

LA GRANDE SVOLTA DEL DIVORZIO. DIRITTI E FAMIGLIE NELLA PROSPETTIVA STORICO-GIURIDICA

PAOLO PASSANITI
*Professore associato
nell'Università di Siena*

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Un lungo cammino. – 3. La famiglia paritaria. – 4. Il divorzio e le nuove famiglie. – 5. L'eredità del passato nel sistema giusfamiliare.

1. – In una stagione di grande dibattito riguardante il diritto di famiglia e l'eguaglianza dei sessi, la rievocazione dell'introduzione del divorzio nel 1970¹ va ben oltre il mero dato celebrativo, trattandosi di una svolta strutturale che ha «profondamente mutato la disciplina giuridica e la morfologia stessa del matrimonio e della famiglia»². L'Italia che discute e si divide sul disegno di legge Zan è figlia dell'Italia che aveva discusso e si era divisa sul divorzio. Una stagione nuova, l'inizio del nostro presente, con l'archiviazione giuridica del patriarcato. In quegli anni Stefano Rodotà osserva che «il divorzio, nel nostro paese, rappresenta ormai lo strumento che più di ogni altro può consentire di sostituire all'arcaico modello di una società familiare chiusa la diversa visione di una famiglia come società di liberi e di eguali»³.

La storia d'Italia cambia all'alba del 1° dicembre 1970, insomma, quando alle 5:40 il presidente della Camera Sandro Pertini annuncia l'approvazione della legge sul divorzio⁴. Qualche ora dopo gli italiani ascolteranno alla radio l'appello degli intellettuali cattolici per l'abrogazione⁵: il primo passo della lunghissima campagna destinata a

¹ Si vedano almeno il numero monografico della rivista *Famiglia e diritto*, 2021/1; V. CUFFARO (a cura di), *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, Milano, 2021.

² M. SESTA, *Profili attuali della solidarietà post-coniugale*, in *Divorzio 1970-2020*, 123.

³ S. RODOTÀ, *Divorzio e famiglia moderna*, in *Il divorzio in Italia*, Firenze, 1969, 69.

⁴ L'atteggiamento della chiesa rispetto a quella legge è simboleggiato dalla lunga visita in Asia e Australia del pontefice. Il fatto che Paolo VI apprenda da Sidney la notizia denota un dissenso misurabile nella distanza geografica, ma contiene anche il messaggio di apertura a un mondo che non si riduce nelle faccende romane, lunghe un secolo, tra le sponde del Tevere.

⁵ Il messaggio condiviso da Giangualberto Archi, Giuseppe Auletta, Felice Battaglia, Carlo Bozzi, Antonio Ciampi, Lia Codacci Pisanelli, Sergio Cotta, Augusto Del Noce, Serio Galeotti, Filippo Gallo, Giorgio La Pira, Franco Ligi, Gabrio Lombardi, Carlo Felice Manara, Enrico Medi, Lina Merlin, Bernardo Merlo, Giambattista Migliori, Giuseppe Olivero, Marcello Rodinò, Francesco Santoro

concludersi il 12 maggio 1974 con la vittoria del “no” nel referendum, un istituto attuato – guarda caso – sempre nel 1970, quasi in una logica di scambio⁶.

Con l'entrata in vigore della legge 1° dicembre 1970 n. 898, i tribunali si trovavano una quantità di arretrato impressionante accumulata nel corso dei decenni. Prima ancora del sigillo legislativo, le clausole in materia di separazione già contenevano riferimenti all'accordo consensuale sul futuro divorzio⁷. Il 31 dicembre 1970 il “New York Times” dedicava un articolo al primo divorzio italiano: *First Divorce Under Italian Law Is Granted to Separated Couple*. Il divorzio in Italia era uno spettacolare mutamento anche visto in una prospettiva globale⁸ in cui si registravano evoluzioni del diritto di famiglia e dello stesso divorzio, partendo da altri livelli normativi⁹.

Il divorzio ha cambiato il diritto di famiglia, ma quanto l'evoluzione di questo diritto – in una prospettiva di progressiva accentuazione della rilevanza giuridica del momento affettivo – ha mutato nel corso del tempo la funzione del divorzio? Il presente saggio tenta di dare una risposta a questo quesito, ragionando sul significato sistemico dello scioglimento del matrimonio, in una visione storico-giuridica necessariamente *aerea* e interdisciplinare volta a comprendere i grandi snodi concettuali emersi nell'ultimo mezzo secolo, nella costante, incessante interazione tra diritto e costume.

Passarelli, Libera Santucci, Ignazio Scotto, Egidio Tosatto, Alberto Trabucchi, può essere letto in COMITATO NAZIONALE PER IL REFERENDUM SUL DIVORZIO (a cura di), *Un popolo al bivio. Referendum sul divorzio frontiera di libertà*, Roma, 1972, 135-136.

⁶ Sulla rapida approvazione della legge 25 maggio 1970 n. 352 sul referendum abrogativo in cambio della rinuncia al muro contro muro sul divorzio, cfr. A. CHIMENTI, *Storia dei Referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Roma-Bari, 1993, 24.

⁷ Il Tribunale di Modena batte tutti gli altri confezionando il 27 dicembre 1970 la prima sentenza, con una velocità sconcertante almeno per il relatore di minoranza, il democristiano Castelli, che presenta subito un'interrogazione parlamentare sulla giustizia troppo veloce.

⁸ M. BARBAGLI, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, Bologna, 1990, 53.

