



Raffaella Losurdo

(assegnista di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro")

Alcune osservazioni sull'istituto del divorzio in Corea del Sud *

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La disciplina del divorzio nel Codice Civile coreano e i relativi aspetti patrimoniali - 3. Fidanzamento, matrimonio, nullità e interruzione per morte del matrimonio - 4. La tutela dei figli nel divorzio - 5. Riforma del diritto di famiglia n. 7427/2005.

1 - Introduzione

Nell'ultimo ventennio dello scorso secolo e nei primi anni del 2000, il numero di divorzi in Corea è cresciuto notevolmente (le richieste di divorzio effettuate al tribunale sono salite a 33205 nel 2002, rispetto alle 26815 del 1998)¹. Le procedure giudiziali di divorzio, in tale periodo, dimostrano una veloce crescita del fenomeno ed evidenziano due grandi cambiamenti di tendenza: l'incremento del numero di donne e di persone anziane che inoltrano richieste di divorzio². Diversamente, i dati relativi al biennio 2004/2005, evidenziano un notevole calo del numero di divorzi (del 16,6%) ed un correlato aumento del numero di matrimoni (del 2%). Contemporaneamente, però, cresce anche l'età media in cui i giovani contraggono matrimonio, che si eleva a 30 anni per gli uomini e 27 per le donne e, di conseguenza, cresce anche l'età in cui viene concepito il primo figlio³.

Pertanto, si osserva che la curva dei divorzi cresce nell'ultimo decennio del XX secolo e nei primi anni del XXI secolo, mentre comincia a

* Il contributo, sottoposto a valutazione, è destinato alla pubblicazione a stampa negli *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, per i tipi della Casa editrice Cacucci di Bari.

¹ Cfr. *Values decline, divorce increases in Korea*, in *Korea Herald*, 31 dicembre 2004.

² Cfr. **T. KIM HWA-YOUNG**, *Corea, aumentano i divorzi fra coppie di lunga data*, in *www.asianews.it.*, 5 ottobre 2006.

³ Cfr. **T. KIM HWA-YOUNG**, *In Corea sempre meno divorzi ma abitanti sempre più vecchi*, in *www.asianews.it*, 9 gennaio 2006.



decreocere a partire dall'anno 2004 insieme con una parallela crescita dei matrimoni. Il riferimento ai dati statistici è importante per comprendere la prospettiva con la quale i coreani osservano e praticano l'esperienza matrimoniale sia nella sua dimensione patologica (il divorzio) sia nella sua dimensione genetica (il matrimonio).

Questi dati consentono di comprendere meglio la misura della rilevanza dell'istituto matrimoniale e dell'istituto del divorzio nella vita del popolo coreano. Inoltre, l'esame dei dati che abbiamo superficialmente descritto ci permette di osservare come gli stessi sostengano la disciplina giuridica del divorzio e del matrimonio nell'ordinamento coreano.

Il Codice Civile coreano prevede, come si spiegherà più avanti, due diverse procedure di divorzio: una viene chiamata divorzio per accordo (consensuale) e l'altra divorzio giudiziale. Al fine di formalizzare la richiesta di divorzio è necessario che sussista l'accordo dei coniugi nella richiesta, la "dichiarazione solenne" del giudice e il rapporto legale all'ufficio governativo entro i tre mesi successivi al ricevimento della pronuncia del giudice (sezione 834, 836 K.C.C.).

2 - La disciplina del divorzio nel Codice Civile coreano e i relativi aspetti patrimoniali

La Costituzione coreana del 1948, all'art. 10 prevede che

"a tutti i cittadini deve essere garantito valore e dignità umana e ciascuno ha il diritto di raggiungere la felicità. È compito dello Stato confermare e garantire i diritti umani fondamentali ed inviolabili dell'individuo".

Tale innovativa disposizione ha trasformato la società coreana in una libera, democratica e egualitaria società, nonostante in essa sia ancora in parte presente l'idea di patriarcato.

La Costituzione, all'art. 36, stabilisce che

"il matrimonio e la famiglia devono sostenere e costituire le basi della dignità individuale e dell'uguaglianza dei sessi e lo Stato deve fare tutto ciò che rientra nei suoi poteri per raggiungere tale meta. Lo Stato deve impegnarsi a proteggere le madri. La salute di ogni cittadino deve essere protetta dallo Stato".

In tal senso, ossia in tema di discriminazione tra i sessi e protezione delle donne, dando uno sguardo a quanto successo alcuni anni fa, si



osserverà che negli anni '80, gruppi di donne insorgevano con movimenti di Repressione delle Aggressioni Sessuali e a Protezione delle Vittime. Esse sostenevano che non fosse una vergogna per donne e ragazze confessare di essere state sessualmente molestate e fosse importante e di aiuto sviscerare tale problema, parlandone e persino pubblicando libri in materia⁴. Grazie a questi movimenti, la gente coreana ebbe idea dei diritti individuali e dei diritti umani e, inoltre, il Parlamento coreano emanò la legge n. 4702 del 5 gennaio 1994 relativa alla "Repressione di Aggressioni Sessuali e Protezione delle Vittime" (rivista, in parte, il 29 gennaio 2001)⁵.

Il popolo coreano, così, cominciò a rivendicare sempre più i propri diritti e ciò ha influenzato l'aumento del numero di divorzi, perché si è cominciato a concepire tale istituto come una maniera per tutelare i propri diritti e non più un motivo di vergogna.

