

MATRIMONIO, SEPARAZIONE E DIVORZIO: SVOLTE EPOCALI?

Topics:

2

- Separazione e divorzio “semplificati” e divorzio “breve”
 - ▣ D.l. 132 del 12 settembre 2014 conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162
 - ▣ Progetto di legge sul c.d. divorzio breve
- Matrimonio omosessuale: lo “stato dell’arte”
 - ▣ Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170; Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184; Corte Cost. 23 marzo 2010, n. 138
- Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità
 - ▣ Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379 (e 16380)

3

Separazione e divorzio.

Novità legislative attuali e “in fieri”.

Separazione e divorzio

4

Prospettive di modifica:

SEMPLIFICAZIONE

ACCELERAZIONE

Negoziazione
assistita

Procedimento
avanti l'ufficiale
dello stato
civile [Sindaco!]

c.d. divorzio breve

Negoziiazione assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

5

Convenzione di negoziazione assistita da uno o piu' avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio

1. La convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte puo' essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.
2. In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita e' trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarita', comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3. In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. All'accordo autorizzato si applica il comma 3.

Negoziataone assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

6

3. L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. **Nell'accordo si da' atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilita' di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori.** L'avvocato della parte e' obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5.
4. All'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma 3, **terzo** periodo, e' applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro **2.000 ad euro 10.000**. Alla irrogazione della sanzione di cui al periodo che precede e' competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'articolo 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

(omissis)

Negoziataone assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

7

- **Oggetto:**
 - ▣ separazione personale
 - ▣ cessazione degli effetti civili del matrimonio (...)
 - ▣ scioglimento del matrimonio (solo in caso di previa separazione)
 - ▣ modifica delle condizioni di separazione o di divorzio

Negoziataone assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

8

□ Prima della conversione del d.l.:

Condizioni:

- Assenza di figli minori, maggiori incapaci, portatori di handicap grave o non economicamente autosufficienti

□ Dopo la conversione del d.l.:

- Anche in presenza di figli (...) ma diversa procedura

Negoziataone assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

9

□ Procedura:

- In mancanza di figli minori (o ...): trasmissione al procuratore della Repubblica per il nullaosta
- In presenza di figli minori (o ...): trasmissione al procuratore della Repubblica il quale, se ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli lo trasmette al Presidente del Tribunale che fissa la comparizione delle parti. Autorizzazione.

Negoziata assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

10

- “produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio”
 - Titolo per iscrivere ipoteca giudiziale?
 - Titolo idoneo per le richieste ex art. 8 l.div. e 156 c.c. in merito alle garanzie patrimoniali?
 - Titolo per fondare l'esecuzione diretta contro il terzo?
- ***Da quale momento?*** Quello della “data certificata” negli accordi stessi (Circolare Ministero dell'Interno 1° ottobre 2014 n. 16). Questione non chiarita in sede di conversione.

Negoziazione assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

11

- Problemi **prima della conversione del d.l.:**
 - ▣ È sufficiente un solo avvocato o vi deve essere un avvocato per ogni coniuge?
 - Sufficiente uno: incipit art. 2 d.l. 132/2014; art. 2, 5° co. d.l. 132/2014; 1° co. dell'art. 6; analogia con separazione consensuale o divorzio congiunto, ove vi può essere un unico legale “comune” ai coniugi, ecc.
 - Necessari due: argomento letterale, vi sono diverse disposizioni che fanno riferimento alla molteplicità di avvocati (“l'avvocato della parte”, art. 6, 3° co.; art. 5, 1° co.; art. 2, 1° co.; ecc.

Negoziataone assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

12

□ Testo vigente:

□ **ALMENO UN AVVOCATO PER PARTE.**

Negoziazione assistita (art. 6 d.l. 132/2014)

13

- ▣ Può avere ad oggetto trasferimenti immobiliari?
 - Sì, ma per la trascrizione è necessario che la sottoscrizione sia autenticata da un pubblico ufficiale (rinvio all'art. 5 d.l. 132/2014)

Entrata in vigore:



E' già in vigore! Le modifiche apportate dalla legge di conv. sono entrate in vigore il giorno successivo alla pubblicazione in G.U.