⁹ Nell'Inghilterra degli anni Sessanta la commissione istituita dall'arcivescovo di Canterbury considera il divorzio come risposta, come unica risposta possibile al fallimento dell'unione coniugale. Il *Divorce Reform Act* del 1969, entrato in vigore dal 1° gennaio 1971, trasforma l'istituto, privandolo di ogni carattere sanzionatorio, fondandolo sull'accertamento dell'«irrimediabile fallimento del matrimonio» come osserva G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio in Italia e l'esperienza dei principali ordinamenti europei*, Milano, 1976, 11-12. Proprio la disciplina inglese è quella che G. BALBI, *Affectio maritalis e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 230-231, considera più vicina alla legge italiana del 1970. Nel 1969 la California introduce il *no-fault divorce*, una procedura di divorzio tutta tesa all'accertamento di oggettive differenze piuttosto che di soggettivi comportamenti. Cfr. M. BARBAGLI, *Provando e riprovando*, cit., 53.

2. – Il senso della divisione di mezzo secolo fa era profondissimo e richiamava due modi di intendere la società alla base della dialettica complessa tra laici e cattolici: il 1970 chiude per certi versi i conti aperti nel 1870 con la questione romana. Dietro il divorzio non c'è mai stato soltanto il divorzio sia nel periodo liberale¹⁰ sia dall'Assemblea Costituente¹¹ in poi¹². Per i liberali zanardelliani di inizio secolo il divorzio assumeva un doppio significato: da una parte sciogliere le catene di quelli che venivano definiti gli infelici del matrimonio, consentire la ricostituzione di una famiglia in una società fondata sull'ordine coniugale, risanando il fallimento irreversibile dell'unione, dall'altra, in chiave progressista, il divorzio era concepito come elemento di emancipazione della donna¹³.

Il contrario del divorzio è l'indissolubilità del matrimonio che significava tante cose per i cattolici, e non solo per i cattolici: difesa della famiglia fondata sul matrimonio che non poteva non essere indissolubile per la valenza strutturale nella circolazione patrimoniale abbinata al vincolo di sangue. Il dato biologico doveva conformarsi a quello formale, e non viceversa, stante l'identificazione tra padre e marito in grado di definire giuridicamente l'evento della nascita del figlio.

All'inizio del secolo¹⁴ il disegno di legge Zanardelli, a un passo dall'approvazione¹⁵ dopo l'apertura del Re sull'"indissolubilità temperata", era stato arrestato da una vera e propria mobilitazione di massa della galassia clericale. Vari tentativi vi furono sino al 1923, con il divorzio di "contrabbando" proposto da Enrico Ferri¹⁶, quando il regime fascista pose fine al dibattito con una dichiarazione solenne di Alfredo Rocco¹⁷.

¹⁰ Si vedano C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004; F. SCIARRA, *Il matrimonio nell'Ottocento italiano fra potere civile e potere ecclesiastico*, in www.historiaetius.eu, 2016, paper 21.

¹¹ Cfr. F. LUSSANA, *Famiglia e indissolubilità del matrimonio nel dibattito all'Assemblea costituente*, in *Studi Storici*, 2014, 495-520.

¹² Cfr. G.B. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia. Partiti, Chiesa, società civile dalla legge al referendum (1965-1974)*, Milano, 2007.

¹³ Non è un caso che il primo protagonista del dibattito divorzista sia stato un paladino dell'emancipazione femminile come Salvatore Morelli e uno dei maggiori interpreti il giudice Camillo Cavagnari tra i primi giuristi attenti alla tutela dei minori.

¹⁴ Sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011.

¹⁵ Grazia Deledda pubblica nel 1902 il romanzo *Dopo il divorzio* ambientato nel 1904, costruito intorno a una trama divorzista.

¹⁶ Nell'ambito della discussione sul disegno di legge delega per la revisione del Codice civile, nel 1923 Enrico Ferri propone l'annullamento del matrimonio nelle ipotesi di condanna all'ergastolo o a pena superiore ai venti anni nonché l'internamento in manicomio per malattia mentale incurabile. La proposta è bocciata dalla Sottocommissione per il Codice civile. Divorzio definito di "contrabbando" dal

Prima ancora del presente, è il futuro il grande tema giusfamiliare affrontato alla Costituente¹⁸ con i cattolici che costruiscono insieme ai comunisti la sagoma della società naturale fondata sul matrimonio (indissolubile). Nessuno invoca nell'immediato il divorzio, ma i cattolici insistono sulla costituzionalizzazione dell'indissolubilità in modo tale da blindarla in previsione dell'ineludibile riformulazione della questione nella dialettica democratica. Le sinistre resistono sul punto, infatti, affermando una chiara distinzione tra il presente e il futuro. Alla fine la contesa è decisa dall'accoglimento dell'emendamento del socialdemocratico Grilli sulla soppressione della parola "indissolubile"¹⁹.

Il risultato finale dunque è costruito da una famiglia intesa come istituzione che preesiste allo Stato e che, nel fondamento matrimoniale, tutela l'autonomia dei coniugi rispetto a ogni ingerenza pubblica, in chiaro distacco dalla concezione fascista. Per Aldo Moro il dato della naturalità precede l'idea stessa del sacramento: «quando si dice che la famiglia è una società naturale, non ci deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere nelle sue fasi iniziali è una società naturale»²⁰.

La famiglia fondata sulla parità coniugale è destinata a entrare in collisione con la famiglia del Codice civile del 1942 ferma alla potestà maritale. Un Codice che, sul piano dei diritti e doveri dei coniugi, si pone in regime di continuità con la codificazione postunitaria, con una complessità aumentata dal matrimonio religioso con effetti civili introdotto dalla legge matrimoniale successiva alla svolta concordataria.