Sempre durante gli anni '80, prima che sorgessero i movimenti femminili di protezione dalle aggressioni sessuali, le donne si riunivano in movimenti chiamati "Mogli Picchiate". Esse organizzavano seminari e tenevano incontri con la presentazione delle vittime, misero su centri di

⁴ Un esame delle previsioni e dei discorsi a sostegno delle leggi e delle politiche relative alla sessualità negli anni '80, rilevano la predominanza della tradizionale sessualità orientata al maschile e caratterizzata dall'idea di castità. Tale ideologia era particolarmente evidente nelle leggi in materia di violenza sessuale; ad esempio, il diritto penale coreano classificava il rapimento come "crimine di castità" (solo le vittime potevano sporgere denuncia per procedere all'azione legale; una terza parte non poteva denunciare un caso di rapimento). Il risultato era che l'ideologia della castità operava su due fronti: scoraggiare le vittime a denunciare, perché era deplorabile raccontare quanto loro accaduto e autorizzare l'incremento di questi crimini evitando arresti e persecuzioni. Le organizzazioni femminili richiedevano la revisione di questa legge e la ridefinizione del rapimento come violazione del diritto di autodeterminazione sessuale o come crimine violento. Ma nulla cambiò fino al 1995. Cfr. **M. SHIM**, *Sexuality policy in Korea in the 1990s: changes and factors*, in *Korea Journal*, vol. 2, n. 2, summer, 2002.

⁵ Le percosse o la violenza ai danni di una moglie, fino alla legge 5487/97 -che si accennerà in seguito-, non erano punibili, perché non ritenute reati, nonostante altri tipi di violenze familiari, quali quelle nei confronti dei membri più anziani e di quelli più giovani della famiglia, fossero chiaramente disciplinate e punite. L'unico rimedio legale concesso alle donne vittime di percosse, prima del 1997, era procedere prima con la richiesta di divorzio e successivamente procedere con una denuncia per percosse a danno del marito, come se quest'ultimo fosse un estraneo. Anche di fronte a tali evenienze, comunque tutto va contro la vittima a causa dei pregiudizi sociali; pertanto anche a seguito di denuncia sporta presso le forze dell'ordine, queste ultime non possono intervenire perché, come sostiene la tradizione confuciana, "gli affari di famiglia devono essere risolti all'interno della medesima". Cfr. **I.K. KIM, SHIM**, *Victimisation of wife-battering in Korea: based on a survey of Seoul men and women*, paper presented at the 44th Annual Meeting of American Society of Criminology, "Relevance and Rationality", New Orleans, november 4-7, 1992.



ascolto telefonico, aprirono case di accoglienza per le donne vittime di maltrattamenti domestici e consultori.

Il Parlamento coreano, di fronte a tale mobilitazione, emanò la legge n. 5487 del 31 dicembre 1997 relativa alla "Prevenzione delle Violenze Domestiche e Protezione delle Vittime" (rivista, in parte, il 29/1/2001), e "la Legge Speciale sulla Repressione delle Violenze Domestiche" n. 5436 dello stesso anno.

Ulteriore causa di aumento di divorzi è lo sviluppo degli strumenti di comunicazione che caratterizza la società moderna. Gli stessi fanno circolare molto velocemente e facilmente informazioni relative al divorzio. Per cui anche nelle aree più rurali, l'idea di tale istituto giuridico è molto conosciuta e vicina alla gente.

In Corea, sempre in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale, sta assumendo particolare importanza il fenomeno che vede soggetti al di sopra dei 65 anni ricorrere al divorzio, a differenza di quanto accadeva precedentemente. Per quanto riguarda i giovani, invece, recentemente gli stessi mostrano un'inclinazione minore al matrimonio e, di conseguenza, convivono senza contrarre nozze. Tale tendenza influenza il divorzio, perché vivere insieme senza sposarsi rappresenta una scelta di vita, così come il divorzio che, quindi, dal punto di vista morale diventa una scelta personale non criticabile.

Il diritto di famiglia coreano, come già accennato, disciplina due diverse procedure di divorzio. Il divorzio per accordo, al quale si ricorre nel caso in cui entrambi i coniugi abbiano la volontà di interrompere il matrimonio e, quindi, richiedono la pronuncia del Tribunale della Famiglia, il quale confermerà che entrambi (la moglie in particolare) hanno una reale volontà, non estorta con la forza, di divorziare. Successivamente al provvedimento di conferma, i coniugi sottoporranno la loro richiesta all'autorità governativa.

La *ratio* posta alla base del "sistema confirmatorio", ossia il controllo effettuato dal tribunale e la pronuncia dallo stesso emanata, istituito nel 1977, sta nel fatto che in molti casi la moglie è ancora la parte debole dal punto di vista sociale ed economico; pertanto, la decisione presa dai coniugi di divorziare consensualmente non sempre è fondata su un reale accordo reciproco, ma potrebbe riflettere la volontà arbitraria del marito.

