente discriminata sia per ragioni di remunerazione che per la ristretta fascia occupazionale a cui era destinata. Con la riduzione dei “salari familiari” venne meno quella sicurezza economica che caratterizzava il periodo precedente, così dal punto di vista femminile venne meno quell’incentivo a contrarre matrimonio o a proseguire la vita matrimoniale. Si aggiunga a ciò che l’economia dei servizi porterà non solo nuovi posti di lavoro, ma anche una conseguente riduzione dei compiti domestici che vennero trasferiti al mercato.

Da questa breve analisi si possono evincere alcune considerazioni. In primo luogo l’evoluzione economica ha fortemente segnato l’ambito delle relazioni familiari, evolvendo il concetto stesso di famiglia. Si noti però che tutt’oggi non si può dare una risposta univoca su cosa sia la famiglia: si rinviene, ad esempio, la famiglia “biologica”;

²¹ P. Laslett, *The World we Have Lost: Futher Explored*, Londra, 1983, pp. 115 ss.

²² R. Phillips, *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, Cambridge, 1988.

²³ W. J. Goode, *World Changes in divorce patterns*, London, 1993.

quella “legale”; quella “sessuale”; quella “sociale”, ossia quella che si forma con la coabitazione²⁴.

In secondo luogo, le conseguenze di questa evoluzione hanno determinato un ampliamento dell'autonomia dei coniugi nella “regolamentazione” dei loro rapporti. Nel quadro delle esperienze europee contemporanee l'autonomia degli individui è maggiore rispetto alla famiglia, anche se, a seconda delle varie esperienze giuridiche, questa viene “filtrata” dalle conseguenze economiche e personali dello scioglimento del matrimonio.

Ogni esperienza giuridica deve affrontare la questione della dissoluzione dei legami e questa domanda è più sentita nella società moderna, dove il matrimonio è associato all'ideale dell’*“romantic love”*. Mentre i coniugi sono legati alla fattoria e alla terra poiché non esiste un'opzione alternativa e valida per la loro sopravvivenza, il tema del divorzio non si presenta; “che si amino o meno, la separazione volontaria è impensabile”²⁵. Tuttavia, con la crescita delle opportunità economiche, prima con l'industrializzazione e poi con lo sviluppo del capitalismo e dell'autonomia dei coniugi in ambito lavorativo, diventa inevitabile che il matrimonio venga messo in crisi e che emergano pressioni sociali per formalizzare il divorzio quale conseguenza della rottura.

I.3. I modelli di divorzio in Europa

I modelli di divorzio si differenziano in base ai motivi che possono determinarlo, ciò avviene da secoli, già i romani distinguevano tra *divortium communi consensu (bona gratia)*²⁶ e *divortium ex justa causa* (ossia il divorzio unilaterale in presenza, appunto, di *iusta causa*)²⁷. Grazie al metodo comparatistico si possono identificare, approssimativamente, almeno cinque distinti modelli di divorzio che si sono sviluppati negli ordinamenti europei: divorzio-sanzione, divorzio-rimedio, divorzio-rimedio fondato sulla separazione, divorzio per mutuo consenso, divorzio-diritto (c.d. unilaterale o anche divorzio “a richiesta”). La classificazione che segue non si arroga il diritto di inquadrare categoricamente un sistema in una o altra categoria, potendo questa rientrare in più modelli contemporaneamente. Analizzando dal punto di vista meramente storico i vari modelli, ci si accorge come questi si siano evoluti e sviluppati a partire dalla prima categoria all'ultima, ma non appare possibile affermare che i modelli più recenti abbiano soppiantato quelli più antichi, né appare fattibile categorizzare storicamente tale mutamento. Ciononostante, ognuno dei vari modelli rispecchia una diversa concezione di rapporti tra Stato, società, morale, libertà, chiesa e individualismo²⁸.

²⁴ A. Miranda, *Famiglie e vecchi diritti: brevi considerazioni sull'evoluzione del rapporto tra diritto, famiglia e società*, in *Patrimonio, Persona e Nuove tecniche di governo del diritto*, a cura di P. G. Monateri, A. Somma, Ferrara, 2007, pp. 565 – 570.

²⁵ H. Willekens, *Explaining Two Hundred Years of Family Law in Western Europe*, in *Het gezinsrecht in de sociale wetenschappen*, a cura di H. Willekens, S'Gravenhage, 1997, pp. 59 – 93.

²⁶ A. Corbino, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*, Milano, 2019, IV ed., pp. 337 ss., afferma che il divorzio era per *iusta causa* nell'ipotesi di: “il divorzio attuato per impotenza, sopraggiunto voto di castità, per il prolungarsi della prigionia bellica oltre un quinquennio.”

²⁷ C.5.17.8.1. (Teodosio e Valentiniano, 449).

²⁸ Antokolskaia, *Convergence of Divorce Law in Europe*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2006, vol. 18, No. 3, pp. 307 ss.: “The first concept – divorce as sanction – is rooted in the idea of the state and/or the church as the guardians of universal morality, which have punished the spouse who has