La contraddizione viene affrontata sempre facendo leva sulla centralità del matrimonio. Di fronte alla provocazione di Walter Bigiavi intorno alla celebre sentenza del Tribunale di Ferrara²¹ che affidava – nel giudizio di

deputato Gonzales (atti parlamentari, Camera dei deputati, leg. XXVI, discussioni, tornata del 31 maggio 1923, 9578, citato in M. FIORE, *La vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge*, in *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, 37).

¹⁷ «Noi non possiamo dunque che respingere un istituto, come il divorzio, perfettamente individualistico ed antisociale, il quale è in perfetto contrasto con tutta la dottrina politica del fascismo, che è, essenzialmente, dottrina della socialità» (Atti parlamentari, Camera dei deputati, Leg. XXVII, Discussioni, tornata del 27 maggio 1925, 3840).

¹⁸ Sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., 503 ss.

¹⁹ Sull'emendamento Grilli, cfr. D. De VIGILI, *La battaglia sul divorzio. Dalla Costituente al Referendum*, Milano, 2000, 23-27.

²⁰ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, 1971, 639-640.

²¹ Si veda la pubblicazione per esteso della sentenza: Trib. Ferrara, 31 agosto, 1948, in *Temi*, XXV, 1949, 451-479. Bigiavi annota la sentenza pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1948, 592-594. Sulla ricostruzione del dibattito suscitato dalla

separazione iniziato quando era appena entrato in vigore il primo libro del Codice – il figlio alla madre “religiosissima” preferita al padre “ateo perfetto”, la risposta della civilistica consiste nella distinzione tra il regime ordinario della famiglia in cui il padre è il capofamiglia, dal regime di crisi in cui interviene un terzo, il giudice che valuta, deve valutare in termini di parità nella gestione della crisi²². Per Carnelutti lo spettro del regime paritario nella crisi coniugale assume quasi la valenza di un ammonimento al marito rispetto alle conseguenze della separazione²³.

Il lungo cammino verso la famiglia democratica parte insomma dalla Costituzione, si sviluppa inizialmente attraverso timidi passaggi, come l’abolizione dell’NN anagrafico, e prende quota progressivamente negli anni Sessanta, con il “lento cammino di liberazione”²⁴. C’è un rapporto strettissimo tra divorzio e riforma del diritto di famiglia, nel senso che ogni ipotesi di cambiamento presuppone una riflessione intorno al divorzio. All’inizio anche il divorzio *piccolo piccolo*, il “piccolo divorzio” proposto dal 1954 da Renato Sansone per sanare le famiglie irregolari create dal conflitto bellico e per certificare la fine di matrimoni irrimediabilmente finiti, con la previsione di un periodo di separazione di 15 anni, è troppo grande per l’Italia degli anni Cinquanta. Questo stallo infinito è superato dagli interventi della Corte costituzionale che demoliscono l’architrave dell’adulterio²⁵ come reato e come condizione per la separazione nel 1968 rivedendo l’orientamento stabilito nel 1961²⁶. Con grande saggezza e

sentenza e degli interventi di Bigiavi, sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., 542 ss.

²² «Non vi è dubbio che l’educazione del figlio deve essere indirizzata a farlo vivere in una determinata società, che è quella alla quale appartengono lui, il padre, la madre e il giudice stesso», secondo S. SATTA, *L’affidamento della prole nei poteri e nei doveri dei coniugi*, in *Foro it.*, 1949, IV, 55.

²³ F. CARNELUTTI, *Libertà di coscienza nell’affidamento della prole al coniuge separato*, in *Foro it.*, 1949, IV, 56-61

²⁴ S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, in *Politica del diritto*, 348 che ricorda in questo contesto la sentenza della Corte Costituzionale del 1965 n. 9 in tema di divieto di propaganda anticoncezionale.

²⁵ Per A. TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 2, le sentenze sull’adulterio costituiscono l’inizio della disgregazione della famiglia legittima: «il matrimonio monogamico, se deve essere istituzione giuridica, non può prescindere dal rispetto della fedeltà. Ammettere la liceità dell’adulterio è come negare la giuridicità del vincolo. Tra l’altro, la legittimità dei figli è tutta basata sopra quella che espressamente, anche se forse poco rispettosamente, dobbiamo anche noi chiamare la riserva del marito».

²⁶ «Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito» (Corte Cost., 23 novembre 1961, n. 64 che può essere letta in www.giurcost.org o in M. BIN (a cura di), *Sentenze della Corte Costituzionale in materia di famiglia (1956-1975)*, Torino, 1975, da cui citiamo, 9-18.

lungimiranza, in un primo momento, la Consulta lascia decidere la storia, indicando il modo per riaprire la questione quasi in una sorta di continuità logica. I tempi ritenuti non maturi nel 1961 lo diventano infatti sette anni dopo: «sarebbe necessario accertare se – nell’attuale momento storico sociale – continui a sussistere oppure no quella diversità obbiettiva di situazione che nella precedente sentenza la Corte ritenne di riscontrare sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale all’adulterio della moglie rispetto a quello del marito»²⁷. Sette anni dopo la Consulta giunge a una conclusione diversa, fondata sullo scenario sociologico radicalmente mutato²⁸, ritenendo «che la discriminazione sancita dal primo comma dell’art. 559 del Codice Penale non garantisca l’unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti privilegi, violi il principio di parità»²⁹.