Le coppie divorziate per accordo reciproco nel 1978 superavano il 90%, ma la percentuale si è ridotta al 70% nel 1979, quando la seconda revisione del diritto di famiglia stabilì il sistema confirmatorio. Una delle ragioni per cui la percentuale di coppie divorziate consensualmente si è ridotta sta nel fatto che il giudice potrebbe rendersi conto che non vi è un



reale consenso reciproco a divorziare. La seconda ragione sta nel fatto che moglie e marito potrebbero non essere d'accordo circa gli alimenti, la divisione dei beni o la custodia dei figli.

La procedura consensuale di divorzio è stata più volte modificata; l'ultima riforma è del dicembre del 2007 (ed è entrata in vigore nel giugno del 2008). Tale revisione è finalizzata principalmente a creare un "periodo di riflessione", prima che si giunga alla pronuncia definitiva di scioglimento del matrimonio, per i coniugi e a tutelare i figli minori⁶, o meglio, si è ricorsi ad una riforma affinché si attuasse una reale protezione dei soggetti deboli coinvolti nel divorzio (i figli, in quanto vittime principali della crisi matrimoniale) e per giungere ad una sorta di uguaglianza economica tra i nubendi. La suddetta riforma si è ispirata notevolmente alle procedure di divorzio previste nei Paesi occidentali⁷.

Se i coniugi non raggiungono un accordo, la parte che decide di chiedere il divorzio deve effettuare una richiesta legale al tribunale della famiglia, fondata su un "motivo giudiziale", finalizzata ad ottenere la pronuncia di divorzio. In una causa di divorzio, l'arbitrato deve essere condotto dal medesimo tribunale.

Vi sono cinque motivi giudiziali di colpa per ricorrere alla forma giudiziale di divorzio:

- cattiva condotta di uno dei coniugi;
- abbandono di uno dei coniugi, da parte dell'altro, con intento meschino;
- maltrattamenti a danno di uno dei coniugi, da parte dell'altro o da un parente diretto di quest'ultimo;
- maltrattamenti a danno dei parenti diretti di uno dei coniugi, da parte dell'altro;

⁶ Il diritto di famiglia coreano, prima del 2007, non prevedeva nella procedura di divorzio consensuale il ruolo attivo del giudice, in caso di consenso tra i nubendi; l'intervento del giudice aveva prettamente natura convenzionale, ovvero era finalizzato a confermare il consenso espresso dai coniugi. Tale procedimento, pertanto, rischiava di nascere da una volontà prematura di ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale, caratterizzata prevalentemente da un impulso temporaneo. Inoltre, la sentenza di divorzio, antecedentemente al 2007, si otteneva grazie al solo consenso reciproco anche in presenza di figli minori senza, quindi, prestare attenzione alla tutela degli stessi. Cfr. **D.J. PARK**, *Korean divorce law: can a spouse guilty of marital misconduct get a divorce without the consent of the other spouse?*, in *The international survey of family law*, Jordan Publishing, 2010 edition, p. 316 ss.

⁷ Sull'argomento cfr. **C.S. AN**, *The European principles of divorce law of the Commission on European family law*, in *Korean journal of family law*, 2006, p. 231.



- un coniuge è completamente all'oscuro di dove viva l'altro, per un periodo non inferiore a tre anni.

Nel caso in cui il coniuge colpevole effettuasse una richiesta di divorzio, la Corte Suprema coreana la rigetterebbe con alcune eccezioni⁸.

Oltre ai motivi di colpa appena elencati, la legislazione coreana prevede un motivo (privo di colpa) che è rappresentato dalla difficoltà di uno dei coniugi a portare avanti il matrimonio.

In prossimità del divorzio, uno dei coniugi (generalmente la donna) può chiedere all'altro di dividere la proprietà dello stesso, acquisita per diritto (art. 839-2 K.C.C.)⁹; ad esempio, una casalinga potrebbe ottenere tra il 40% e l'80% della proprietà del marito. Inoltre la parte offesa può chiedere i danni sia per le privazioni mentali sia per quelle finanziarie, in caso di divorzio giudiziale (art. 843 K.C.C.).

I genitori possono raggiungere un accordo in merito all'affidamento dei figli, dopo il divorzio, ma se non dovessero giungerci dovranno obbligatoriamente rivolgersi al Tribunale della Famiglia che prenderà una decisione (art. 909 K.C.C.). Come previsto dagli artt. 837-2 del Codice Civile coreano, al coniuge a cui non viene affidata la prole sarà concesso il diritto di visita.

L'istituto della separazione non è previsto dalla legge coreana, per cui, anche se marito e moglie vivono separati per lungo tempo, ciò non è rilevante ai fini del divorzio.

La creazione della richiesta di divisione della proprietà, avvenuta in seguito alla riforma del diritto di famiglia coreano del 1990, ha come principale obiettivo l'uguaglianza economica dei coniugi dopo il divorzio,

⁸ "Se il convenuto non dovesse essere d'accordo sulla richiesta di divorzio, nonostante quest'ultimo fosse già stato richiesto in precedenza, il divorzio sarà concesso, anche se l'attore dovesse essere colpevole". *Corte Suprema*, n. 4445/1987. "Quando entrambe le parti sono colpevoli, la richiesta di divorzio sarà accettata". *Corte Suprema*, n. 85/1986.