Procedura innanzi all'ufficiale di stato civile [Sindaco!](art. 12 d.l. 132/2014)

14

Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile.

1. I coniugi possono concludere, innanzi **al sindaco, quale ufficiale dello stato civile a norma dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396**, del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui e' iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, **con l'assistenza facoltativa di un avvocato**, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonche' di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.
 2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti.
 3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente, **con l'assistenza facoltativa di un avvocato**, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non puo' contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo e' compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. **Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate, l'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a se' non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo.**
- (omissis)
7. Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Procedura innanzi all'ufficiale di stato civile [Sindaco!](art. 12 d.l. 132/2014)

15

- **Oggetto:**
 - ▣ separazione personale
 - ▣ cessazione degli effetti civili del matrimonio (solo in caso di previa separazione)
 - ▣ scioglimento del matrimonio (solo in caso di previa separazione)
 - ▣ modifica delle condizioni di separazione o di divorzio
- **Condizioni:**
 - ▣ Assenza di figli minori, maggiori incapaci, portatori di handicap grave (ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104) o non economicamente autosufficienti

Procedura innanzi all'ufficiale di stato civile [Sindaco!](art. 12 d.l. 132/2014)

16

□ Tratti peculiari:

- Non serve l'assistenza legale [ma è facoltativa..]

- Non può avere ad oggetto patti di trasferimento patrimoniale (immobiliare?)

Cfr. Circolare del Ministero dell'Interno n. 19/2014 del 1° dicembre 2014

Procedura innanzi all'ufficiale di stato civile [Sindaco!](art. 12 d.l. 132/2014)

17

- Problemi:
 - È l'ufficiale dello stato civile che deve predisporre l'accordo? Oppure i coniugi possono presentarsi con un accordo già formato?
 - Quali sono i compiti di controllo gravanti sull'ufficiale dello stato civile?
 - Può l'ufficiale rifiutarsi di concludere il procedimento? Quali tutele per i coniugi?
 - Quale comune?

Procedura innanzi all'ufficiale di stato civile [Sindaco!](art. 12 d.l. 132/2014)

18

□ Entrata in vigore:

- 7° co.: “a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto”



IN VIGORE DALL'11 DICEMBRE 2014!



PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA': necessità e urgenza?

c.d. divorzio breve

19

□ DISEGNO DI LEGGE n. 1504

approvato dalla Camera dei deputati il 29 maggio 2014, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge nn. 831, 892, 1053, 1288, 1938 e 2200 e in corso di esame in Commissione in Senato

Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi

□ *Approvato con modifiche in Commissione Giustizia al Senato*

c.d. divorzio breve

20

□ Art. 1.

1. Al secondo capoverso della lettera b) del numero 2) dell'articolo 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni, le parole "tre anni a far tempo dalla avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale" sono sostituite dalle seguenti "**dodici mesi** dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale e di **sei mesi** nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale."

c.d. divorzio breve

21

□ Art. 2.

All'articolo 191 del codice civile, dopo il primo comma è inserito il seguente: «Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati è comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione».

□ Art. 3.

Le disposizioni di cui agli articoli 1 e 2 si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, anche nei casi in cui il procedimento di separazione che ne costituisce il presupposto risulti ancora pendente alla medesima data.

Divorzio .. immediato?

22

- Art. 1, co. 2: Dopo l'articolo 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, è inserito il seguente: «Art. 3-bis. – 1. Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può altresì essere richiesto da entrambi i coniugi, con ricorso congiunto presentato esclusivamente all'autorità giudiziaria competente, **anche in assenza di separazione legale**, quando non vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero figli di età inferiore ai ventisei anni economicamente non autosufficienti»).