Venuto meno uno dei cardini della famiglia legittima, il divorzio diventa una questione giuridica e una necessità sociale in attesa di una soluzione politica. Il successo della proposta di legge Fortuna-Baslini non dipende soltanto dall’equilibrio contenutistico, essendo anche il frutto di una complessa mediazione politica tra laici e cattolici.

Quanti luoghi comuni intorno ai diritti civili ostacolati dalla vicinanza del Vaticano vengono meno se si riflette su quello che avviene in quegli anni. Come è stata possibile l’introduzione del divorzio dentro la centralità sistemica della rappresentanza politica dei cattolici? La legge è approvata con uno schema politico in cui i voti democristiani sono sostituiti da quelli comunisti. Il senso politico si riflette sui contenuti giuridici³⁰. Una lunga interminabile trattativa che si conclude all’alba del 1° dicembre, accettata e rilanciata dalla Dc anche tenendo conto delle divisioni nel mondo cattolico.

²⁷ Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126, *ivi*, 92.

²⁸ La Corte «ha finito per implicitamente ammettere che l’art. 559 avrebbe dovuto essere costituzionalmente legittimo nel caso che la realtà sociale, anziché essersi evoluta nel senso da essa ritenuto, fosse rimasta immutata, la stessa, cioè, in forza della quale la sentenza del 1961 ritenne di affermare la legittimità del trattamento differenziale dell’adulterio della moglie rispetto al marito» (F. MANTOVANI, *Reati di adulterio e concubinato, eguaglianza dei coniugi ed unità familiare secondo gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto matrimoniale e dello Stato delle persone*, 1968, 709).

²⁹ Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126, *cit.*, 94.

³⁰ Secondo M. GIORGIANNI, *Cinque note sul divorzio*, in *Politica del diritto*, 1970, 354, «si è allora assistito ad una singolare contrattazione, nella quale [...] il fronte antidivorzista – ovverosia quello di osservanza cattolica – ha del tutto abdicato agli intransigenti principi, peraltro rispettabilissimi, ai quali mostrava di essersi fin da allora ispirato, accettando di non contrastare il divorzio anche per i matrimoni concordatari».

Il risultato finale è una vittoria laica con retrogusto cattolico³¹, in un bilanciamento di valori che va ben oltre la posta in gioco legislativa³². Un divorzio pensato per rafforzare la centralità del matrimonio, con un periodo lungo di separazione minima di cinque anni, aumentabile sino a sette nell'ipotesi di opposizione del convenuto alla domanda di divorzio presentata dal coniuge colpevole³³.

In modo paradossale, il fondamento matrimoniale inserito nella Costituzione in rapporto stretto all'indissolubilità, poi cancellata nella geniale causalità di un emendamento minimale accolto, assume un significato compiuto proprio quando viene superato il principio dell'indissolubilità.

Adesso davvero la famiglia è fondata sul matrimonio inteso come espressione di una comunione spirituale e materiale colta nel suo divenire e non più fissata al momento della formazione del vincolo³⁴. Il venir meno del principio dell'indissolubilità pone le premesse per un equilibrio all'interno della famiglia e crea i presupposti per rivedere le contraddizioni intorno all'istituto matrimoniale³⁵. Il divorzio è già un pezzo di diritto di famiglia riformato³⁶, visto che le condizioni per la separazione sono strutturate evidentemente su un regime di parità: si tratta di sciogliere il matrimonio tra soggetti eguali nei diritti e nei doveri, non tra un capo e una subalterna.

³¹ Un "cedimento all'estremismo antidivorzista", nell'interpretazione di S. RODOTÀ, *Cinque note sul divorzio*, cit., 568.

³² Giuliano Amato riflette intorno alla vera portata, in senso lato costituzionale, della questione del divorzista: «gli antidivorzisti si sentivano costretti a cercarlo, ma molti di loro ne temevano le conseguenze. I divorzisti dovevano resistere e vincere, ma temevano essi stessi per quel che sarebbe accaduto. La vittoria dei primi, se ci fosse stata, sarebbe avvenuta nel clima più brutto, condannando i cattolici a una melma che – si diceva – avrebbe imbrattato per sempre il regime. La vittoria dei laici, ottenuta a sua volta senza pietà, avrebbe messo i cattolici, tutti i cattolici, in balia di chiunque lanciasse più tardi il grido di guerra della santa crociata. E ancora il regime – si diceva – avrebbe pagato», secondo G. AMATO, *Cinque note sul divorzio*, cit., 363.

³³ Sulle ragioni dell'evidente compromesso e sugli effetti, si veda F. CIPRIANI, *L'opposizione del convenuto nel processo di divorzio*, in *Foro it.*, 1979, V, 69.

³⁴ Con la svolta divorzista «il matrimonio è ancora l'atto di fondazione della famiglia legittima, ma il rapporto che ne deriva trova il fondamento del suo permanere nel permanere della comunione spirituale e materiale di vita fra i coniugi» (L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, 105).

³⁵ Secondo P. RESCIGNO, *Cinque note sul divorzio*, cit., 357-358, infatti, «la legge sul divorzio può essere una felice occasione, in principio, per constatare la inopportunità di continuare a fornire allo Stato, pei cittadini-fedeli, una forma matrimoniale che nel realizzarsi della comunione di vita coniugale deve obbedire ad un regime contrastante con l'ideologia su cui quella forma è radicata».

³⁶ Cfr. S. LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011, 136.

3. – Rileggere cinquant'anni dopo l'appassionante dibattito tra divorzisti e anti-divorzisti lascia spazio ad almeno due riflessioni: la prima, inutile negarlo, richiama il valore e lo spessore degli argomenti utilizzati, la seconda evoca il senso del futuro con ambizione alla profezia in entrambe le prospettive. Una battaglia anche *gridata*, ma sempre con la voglia di convincere delle proprie ragioni il fronte avverso³⁷.