⁹ La natura giuridica di tale richiesta, secondo la maggior parte dei giuristi coreani, è data dalla combinazione tra liquidazione della proprietà acquisita durante il matrimonio e mantenimento del coniuge divorziato. In questo senso, la richiesta di divisione della proprietà potrebbe essere intesa come fondamentale al fine di collegare il ruolo lavorativo di uno dei coniugi ed il ruolo di gestore della casa, dell'altro. In altre parole, il lavoro del marito è sostenuto e completato dalla cura della casa messa in atto dalla moglie e la carriera del marito non sarebbe possibile senza l'aiuto della moglie ("cooperazione dei coniugi durante il matrimonio"). La famiglia è basata e preservata grazie alla divisione dei ruoli e la proprietà accumulata dalla famiglia stessa si considera "proprietà proveniente dalla collaborazione delle parti durante il matrimonio" e, quindi, appartiene a entrambi. In caso di divorzio, pertanto, tale proprietà deve essere liquidata e divisa tra le parti. Cfr. **B.H. PARK**, *The family law*, Korean Open University Publishing Department, Seoul, 1995; **B.H HAN**, *The reformed family law*, Daewangsa, 1990.



affinché si realizzi l'idea di parità tra i sessi in linea con il dettato costituzionale (artt. 11 e 36 Cost.). In più, questo istituto tenta di contribuire allo *status* finanziario delle donne, successivamente al divorzio, riconoscendo al mestiere di casalinga un valore economico.

È orientativamente ammessa la domanda di divisione della proprietà anche quando essa sia totalmente intestata al marito, fermo restando che "la proprietà sia venuta dalla collaborazione di entrambi i coniugi".

I contenuti della fattispecie giuridica in esame non provengono dalla disciplina giuridica delle nazioni sviluppate dell'occidente, ma dal Codice Civile giapponese del 1948¹⁰; per questa ragione, sono ancora presenti delle sfaccettature sfavorevoli alla donna, nella nozione di "imparziale divisione della proprietà acquisita durante il matrimonio da entrambi i coniugi".

La richiesta di divisione della proprietà viene definita come il diritto di una delle parti del matrimonio a richiedere la divisione della proprietà, ottenuta dalla cooperazione di entrambi, all'altra parte. Il Codice Civile coreano, all'art. 839-2, così recita:

"a. Una delle parti che ha divorziato consensualmente può richiedere la divisione della proprietà all'altra¹¹.

¹⁰ Il Codice Civile giapponese attualmente in vigore, garantisce alla donna, almeno sulla carta, gli stessi diritti dell'uomo nella vita familiare. Pertanto, la moglie è libera di gestire i propri beni e di disporre degli stessi; marito e moglie decidono di comune accordo dove vivere; in caso di divorzio la donna non è più soggetta al libero arbitrio del marito. Tali disposizioni sono frutto della revisione dei Libri IV e V del Codice Civile, riguardanti rispettivamente la famiglia e le successioni, avvenuta in conseguenza alla riforma costituzionale del 1947 che ha dato vita alle prime garanzie di natura giuridica per la donna. Infatti, la Costituzione Meiji (1889) non conteneva alcun riferimento alla donna, la quale appariva confinata alla sua posizione subordinata. Solo durante l'occupazione americana e, quindi, dopo lo sconvolgimento materiale e ideologico del Giappone in seguito alla sconfitta della Guerra del Pacifico (1945), si intraprese il cammino verso la democratizzazione del Paese e si iniziò ad intravedere anche qualche cambiamento relativo all'universo femminile; prova di ciò è la nuova Costituzione, varata nel 1947 e preparata per la gran parte da due anziani ufficiali americani (gli articoli riguardanti l'uguaglianza tra uomo e donna sono stati scritti da Beate Sirota), la quale riconosce esplicitamente l'uguaglianza dei sessi. Nonostante l'apparente innovazione apportata alla figura della donna, dal nuovo Codice del 1948, la medesima nella società giapponese rimane comunque diversamente considerata (non si può del tutto parlare di uguaglianza tra i sessi!) rispetto a quanto avviene nei Paesi occidentali. Cfr. L. CATTANEO, *Shokuba no hana. Donne e legislazione nel Giappone contemporaneo*, Università degli Studi Ca' Foscari di Venezia (a.a. 1999-00).

¹¹ La Riforma relativa alla procedura di divorzio consensuale, del 21 dicembre 2007, si



b. Se non si raggiunge un accordo per la divisione della proprietà, o se non è possibile raggiungere un accordo, il Tribunale della Famiglia può, su richiesta delle parti, determinare l'ammontare e il metodo di divisione¹², tenendo presente il valore della proprietà acquisita grazie alla collaborazione di entrambe le parti così come deve considerare altre circostanze.

La richiesta di divisione della proprietà, così come illustrata al primo punto, decade allo scadere dei due anni successivi al giorno del divorzio”.

Il dettato codiciale deve essere applicato non solo ai casi di scioglimento del matrimonio *de jure*, ma anche a quelli di scioglimento del matrimonio non registrato (i cosiddetti matrimoni di fatto)¹³.

È stato già menzionato che l'espressione "cooperazione di entrambe le parti" esprime la divisione dei ruoli all'interno della famiglia, ossia l'attività lavorativa di una parte e l'attività casalinga dell'altra.

La giurisprudenza coreana ha riconosciuto l'importanza delle mansioni relative "all'aver cura della casa", ritenendo che se l'aiuto della moglie ha contribuito significativamente ad acquisire e a mantenere la reale proprietà, è giusto che tale proprietà diventi oggetto della richiesta di divisione.