Materiale di approfondimento

23

- Sul c.d. divorzio breve, lavori parlamentari e stato della procedura legislativa
 - ▣ http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/testi/44495_testi.htm
 - ▣ <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/40715.htm>
 - ▣ <http://www.camera.it/leg17/126?tab=6&leg=17&idDocumento=831&sede=&tipo=>
 - ▣ <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/44495.htm>

Matrimonio omosessuale.

Novità giurisprudenziali e “appigli” normativi.

Corte Cost. 23 marzo 2010, n. 138

25

- Il caso:
 - ▣ Rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta da due persone del medesimo sesso
- La questione di legittimità sottoposta al vaglio:
 - ▣ In relazione agli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° co. Cost., degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c. «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso»

Argomenti giuridici “a favore”

26

- Art. 2 Cost.: la “famiglia” è la prima e fondamentale espressione di formazione sociale nella quale si svolge la personalità
- Art. 29 Cost.: il concetto di famiglia non può essere ancorato ad una conformazione tipica ed inalterabile. Irrilevanza della possibilità di filiazione.
- Art. 3 Cost.: la norma implicita che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale, non ha giustificazione razionale (cfr. con situazione delle persone transessuali)

Argomenti giuridici “a favore”

27

- Il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona, riconosciuto anche a livello internazionale (art. 117, 1° co. Cost.):
 - ▣ Art. 8 CEDU (Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali): *“Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare...”*

Argomenti giuridici “a favore”

28

- ▣ Art. 12 CEDU, *Diritto al matrimonio* - “A partire dall’età minima per contrarre matrimonio, l’uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l’esercizio di tale diritto”
- ▣ Art. 14 CEDU, *Divieto di discriminazione* – “Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione”.

Argomenti giuridici “a favore”

29

- ▣ Art. 7 Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea): *“Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare”*.
- ▣ Art. 9 Carta di Nizza, *Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia* – *“Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”*.
- ▣ Art. 21 Carta di Nizza, *Non discriminazione - 1*. *E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le **tendenze sessuali**. (omissis)*

Considerato in diritto

30

- Nell'ambito dell'art. 2 Cost. spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le coppie omosessuali
 - ▣ Il parametro invocato (art. 2) **non impone** di pervenire ad una declaratoria di illegittimità estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile, anche se nella nozione di "formazione sociale" deve essere annoverata anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso.
 - ▣ Questione inammissibile con riferimento all'art. 2 poiché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata. Possibile la tutela "in relazione ad ipotesi particolari".

Considerato in diritto

31

- Con riferimento all'art. 29 Cost.:
 - ▣ La nozione di matrimonio sottesa è basata sul paradigma dell'eterosessualità (riferita alla nozione presente nel codice civile)
 - ▣ Il significato del precetto costituzionale non può essere superato in via ermeneutica
 - ▣ PQM: Questione non fondata.

Considerato in diritto

32

- Con riferimento all'art. 3 Cost.:
 - *“le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”* per cui la normativa non dà luogo ad un'irragionevole discriminazione
 - Se paragonato alla possibilità data ai transessuali (operati) di contrarre matrimonio, la condizione non è paragonabile ed anzi *“il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento”*.
 - PQM: Questione non fondata.

Considerato in diritto

33

- Art. 117, 1° co. Cost. e normativa internazionale:
 - ▣ La normativa internazionale non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna.
 - ▣ Il rinvio alle leggi nazionali (contenuto nell'art. 9 della Carta di Nizza e nell'art. 12 CEDU) conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.
 - ▣ PQM: Questione inammissibile.

Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184

34

- Il caso:
 - ▣ Rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di trascrivere il matrimonio di una coppia italiana omosessuale contratto all'estero (in uno stato appartenente all'UE).
- La questione:
 - ▣ Se sussistano o meno le condizioni per procedere alla trascrizione e se, preliminarmente, l'atto di cui si chiede la trascrizione possa o meno essere considerato quale atto di matrimonio.