Per i giuristi cattolici, con il superamento dell'adulterio e l'introduzione del divorzio la prospettiva catastrofica da combattere era costituita dalla dissoluzione della famiglia borghese. Quella stessa dissoluzione profetizzata in nome dell'amore libero dai socialisti, Anna Kuliscioff in testa, agli inizi del secolo³⁸.

I divorzisti del resto insistevano sul divorzio come elemento in grado di sbloccare la riforma del diritto di famiglia e per sanare realtà fattuali ormai socialmente insostenibili. Unito alla presunzione di paternità del marito e ai margini circoscritti della dichiarazione giudiziale di paternità *ex art. 269 c.c.*, il matrimonio indissolubile portava a delle conseguenze sulla filiazione ritenute dall'opinione pubblica largamente inaccettabili, inibendo giuridicamente la correzione biologica del dato formale. Il mondo cattolico era ben consapevole dei profili di rigidità nel modello familiare incomprensibili anche nella prospettiva del diritto canonico e della morale cristiana³⁹, ma non credeva alla prospettiva della sanatoria del *pregresso* e temeva le ricadute del *progresso*. Gabrio Lombardi arrivava persino a scomodare Karl Marx per affermare che «è dunque dalla realtà sociale che viene offerto lo spunto al legislatore, per configurare la norma, ma la norma, non appena formulata, si pone come «modello» per il comportamento di domani. Una sorta di *reazione a catena aperta* tra costume-norma-costume, con un continuo *dare e avere* in una prospettiva dinamica, attraverso la mediazione del legislatore»⁴⁰.

Nel dibattito si riproduce la contraddizione di sempre tra matrimonio civile e matrimonio religioso. Entrambi gli schieramenti guardano al

³⁷ Contesa simbolizzata nel doppio libro in un unico volume sul divorzio firmato da "una parte" da Loris Fortuna e "dall'altra" da Gabrio Lombardi, Milano, 1974.

³⁸ Sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Dalla tutela del lavoro femminile al libero amore. Il diritto di famiglia nella società dell'avvenire*, in ID. (a cura di), *Lavoro e cittadinanza femminile. Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, Milano, 2016, 122 ss.

³⁹ La radio Vaticana si occupa di figli illegittimi, in una trasmissione con interventi di Indro Montanelli, del penalista Franco Coppi e di Francesco Santoro Passarelli, grande interprete del pensiero giuridico cattolico. Tutti gli intervenuti sono concordi sulla "condanna" della legislazione vigente. Cfr. *Alla Radio Vaticana dibattito sui figli illegittimi*, in *Corriere d'Informazione*, 19-20 novembre 1966, 2.

⁴⁰ G. LOMBARDI, *Il divorzio*, Milano, 1974, 6.

matrimonio nella sua unitarietà: per i laici, il divorzio non può non riguardare anche il matrimonio concordatario, per i cattolici, l'indissolubilità non può non riguardare anche il matrimonio civile.

Un altro punto fermo è rappresentato dall'esigenza di riformare il diritto di famiglia. Intanto partendo dal dato della convivenza tra modelli familiari contrastanti: la famiglia del Codice, la famiglia della Costituzione e la famiglia del divorzio. In vista del referendum, "il codice spodestato"⁴¹ è un obiettivo condiviso: per i cattolici nella ricerca della giusta chiave di lettura allo scenario dell'abrogazione del divorzio, per i divorzisti ovviamente si tratta di presentare all'elettorato il nuovo istituto in positivo, primo passo verso una famiglia riformata e non come inquietante ultimo, o penultimo, decisivo atto verso la dissoluzione dell'istituzione in cui si identifica a livello interclassista, bene o male, la società civile.

L'impianto della riforma del diritto di famiglia è frutto di una costruzione corale, che si compie nel 1971, congelata nell'attesa dell'esito referendario su cui elaborare significativi ritocchi. Il voto sul divorzio è anche una chiara indicazione sulla direzione di marcia da seguire⁴². La riforma del diritto di famiglia è una costruzione edificata nello spazio giuridico individuato dal divorzio con la grande demolizione della famiglia patriarcale, con il tramonto del lunghissimo Ottocento del diritto di famiglia. Tutto quello che accade dopo è l'inizio di un'altra storia, fondata comunque sulla centralità del matrimonio costruito su una parità che vede nel divorzio un rimedio che è già parte integrante di quella parità. Un'altra famiglia, quella lasciata in eredità dagli anni Settanta⁴³, che possiamo definire – oggi – come tradizionale nell'esatto momento in cui si intravede il suo tramonto, frutto anche di interventi legislativi che assumono un significato che va ben oltre il fisiologico aggiornamento.

Senza troppo clamore mediatico, il tramonto di quel modello è costituito dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219 sullo status unico di figlio che archivia definitivamente la famiglia legittima⁴⁴ e ridimensiona la famiglia matrimoniale tardo novecentesca. Uno status che individua la famiglia in rapporto al fatto procreativo, laddove "la legge italiana conosce solo figli"⁴⁵, che inevitabilmente porta alla luce i contorni giuridici di quello che prima

⁴¹ Così lo definisce il giornale comunista l'Unità del 23 aprile 1975 nello speciale dedicato alla riforma, *La riforma porta in casa la parità*.

⁴² «L'opposizione al divorzio celava una più radicata speranza di alcuni di un processo involutivo dell'intera problematica familiare», osservava C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, 11.