è occupata anche di divisione della proprietà tra i coniugi; in particolare ha visto la creazione dell'art. 839-3, par. 1 del K.C.C.: “Nel caso in cui uno dei coniugi abbia alienato una proprietà intestata a se stesso, anche se acquisita durante il matrimonio, al fine di evitare che l'altro coniuge faccia richiesta di divisione della proprietà, il primo può effettuare un'istanza al Giudice della famiglia per la revoca della disposizione o per il ritorno allo *status quo ante*”.

¹² I metodi di divisione della proprietà sono due: la divisione per accordo delle parti che ha priorità tra i modi in cui viene stabilita la divisione della proprietà e ogni metodo di divisione per accordo è legalmente riconosciuto; la divisione ad opera della Corte che viene utilizzata nei casi in cui non si raggiunga un accordo tra le parti. Anche una delle parti può procedere alla richiesta di divisione della proprietà al Tribunale della Famiglia entro due anni dalla data del divorzio e, dal momento in cui il Tribunale stabilisce la cifra, la divisione della proprietà al momento del divorzio viene considerata come parte di tale processo e il Tribunale ha il potere di decidere l'ammontare ed il metodo di divisione, valutando ogni circostanza rilevante a tal fine. L'importo complessivo oggetto della divisione dipende dal potere discrezionale del tribunale e il pagamento può avvenire in diverse maniere, come ad esempio la divisione dei beni costituenti la proprietà o la divisione monetaria. Cfr. **M.K. CHO**, *The claim of division of property on divorce*, in *The international survey of family law*, A. Bainham ed., Netherlands, 1995.

¹³ La Corte Suprema coreana ha chiaramente stabilito che l'art. 839-2 del Codice Civile è applicabile, per analogia, ai casi di matrimonio non registrato, così come emerge dalle sentenze n. 1379/1995 e n. 1584/1995 della stessa Corte.



Per "proprietà" si intende la valutazione monetaria della stessa al netto dai debiti. Il debito contratto da uno dei coniugi nei confronti di un terzo, durante il matrimonio, è un debito personale e di esso non si terrà conto nel calcolo della cifra da liquidare, a meno che tale debito non sia collegato alla proprietà matrimoniale.

La proprietà che non proviene dalla collaborazione dei coniugi, come i beni personali di ciascuna delle parti, prima del matrimonio (ad esempio l'eredità), in genere, non rientra nella proprietà divisibile. Però, in alcune particolari circostanze, la Suprema Corte ha ritenuto che, anche lì dove la reale proprietà sia stata acquisita con l'uso dell'eredità del marito, essa può essere considerata oggetto della richiesta di divisione, purché la moglie, attraverso l'attività di casalinga, abbia contribuito significativamente al mantenimento della medesima¹⁴. Ancora, la Corte ha ritenuto che il fatto che un terreno sia stato acquistato prevalentemente con il denaro rinveniente dalla vendita di una casa ricevuta in eredità dal marito, non vi è alcun ostacolo a che essa rientri tra i beni che costituiscono la proprietà divisibile¹⁵.

All'art. 830 K.C.C., che disciplina il sistema legale della proprietà matrimoniale, si legge:

- “1. La proprietà appartenente sia al marito sia alla moglie sin dai tempi precedenti al matrimonio e la proprietà acquisita durante il matrimonio, a nome dell'uno o dell'altro, potrebbe costituire la proprietà personale dell'uno o dell'altro.
2. Ogni proprietà il cui titolo non sia certo, che appartenga al marito o alla moglie, è da presumersi in comproprietà”.

Questo articolo è molto svantaggioso per la moglie, perché è consuetudine in Corea porre la proprietà ottenuta con sforzi comuni dei coniugi durante il matrimonio, a nome del marito. Questo perché se la proprietà dovesse essere intestata alla moglie, che svolge solo il mestiere di casalinga, sarebbe considerata ai fini fiscali una donazione.

Sulla base dell'art. 830, quindi, in relazione ai propri beni, il marito può disporre liberamente senza il consenso della moglie e, al momento della richiesta di divisione, la moglie potrebbe non avere diritto a nulla. Questo è il principale problema derivante dal sistema legale della proprietà matrimoniale.

La proprietà oggetto della richiesta di divisione include la pensione e la liquidazione lavorativa e le speciali abilitazioni per la professione

¹⁴ Corte Suprema n. 734/1994 e n. 1054/1993.

¹⁵ Corte Suprema n. 598/1995.



forense o medica, ottenute durante il matrimonio (definite "nuove proprietà")¹⁶.

La Corte Suprema coreana ha ritenuto che la liquidazione sia una dilazione del valore del lavoro prodotto durante il matrimonio, conseguentemente essa rientrerebbe nella proprietà matrimoniale¹⁷. Nel caso in cui la liquidazione lavorativa non sia quantificabile, la Corte Suprema, con la sentenza n. 1713/1995, ha stabilito che se la parte che lavora non è ancora andata in pensione, l'eventuale liquidazione non farà parte della proprietà oggetto di divisione, eccetto i particolari casi in cui la data del pensionamento e l'ammontare della liquidazione siano certe.