- Il diritto a contrarre matrimonio..
 - ▣ «non è riconosciuto dalla nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso»
 - ▣ **ma** «il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 CEDU ha acquisito, secondo l'interpretazione della Corte europea – la quale costituisce radicale “evoluzione” rispetto ad una “consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”, un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto da due persone dello stesso sesso»

Pertanto..

36

- L'interpretazione della Corte EDU dell'art. 12 ha «fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi»
- **Ma** la garanzia del diritto al matrimonio omosessuale, ora riconosciuto, è rimessa alle libere opzioni dei Parlamenti nazionali.

Conseguenze sul caso di specie:

37

«se nel nostro ordinamento è compresa una norma - l'art. 12 della CEDU appunto, come interpretato dalla Corte Europea -, che **ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi** nel senso dianzi specificato, ne segue che la giurisprudenza di questa Corte - secondo la quale la diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione di volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per la stessa "esistenza" del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante - non si dimostra più adeguata alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire "naturalistico", della stessa "esistenza" del matrimonio. Per tutte le ragioni ora dette, l'**intrascrivibilità** delle unioni omosessuali dipende -non più dalla loro "inesistenza", e neppure dalla loro "invalidità", ma - dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano».

Cass. civ. n. 4184 del 2012 “in pillole”:

38

- La diversità di sesso tra i nubendi non è più da ritenersi requisito indispensabile del matrimonio.
- Il matrimonio tra persone omosessuali contratto all'estero non è comunque trascrivibile in Italia.

Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 170

39

- Il caso:
 - c.d. divorzio “imposto”: un coniuge cambia sesso in costanza di matrimonio e ciò produce l’automatico scioglimento del matrimonio ex artt. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164.
- La norma sospettata di incostituzionalità:
 - Art. 4 legge n. 164 del 1982: “La **sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso** non ha effetto retroattivo. Essa **provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso**. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni”
 - Art. 2 legge n. 164 del 1982, abrogato.

La questione:

40

- “Effetti della pronuncia di rettificazione di sesso su un matrimonio preesistente, regolarmente contratto dal soggetto che ha inteso esercitare il diritto a cambiare identità di genere in corso di vincolo, nell’ipotesi in cui né il medesimo soggetto né il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale”

Parametri costituzionali:

41

- Art. 2 Cost.
- Art. 3 Cost.
- Art. 29 Cost.
- Artt. 10 e 117 Cost. e norme interposte artt. 8 e 12 CEDU
- Art. 24 Cost.

Art. 29 Cost.

42

- La situazione «si pone, evidentemente, **fuori dal modello di matrimonio** – che con il venir meno del **requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità**, non può proseguire come tale – ...»
- «La nozione di matrimonio presupposta dal costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che “stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere di sesso diverso»
- PQM: non c'è contrasto con art. 29 Cost.

Artt. 10 e 117 Cost. – Artt. 8 e 12 CEDU

43

- Sono riservate alla discrezionalità del legislatore nazionale le eventuali forme di tutela per le coppie appartenenti allo stesso sesso.
- PQM: non è pertinente il riferimento ai parametri invocati.

Art. 24 Cost.

44

- «Non essendo, per quanto detto, configurabile un diritto della coppia non più eterosessuale a rimanere unita nel vincolo del matrimonio, non ne è, di conseguenza, ipotizzabile alcun vulnus sul piano della difesa»
- PQM: non vi è contrasto.

Art. 3 Cost.

45

- «la diversità della peculiare fattispecie di scioglimento a causa di mutamento del sesso di uno dei coniugi rispetto alle altre cause di scioglimento del matrimonio ne giustifica la differente disciplina »
- PQM: non vi è contrasto.

Art. 2 Cost.