⁴³ Si veda L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

⁴⁴ Si vedano almeno nell'ampia letteratura, G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 952-957; M. SESTA, *famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 1009-1019.

⁴⁵ C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1.

era un dato sociologico residuale: l'altra famiglia, la depotenziata famiglia matrimoniale senza figli che galleggia nell' "amore liquido" narrato da Zygmunt Bauman⁴⁶, spinta dalla sua leggerezza, in mancanza del peso biogiuridico insito nel legame genitoriale. Dal padre ("spodestato"⁴⁷) al figlio, insomma una robusta famiglia post-moderna che estrae dall'impalcatura matrimoniale l'essenzialità biologica e affettiva del legame genitoriale: la sostanza concettuale di ieri⁴⁸ che diventa anche *forma* in grado di perimetrare il concetto di famiglia intorno a un fatto più che a un diritto predeterminato⁴⁹.

4. – In questo mezzo secolo il divorzio⁵⁰ ha cambiato la sua funzione perché tutto è mutato intorno all'istituto a livello sociale prima ancora che giuridico. Se all'inizio era un rimedio rispetto al mantenimento di una famiglia agganciata al principio costituzionale della parità, adesso rappresenta l'elemento formale che garantisce un ordine rispetto alla pluralità degli assetti familiari⁵¹. Il divorzio dunque come *produttore* di trasformazione giuridica, ma anche *prodotto* di una trasformazione sociale. In questo mezzo secolo, si può distinguere la centralità del matrimonio nella famiglia democratica dal pluralismo familiare degli ultimi decenni.

In un assetto caratterizzato dall'indiscutibile spostamento dell'asse giuridico dal matrimonio alla procreazione, l'indissolubilità riguarda ormai il legame genitoriale. Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia del figlio⁵², in cui l'aggiornamento del legame matrimoniale del genitore è poco più di un dettaglio.

Insomma qualcosa è rimasto di quello storico dibattito nel *dna* giuridico della famiglia. Intanto il concetto di naturalità, il profilo pre-giuridico insito nel discorso giusfamiliare. Ogni contesa giuridica dalla Costituzione in poi, in fondo, ribadisce l'eterno dualismo tra diversi modi di intendere la società

⁴⁶ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Roma-Bari, 2017.

⁴⁷ M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007.

⁴⁸ «Il legame familiare ha ragione nel fine precipuo di provvedere all'interesse del figlio incapace di provvedervi da sé. La famiglia nasce da questo», osserva A. CICU, *Quello che la Costituzione non dice*, 1948, poi in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1965, 85.

⁴⁹ Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 40.

⁵⁰ Si veda almeno C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 2015.

⁵¹ Sul pluralismo familiare europeo, si veda V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6 ss.

⁵² J. EEKELAAR, *The End of an Era?*, in S.N. KATZ – J. EEKELAAR – M. MACLEAN (eds.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, 649 ss.

naturale che si viene a creare nella relazione affettiva⁵³. L'indissolubilità era un dato giuridico contro natura per i divorzisti così come il divorzio era un dato contro natura per i cattolici. Al di là dei tatticismi a livello parlamentare e ideologico, vi è sempre un dato pregiuridico in cui la storia entra nel rapporto tra diritto e natura, tra regola e sentimento, attraversando la contesa tra laici e cattolici. Una contesa che certo è presente nella storia del divorzio in Italia, ma non secondo gli schematismi correnti dell'eterno duello tra conservatori (cattolici) e progressisti (laici). Alla base c'è anche un'impostazione giuridica che vede nella famiglia patriarcale un fattore di ordine sociale da mantenere a ogni costo e un pensiero cattolico che rilegge la famiglia in funzione della parità coniugale.

Questo mezzo secolo non può essere rappresentato nella forma unitaria di una progressione lineare dalle *persone e la famiglia* alla *persona e le famiglie*. Il mutamento che ha portato all'attuale quadro giuridico è frutto di un'accelerazione e un cambiamento sociale che risale agli ultimi decenni, quando ormai l'introduzione del divorzio era già stata ampiamente metabolizzata.

E se alla fine del Novecento il divorzio poteva essere ancora considerato come l'anti-matrimonio, il fattore giuridico disgregante che alterava la durata del vincolo matrimoniale, oggi la realtà fattuale delle famiglie, delle tante famiglie contenute nel mercato delle relazioni affettive legalizzate⁵⁴ introdotto con «la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze» di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76, fa diventare il divorzio qualcosa di profondamente diverso. Uno strumento giuridico che mantiene il matrimonio in ogni sua forma presente (civile e religiosa) e futura (il matrimonio *same-sex* ad esempio) in una condizione di competitività. In un'età di transizione – esemplificata dalla voglia di matrimonio tra persone dello stesso sesso come istanza istituzionalizzazione protettiva da ogni discriminazione⁵⁵ e la fuga dal rapporto istituzionale delle giovani coppie di sesso diverso – il matrimonio rimane una scelta ancora praticabile a ogni età, e non un reperto da modernariato giuridico novecentesco, grazie appunto a un matrimonio da

⁵³ Nel dibattito parlamentare la senatrice Tullia Romagnoli Caretoni, nella seduta del 1° luglio 1970, afferma che «considerando, come noi consideriamo, che all'origine della famiglia siano essenzialmente i sentimenti umani, riconosciamo che esiste la possibilità del loro mutamento».

⁵⁴ Cfr. G. FERRANDO, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Politica del diritto*, 2017, 43-64.

⁵⁵ Si veda almeno G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Politica del diritto*, 2014, 359-374.

cui, in assenza dei figli, è possibile uscire con un paio di passaggi burocratici⁵⁶.