La richiesta di divisione della proprietà decade allo scadere dei due anni successivi al divorzio. Questo è un periodo limite non un motivo di estinzione della richiesta e il Tribunale deve verificare se lo stesso sia in effetti trascorso. In particolare, i due anni possono essere interrotti quando una delle parti sembra riconoscere e accogliere la richiesta dell'altra; in questi casi sarebbe ingiusto per la parte richiedente considerare la richiesta come "scaduta" a causa del mero trascorrere di due anni dal divorzio.

Prima dell'istituzione della richiesta di divisione della proprietà, la parte "non colpevole" nel divorzio, in caso di divorzio giudiziale poteva solo richiedere i danni per le sofferenze psicologiche oltre ai danni per la proprietà. Questa previsione impone il pagamento della "cifra di consolazione" (liquidazione) o la compensazione dei danni per la proprietà, al coniuge non colpevole.

Secondo la medesima previsione, che riflette un sistema di divorzio basato sulla colpa e impone il pagamento della compensazione alla parte non colpevole, il coniuge impegnato nei lavori di casa viene trattato in maniera ingiusta, per più ragioni. Innanzitutto, come ricordato in precedenza, tradizionalmente in Corea la proprietà matrimoniale è generalmente intestata al marito e, inoltre, in caso di divorzio giudiziale, la moglie che ha violato i doveri coniugali (magari dopo aver per lungo tempo tollerato l'infedeltà coniugale del marito) viene considerata parte colpevole e può essere allontanata dalla casa coniugale senza neppure ricevere la suddetta cifra di consolazione.

¹⁶ La collaborazione della moglie nell'ottenere l'abilitazione del marito alla professione medica, durante il matrimonio, è riconosciuta e vanno presi in considerazione i guadagni futuri (provenienti da tale abilitazione) del marito; pertanto il Tribunale sottolinea che ogni fattore va valutato e che l'abilitazione in questione, ottenuta anche grazie alla moglie, rappresenti una "proprietà intangibile". Cfr. Tribunale della Famiglia Seoul n. 1220/1991, in *The (Korea) Law Times*, 17 giugno, 1991.

¹⁷ Corte Suprema n. 1584/1995.



3. Fidanzamento, matrimonio, nullità e interruzione per morte del matrimonio

Il fidanzamento, in Corea, nasce dalla volontà comune di un uomo e una donna di sposarsi. In fase di fidanzamento, la coppia ha il dovere di onestà reciproca e se uno dei due si sottrae alla promessa di matrimonio, la parte "ingannata" ha il diritto di richiedere i danni per la negligenza dell'altro (art. 806 K.C.C.). L'art 804 del Codice Civile coreano contiene otto motivi per i quali entrambe le parti possono chiedere l'interruzione del fidanzamento.

La legge impone alcuni requisiti formali per un matrimonio valido. La coppia deve effettuare la registrazione del matrimonio, firmata da tutte e due le parti, presso l'autorità competente per il domicilio o la residenza di entrambi o per l'indirizzo presente delle parti sottoscrittenti, alla presenza di massimo due testimoni che confermano l'identità delle parti. L'atto di matrimonio può essere sottoscritto da una terza persona, che può essere il padre o la sorella di entrambi, se i futuri coniugi hanno firmato con la reale intenzione di contrarre matrimonio.

Un matrimonio contratto in Corea, affinché sia valido, è necessario che soddisfi varie condizioni sostanziali. Il matrimonio è ritenuto l'unione tra un uomo e una donna, per cui i matrimoni tra omosessuali o lesbiche non sono consentiti, nonostante non vi sia alcuna espressa previsione che vieti i medesimi. Il governo non accetta di registrare i matrimoni tra soggetti dello stesso sesso, perché sarebbero contrari all'ordine pubblico e se, per errore, un matrimonio di tal genere fosse registrato dall'ufficiale di stato civile, sarebbe nullo (art. 815 K.C.C.).

Uno dei requisiti formali, richiesti per la validità del matrimonio, è l'età e, più precisamente, è necessario che l'uomo abbia compiuto i diciotto anni e la donna sedici (art. 807 K.C.C.); il minore deve ottenere il consenso dei genitori o del tutore. Il consenso di ciascuna parte deve essere libero, preso con coscienza e incondizionato, conseguentemente, se il matrimonio viene registrato da una delle parti senza il consenso dell'altra, può essere invalidato.

La violenza fisica e la frode inficiano il matrimonio indipendentemente dall'apparente consenso delle parti.

Precedentemente alla Riforma del Diritto di Famiglia coreano del marzo 2005, in Corea erano previste due regole che proibivano il matrimonio tra parenti. Uno era il divieto di matrimonio tra persone imparentate entro l'ottavo grado; l'altro era il divieto di matrimonio tra



individui con lo stesso cognome e comuni origini in linea paterna, a prescindere dal grado di parentela.

Altro divieto previsto dalla legge, affinché il matrimonio sia valido è quello di precedente vincolo; se una delle parti è già sposata, il secondo matrimonio è invalido e, perciò, non può essere registrato. Ancora, la donna non può contrarre nuovamente nozze prima che siano trascorsi sei mesi dal momento in cui si è interrotto il precedente vincolo matrimoniale, al fine di evitare problemi al riconoscimento di paternità dell'ipotetico nascituro.

Diversamente da molti altri Paesi, in Corea ciascun coniuge conserva il proprio cognome, dopo il matrimonio. Durante il matrimonio, moglie e marito hanno il dovere di coabitazione, di supporto reciproco, di collaborazione e di castità. La regola che vige in materia di regime patrimoniale tra marito e moglie è quella della separazione dei beni¹⁸.