46

- L'art. 2 tutela, quale “formazione sociale”, anche la coppia omosessuale.
- Spetta al Parlamento individuare le forme di garanzia e tutela per le formazioni suddette

Interessi in gioco secondo la Corte:

47

- Interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, dunque, la prosecuzione una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso tra i coniugi)
- Interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso dell'altro, relativamente ad un tal significativo aspetto della identità personale, non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere

Sussistenza di un vulnus all'art. 2 Cost. poiché..

48

La normativa – della cui legittimità dubita la Corte rimettente – risolve un tale contrasto di interessi in termini di tutela esclusiva di quello statutale alla non modificazione dei caratteri fondamentali dell'istituto del matrimonio, restando **chiusa ad ogni qualsiasi, pur possibile, forma di suo bilanciamento con gli interessi della coppia**, non più eterosessuale, ma che, in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio, reclama di essere, comunque, tutelata come «forma di comunità», connotata dalla «stabile convivenza tra due persone», «idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione»

Non ne è possibile la *reductio ad legitimitatem* mediante una pronuncia manipolativa, che sostituisca il divorzio automatico con un divorzio a domanda, poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost. Sarà, quindi, compito del legislatore introdurre una forma alternativa (e diversa dal matrimonio) che consenta ai due coniugi di evitare il passaggio da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza. E tal compito il legislatore è chiamato ad assolvere con la massima sollecitudine per superare la rilevata condizione di illegittimità della disciplina in esame per il profilo dell'attuale deficit di tutela dei diritti dei soggetti in essa coinvolti.

Dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, **consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata**, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Dichiara, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 31, comma 6, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, **consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata**, che tuteli i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Corte Cost. 170 del 2014 “in pillole”

52

- L'eterosessualità dei nubendi è paradigma imprescindibile della nozione di matrimonio
- Le coppie omosessuali devono essere tutelate quali formazioni sociali ex art. 2 Cost.
- Spetta al legislatore definire quale tutela.

Sentenze ecclesiastiche di nullità.

Delibazione, convivenza e ordine pubblico.

Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379 (e 16380)

54

- Il caso:
 - ▣ Delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario
 - Per esclusione del vincolo dell'indissolubilità da parte della donna
 - A seguito di convivenza trentennale dei coniugi e nascita di una figlia
- La questione:
 - ▣ Se la protrazione ultrannuale della convivenza rappresenti condizione integrante l'ordine pubblico interno e per l'effetto sia ostativa alla dichiarazione d'efficacia della sentenza di nullità del matrimonio pronunciata dal giudice ecclesiastico.

Il quadro normativo di riferimento:

55

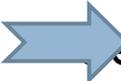
- Accordo e Protocollo aggiuntivo del 18 febbraio 1984
- Artt. 796 e 797 c.p.c. (!)

Il contrasto giurisprudenziale

56

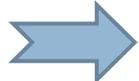
Cass. s.u. n. 4700/88; sez. I n. 8926/2012

- La convivenza tra i coniugi, intervenuta dopo la celebrazione del matrimonio, non costituisce espressione di principi o di regole fondamentali con le quali la Costituzione e le leggi dello stato delineano l'istituto del matrimonio

 non è di ostacolo alla delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità

Cass. sez. un. 19809/2008; 1343/2011; 9844/2012

- La convivenza o coabitazione, spesso per un certo periodo di tempo, costituiscono un fatto convalidante la volontà espressa all'atto della celebrazione e ostativo, per l'ordine pubblico italiano, a far rilevare l'invalidità del consenso del matrimonio in sede giurisdizionale

 è di ostacolo alla delibazione

L'iter argomentativo delle s.u. del 2014

57

1. Distinzione tra “matrimonio-atto” e “matrimonio-rapporto”
2. Nozione e valore giuridico della “convivenza”
3. Conseguenze nell’ambito del giudizio di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio.