Insomma, il divorzio non è più la patologia rispetto alla fisiologia familiare, ma un epilogo che rende ancora possibile pensare al matrimonio come ipotesi di istituzionalizzazione con una discreta copertura di garanzie esistenziali e un costo sociale reso sostenibile dalla possibilità di una via di uscita.

Se all'inizio il divorzio ha cambiato indiscutibilmente il diritto di famiglia, ponendo una seria ipoteca sulla sua riforma, oggi possiamo affermare esattamente il contrario: un divorzio radicalmente cambiato nella funzione dal paesaggio giusfamiliare in cui si inserisce, prima ancora che nella semplificazione strutturale che pure risente di quel paesaggio mutato.

5. – Il presente è ancora caratterizzato dai fantasmi della memoria, dell'eterna contraddizione tra matrimonio civile e matrimonio religioso, tra contratto e sacramento. Un'eterna contraddizione enfatizzata dallo Stato liberale nella costruzione postunitaria di un matrimonio civile indissolubile per tutti – per i laici che non credevano nel sacramento e per i cattolici che non credevano nel contratto civile – poi ricomposta nella forma concordataria. In un paese come l'Italia in cui il fattore religioso⁵⁷ declinato nella secolarizzazione⁵⁸ significa tante cose anche di segno opposto, ma è sempre presente – tra atei *devoti* e atei *praticanti*, tra “creduli e credenti”⁵⁹, tra cristiani per crociana abitudine culturale e cattolici *adulti* – nelle scelte anti-istituzionali di formazione familiare, il matrimonio civile⁶⁰ diventa una variante laica di un matrimonio unificato nell'immaginario della formalizzazione con elementi di sacralità. In presenza di figli, la fuga dal vincolo unita al regime dell'affido condiviso delinea una de-

⁵⁶ In virtù dell'aggiornamento normativo in chiave di semplificazione determinato dal divorzio “breve” introdotto dalla legge 6 maggio 2015 n. 55.

⁵⁷ Cfr. G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2003, 347 ss.

⁵⁸ «Ridotti i tesori delle culture altre a folklore o pericolo, il concilio rimase prigioniero di categorie astratte ('la' famiglia) e di concetti filosofici che rendevano impossibile sia la riproposizione del vecchio modello sia la ricerca di uno nuovo. [...] Restava un'incapacità di fornire dentro la vita di fede delle persone il supporto spirituale della sponsalità – fedele, infedele, fallita, ricominciata, stroncata», secondo A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini. Appunti di storia su chiese, matrimoni e famiglie*, Bologna, 2015, 86-87.

⁵⁹ M. VENTURA, *Creduli e credenti. Il declino di Stato e Chiesa come questione di fede*, Torino, 2014.

⁶⁰ Sul tema, cfr. A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1037-1038.

istituzionalizzazione dei rapporti familiari⁶¹ *in entrata* che non restringe, ma anzi allarga il margine di pubblicizzazione della materia, con l'intervento di un terzo, impersonato dal servizio sociale o da un giudice espressione di quel diritto che non sa parlare di amore ma che l'amore deve valutare⁶². Oltre la traccia dell'istituzione, svanisce il disegno costituzionale dell'autonomia della famiglia dallo Stato⁶³ come agenzia educativa nel disegno cattolico, condiviso dalle sinistre, e si entra nell'ambito dell'informalità vulnerabile nella gestione dei conflitti, che rievoca l'eterno fantasma bigiviano del giudice di Ferrara che si intromette con inevitabile poca naturalezza nella lite genitoriale bilanciando, in ambito neutrale, idee diverse di convenienza culturale rispetto alla vita del minore⁶⁴. Dentro un diritto di famiglia «scosso e forse travolto dalla visione individualistica dei rapporti affettivi»⁶⁵, si ripropone la contrapposizione, tra «autonomia e autorità»⁶⁶, tra la legge, schermo sfuocato nella lettura di scenari relazionali, e il giudice, fallibile ma necessario investigatore di quei rapporti. Rapporti che appunto soltanto arbitri all'affannata ricerca di una regola attaccata a un fatto, e non di una regola astratta, possono valutare, bene o male⁶⁷.

Le istanze di liberazione insite in questa informalità sfuggono a un diritto collocato sulla frontiera tra l'istituzione, da conquistare o da cui

⁶¹ Si vedano le considerazioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in F. MACARIO – M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, 139-149.

⁶² «Parlare di diritto d'amore non serve per attribuirgli una legittimazione, di cui ha bisogno e che ritrova in sé stesso. Significa scoprire un modo per individuare il proprio dell'amore, mettendolo continuamente a confronto con altre parole che esprimono una opposizione o una negazione: discriminazione, disuguaglianza, disprezzo e, infine, egoismo individuale e sociale» (S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 136).

⁶³ M. SESTA, *La famiglia tra funzione*, cit., 141-142, osserva che «nella Costituzione la funzione sociale propria della famiglia, peraltro apertamente svincolata da prospettive statualistiche ed anzi ad esse manifestamente ostile, è di tutta evidenza».

⁶⁴ «Ma il principio del *best interest of the child*, si sa, è criterio controverso e a volte sfuggente. Esso è vuoto di contenuti specifici, perché è utilizzato come bussola che deve orientare la decisione (del giudice, ma non solo) verso il maggior benessere del minore interessato, obiettivo che – a sua volta – si struttura diversamente in relazione ai tempi, alle culture e ai contesti, nonché all'età del minore e al peso che la decisione da assumere esercita rispetto al futuro del bambino o dell'adolescente», osserva C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Ius civile*, 2018, 832.