Il Codice Civile coreano distingue la nullità del matrimonio dall'annullamento; ciascuno ha le relative conseguenze per l'inosservanza dei requisiti sostanziali e formali. L'art. 815 elenca tre elementi che possono essere utilizzati, anche da terzi, per richiedere l'invalidità del matrimonio. Essi sono: la registrazione del matrimonio senza il consenso di entrambe le parti¹⁹; il grado di parentela dei coniugi entro l'ottavo grado; il rapporto di affinità entro l'ottavo grado.

L'annullamento del matrimonio è disciplinato dall'art. 816 del codice Civile coreano; l'annullamento può essere concesso quando:

- una delle parti è al di sotto dell'età imposta dalla legge, per contrarre matrimonio;
- un minore contrae matrimonio senza il consenso dei genitori;
- una delle parti risulta essere bigamo;
- le parti hanno lo stesso cognome e origini comuni di famiglia (modificato dalla Riforma del 1995);
- una donna contrae nuovamente matrimonio prima che siano trascorsi sei mesi dall'interruzione del precedente vincolo.

Un matrimonio che sia stato registrato per effetto di violenza psicologica, frode, o errore può essere soggetto ad annullamento.

¹⁸ Però, i coniugi possono liberamente decidere sulla proprietà, prima del matrimonio (art. 829 K.C.C.). Ciascun coniuge partecipa alle spese giornaliere e se uno dei due effettua un contratto con una terza parte, circa la cura della casa, l'altro è responsabile in solido per l'obbligazione contratta. (art. 832 K.C.C.).

¹⁹ La Corte Suprema ha stabilito che "nonostante il matrimonio sia registrato, si tratta di un diverso matrimonio se le parti non vivono insieme come marito e moglie, quindi il matrimonio è annullabile". *Corte Suprema* n. 62/1980.



Se il Tribunale emana un decreto di nullità matrimoniale, la nullità opererà sin dal momento della celebrazione del matrimonio (*ex tunc*); sostanzialmente, il decreto ha efficacia retroattiva, mentre l'annullamento del matrimonio (così come il decreto di divorzio) opera soltanto "in prospettiva", ossia dal momento dell'emissione (*ex nunc*). Questo significa che i figli nati dal matrimonio dichiarato nullo sono etichettati come illegittimi, a causa della nullità, mentre gli stessi sono considerati legittimi in caso di annullamento del matrimonio o di divorzio. Se una delle parti contrae matrimonio in buona fede, ignaro dei motivi che causano la nullità o l'annullamento del matrimonio, può pretendere i danni dall'altra parte²⁰.

Nel momento in cui uno dei coniugi muore, i doveri imposti dalla legge all'altro di coabitazione, supporto reciproco e castità cessano di esistere. Ma il vincolo di parentela nato dal matrimonio non si estingue fino a quando la parte sopravvissuta non contrae nuove nozze (art. 775 K.C.C.); questa è la differenza che sussiste tra gli effetti legali provenienti dalla cessazione del vincolo per morte e quelli provenienti dalla cessazione del vincolo a mezzo di divorzio. Se un coniuge muore, la proprietà dello/a stesso/a rimane al coniuge sopravvissuto e ai figli. Nel caso in cui il defunto non abbia lasciato testamento, la parte che spetta al coniuge sopravvissuto è superiore del 50% a quella dei figli.

4 - La tutela dei figli nel divorzio

La fine di un matrimonio per morte di uno dei coniugi o per divorzio, crea inevitabilmente delle conseguenze per i figli e, *in primis*, taglia nettamente in due parti il diritto di protezione di cui i figli necessitano e devono godere. Essendo la morte un evento inevitabile, il divorzio, invece, può essere controllato dalla volontà di ciascuno dei coniugi, dalla disciplina giuridica, o dalla politica di famiglia finalizzata alla tutela degli interessi dei figli.

Storicamente, la legge sul divorzio si sviluppava sul sistema fondato sulla colpa a quello senza colpa, dalla restrizione alla libertà del divorzio separate dall'interesse dei figli. Attualmente, invece, la legge e il processo di divorzio tendono ad adottare le forme del divorzio senza colpa, che tentano di mettere da parte lo stigma dell'istituto stesso.

²⁰ Cfr. **W.S. LEE**, *Legal protection for the interests of the children in the divorce process and after parents' divorce*, in Atti del convegno organizzato dalla International Society of Family Law " *Divorce: causes and consequences* ", Beijing (China), 18-22 luglio 2004.



Le discussioni in materia di divorzio erano quindi fondate sullo *status* dei coniugi (sia che il matrimonio si rompa sia che non si rompa, senza colpa) o sul sistema della colpa (nel sistema per colpa) e non sull'interesse dei figli, che è stato preso in considerazione solo nel 2007 con la riforma su citata. Pertanto, il famoso principio del "migliore interesse dei figli" dovrebbe essere applicato dopo che i figli sono stati privati dell'interesse stesso, dal divorzio dei genitori. Solo quando il suddetto principio rientra tra i fattori determinanti del divorzio, l'interesse dei figli viene rispettato²¹.