1. Distinzione tra “matrimonio-atto” e “matrimonio-rapporto”

58

- Trova un “nitido e solido fondamento nella Costituzione, nelle Carte europee dei diritti e nella legislazione italiana”
 - ▣ Art. 16 Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo
 - ▣ Art. 23, par. 4, Patto internazionale sui diritti civili e politici
 - ▣ Art. 5, Protocollo n. 7 CEDU
 - ▣ Artt. 29, 1° co., 30, 1° co. e 31, 1° co. Costituzione
 - ▣ Artt. 143, 144 e 145 c.c.

Conseguenze della distinzione

- Questi due aspetti, o dimensioni, dell'istituto giuridico "matrimonio" hanno ragioni, disciplina e tutela distinte e devono, quindi, essere distintamente considerati, anche per l'individuazione dei principi e delle regole fondamentali che, connotando nell'essenziale ciascuno di essi, sono astrattamente idonei ad integrare norme di ordine pubblico interno che, come tali, possono essere ostative anche alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario

Conseguenze della distinzione

- Il "matrimonio - rapporto", il quale ha certamente origine nel "matrimonio - atto", può ritenersi un'espressione sintetica comprensiva di molteplici aspetti e dimensioni dello svolgimento della vita matrimoniale e familiare - che si traducono, sul piano rilevante per il diritto, in diritti, doveri, responsabilità, caratterizzandosi così, secondo il paradigma dell'art. 2 Cost., come il "contenitore", per così dire, di una pluralità di "diritti inviolabili", di "doveri inderogabili", di "responsabilità", di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche.

2. Nozione e valore giuridico della “convivenza”

61

- La convivenza è un elemento essenziale del “matrimonio – rapporto”
- È espressione dell’ordine pubblico

“Convivenza”

La convivenza "come coniugi" deve intendersi ~ secondo la Costituzione (artt. 2, 3, 29, 30 e 31), le Carte Europee dei diritti (art. 8, paragrafo 1, della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), come interpretate dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, ed il Codice civile - quale elemento essenziale del "matrimonio - rapporto", che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari.

E' necessario, dunque, individuare...

63

... il periodo di tempo dalla celebrazione del matrimonio, trascorso il quale dalla convivenza coniugale con dette caratteristiche può legittimamente inferirsi anche una piena ed effettiva "accettazione del rapporto matrimoniale", tale da implicare anche la sopravvenuta irrilevanza giuridica dei vizi genetici eventualmente inficianti l'"atto" di matrimonio, che si considerano perciò "sanati" dall'accettazione del rapporto.

Come?

- Analogia *legis* (art. 12, 2° co. Prel.)
 - ▣ Art. 6, 1° e 4° co. l. 4 maggio 1983, n. 184 (Adozione):
 1. L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto(....). 4. Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.

3 . Conclusione:

- la convivenza dei coniugi, connotata dai più volte sottolineati caratteri e protrattasi per almeno **tre anni** dopo la celebrazione del matrimonio, in quanto costitutiva di una situazione giuridica disciplinata e tutelata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di "ordine pubblico italiano", secondo il disposto di cui all'art. 797 c.p.c., comma 1, n. 7, osta alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze canoniche di nullità del matrimonio concordatario

Pertanto:

- Si deduce l'irrilevanza nell'"ordine civile" di qualsiasi vizio genetico del matrimonio canonico, tutte le volte che esso sia stato accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'"ordine canonico" nonostante la sussistenza dell'elemento essenziale della convivenza coniugale: in tutti questi casi, infatti, si manifesta chiaramente la radicale collisione di detti vizi genetici del matrimonio canonico con l'individuato limite d'ordine pubblico.

“ordine pubblico disponibile”?

67

- La “convivenza coniugale” costituisce una “eccezione in senso stretto”
- Non rilevabile dal giudice, deve essere allegata e provata, non per la prima volta in sede di legittimità

68

Diritto civile II – Prof. Arianna Thiene

Avv. Giulia Gabassi

Aggiornamento al 3 dicembre 2014

Università di Ferrara - Sede di Rovigo