⁶⁵ U. SALANITRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, in *Ius civile*, 2021, 638.

⁶⁶ N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.

⁶⁷ Si veda A. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi. La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 403 ss.

fuggire, e il sentimento anche perché non univoche e facilmente codificabili⁶⁸. Come ha osservato Stefano Rodotà: « la possibilità di ricorrere ad una molteplicità di modelli ai quali affidare la dinamica degli affetti, modelli sempre più spesso creati dall'esperienza sociale, impedisce una loro considerazione in un ambito dove le ragioni dei diritti non possono comparire»⁶⁹.

E in questa molteplicità di modelli familiari, convalidata a livello legislativo⁷⁰, non è pensabile che l'istituto dell'adozione possa rimanere in una sorta di enclave matrimoniale, impermeabile alle sollecitazioni esterne. Prima della svolta normativa del 1967, l'adozione era calibrata sulla versione codicistica della famiglia patrimoniale (la ricerca dell'erede mancante) e dopo la riforma anticipa la famiglia democratica (la ricerca di una famiglia vera e quindi matrimoniale per il minore). Oggi, soltanto oggi, affiorano dubbi intorno alla prospettiva di un'adozione internazionale strutturata sul giudizio di idoneità per candidati coniugali⁷¹, senza alcun aggiornamento di sistema in grado di allineare in modo coerente, senza strappi giurisprudenziali, l'istituto a un diritto di famiglia in fase di evidente transizione, non ancora giunto al punto di arrivo ma sicuramente lontano da quello di partenza.

Il riconoscimento del lavoro della donna all'interno dell'impresa familiare ha costituito un'altra storica conquista della riforma del 1975 che meriterebbe di essere aggiornata agli scenari della pluralità degli statuti familiari⁷². L'intreccio tra relazioni affettive e rapporti di lavoro costituisce una *terra di nessuno*, in cui l'interprete giurisprudenziale deve avventurarsi, rimanendo vicino al fatto per ritrovare il diritto.

La perdita di centralità del matrimonio non è dunque un mero fatto sociologico visto che contiene implicazioni giuridiche strutturali ancora più avvertibili non appena si esce dal campo familiare per entrare in quello contiguo delle politiche sociali e del Welfare. E in un raggio giuridico ancora più ampio, il diritto dell'individuo a sposarsi ai sensi dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è ancora un passaggio esistenziale di un'intrinseca razionalità ordinante quando non rappresenta

⁶⁸ Si vedano le pagine di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

⁶⁹ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, in *Politica del diritto*, 2014, 353.

⁷⁰ Si veda almeno U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019.

⁷¹ La questione dell'«adozione internazionale piena delle persone non unite in matrimonio» è stata sollevata dal Tribunale dei Minorenni di Firenze e ritenuta inammissibile con riferimento ai motivi esposti, in parte differenti da quelli sollevati dalla parte ricorrente, dalla Corte Costituzionale il 23 novembre 2021.

⁷² L. BALESTRA, *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2002, 836 ss.

una conquista civile come nel caso delle persone dello stesso sesso?⁷³ Un diritto distinto da quello di costituirsi una famiglia: due diritti entrati nel discorso giusfamiliare dalla porta di servizio costituita dalle unioni civili e della disciplina sulle convivenze, non ancora penetrati nelle nervature essenziali della famiglia-istituzione.

Un problema esiste considerando che il sistema welfaristico italiano da sempre si basa sulla famiglia in senso coniugale, mantenendo ancora oggi quell'impronta, anche quando questa famiglia da realtà uniforme e uniformante è divenuta dimensione multiforme e uniformata dalle istanze affettive. Come è possibile calibrare misure di sostegno alle famiglie quando queste si discostano dal fondamento matrimoniale? E se la presenza dei figli ridisegna la famiglia, appare evidente come le misure di sostegno debbono tener conto della trasformazione del modello.

In tutte queste contraddizioni intorno al matrimonio e al suo significato, il divorzio diventa un elemento di ordine, addirittura il migliore "alleato" del matrimonio: il varco in uscita che lo rende ancora socialmente praticabile in entrata, laddove il giuridico extrafamiliare, dal Welfare al regime fiscale, lo rende sempre meno attrattivo.

Abstract

THE GREAT TURN OF DIVORCE. RIGHTS AND FAMILIES IN THE HISTORICAL-LEGAL PERSPECTIVE

Il saggio offre una riflessione sulla grande svolta nel diritto di famiglia in Italia, costituita dall'introduzione del divorzio. La legge del 1970 costituisce infatti un passaggio fondamentale. Il matrimonio indissolubile costituiva infatti un elemento normativo che dava una forma ben precisa alla famiglia patriarcale. Il divorzio costituisce il presupposto per la riforma del diritto di famiglia fondata sulla parità coniugale. Cinquant'anni dopo, il saggio riflette sull'attuale funzione del divorzio nel quadro delle nuove famiglie in cui l'elemento ordinante è costituito dalla filiazione e non più dal vincolo matrimoniale.

The essay offers a reflection on the great turn in family law in Italy, established by the introduction of divorce. The Law of 1970 represents a fundamental passage. Indissoluble marriage in fact constituted a normative element that gave a very precise shape to the patriarchal family. Divorce is the condition for the family law reform based on equality between spouses. Fifty years later, the essay reflects on the current function of divorce in the framework of new families in which the central element is constituted by the filiation and no longer by marriage.

⁷³ Cfr. G. SAVORANI, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Politica del diritto*, 2014, 37 ss.