Il numero di divorzi, in Corea, è cresciuto molto rapidamente e, ciò nonostante, si è atteso parecchio prima di fare chiarezza su quali esattamente dovrebbero essere le regole della legge sul divorzio e del processo. La legge dovrebbe semplicemente riflettere i cambiamenti sociali? Le aspirazioni degli individui dovrebbero essere negate per il perseguimento del benessere sociale? E come si ottiene il risultato migliore per la società? A tali interrogativi è stato risposto in più maniere, opposte tra loro, da diversi esperti in materia²².

I genitori hanno il dovere di supportare, mantenere ed educare i propri figli; questi sono i doveri affermativamente ordinati all'interno dell'equazione genitori-figli. I genitori hanno anche obblighi indiretti quali i doveri inerenti al dovere di genitore.

²¹ Secondo il diritto di famiglia coreano, i figli sono realmente tutelati solo durante il matrimonio dei propri genitori. Nel momento in cui l'autorità dei genitori diventa un dovere, piuttosto che un diritto, viene imposto un particolare rapporto e sorge l'obbligo di condurre il rapporto in una maniera "prescritta". Inoltre, gli obblighi nei confronti dei figli devono essere riconosciuti e rafforzati dalla legge e dalla decisione del caso, che può far sì che i diritti di genitore decadano a causa del fallimento nel provvedere al mantenimento della prole, abusi o negligenza. Dopo la fine del matrimonio dei genitori, per i figli è prevista una forma di tutela legale, anche se non esistono interventi attivi delle agenzie amministrative. Il problema fondamentale è costituito dal fatto che l'interesse dei figli, nel processo di divorzio, non può essere totalmente tutelato, o meglio, la disciplina coreana concede maggior attenzione alla libertà e al diritto di ricorrere al divorzio, piuttosto che all'interesse pratico dei figli. Cfr. **W.S. LEE**, *Legal protection*, cit.

²² La gente deve capire il senso del vivere insieme, comprendendosi reciprocamente e tentando di credere nel fatto che, nella maggior parte dei casi, la felicità dell'individuo deve essere sacrificata per il benessere comune e, quindi, i coniugi devono porre l'attenzione sulla prole e sull'ordine morale della società. Al contrario, è stato sostenuto che una legge sul divorzio restrittiva, perché sia garantito l'ordine sociale, sia un metodo non appropriato al controllo dell'incremento dei divorzi che, invece, potrebbe risultare più semplice con l'espansione di centri di consulto pre-matrimoniale, in modo da risolvere il problema alla radice. Cfr. **EVANS V. EVANS**, *Family law and social policy*, 2nd ed., 1984; **M. RHEINSTEIN**, *Marriage stability, divorce and the law*, University of Chicago Press, 1972.



I diritti dei figli, però, diventano immediatamente irrilevanti o si riducono drasticamente quando i genitori divorziano, perché i principi giuridici del divorzio sono concentrati solo sull'interesse dei figli dopo il divorzio. I giovani che subiscono l'interruzione del matrimonio dei propri genitori incorrono in un'esperienza molto negativa, che include dipendenza, rabbia, senso di colpa, depressione, ansia, timore dell'abbandono, perdita di autostima e altri disagi collegati al momento della separazione effettiva. La maggior parte delle difficili esperienze giovanili, in diverse aree, sono strettamente collegate ai fattori relativi alla qualità del rapporto genitori-figli e all'ambiente circostante, oltre al rapporto esistente tra i genitori stessi²³.

Dalla disciplina coreana del divorzio si evinceva, dunque, una mancanza di considerazione per l'interesse dei figli nella determinazione del divorzio dei genitori. Nel divorzio consensuale, i coniugi potevano facilmente procedere all'interruzione del vincolo quando vi era un accordo reciproco e se il consenso era libero, a differenza della tutela dei figli che appariva tanto più complessa da attuare.

L'intenzione del governo coreano di riformare la procedura del divorzio consensuale²⁴ era fondata sulla volontà di impedire che la procedura generasse divorzi frettolosi e, allo stesso tempo, di concedere alle parti la possibilità di elaborare un piano per la miglior tutela dei figli.

Tali elementi sono stati presi in considerazione, come già detto, dalla riforma del diritto di famiglia coreano del dicembre 2007, i cui punti di maggior interesse sono:

a. le coppie che decidono di ricorrere al divorzio consensuale devono ottenere il parere del giudice di famiglia in merito al loro divorzio e lo stesso giudice può, in alcuni casi, raccomandare ad entrambi il ricorso ad un consulente matrimoniale (art. 836-2 K.C.C.);

²³ "La letteratura giuridica e le ricerche dimostrano che i giovani fanciulli sono quelli più vulnerabili di fronte al trauma del divorzio, perché entrambi i genitori sono fondamentali allo sviluppo ottimale dei figli, soprattutto in giovane età". **K. MAGID, P. OBORN**, *Children of divorce: a need for guidelines*, in *Family law quarterly*, vol. 20, n. 3, Chicago, 1986.

²⁴ Gran parte degli esperti di diritto di famiglia elogiano la legge sul divorzio francese, ritenendola un ottimo modello legislativo, il quale chiarisce che in caso di divorzio per accordo reciproco, il giudice concede alla coppia un periodo di tre mesi al fine di riflettere sull'effettiva necessità e volontà di interrompere il matrimonio; se la richiesta di divorzio non viene rinnovata entro sei mesi dopo la scadenza dei tre mesi, la stessa richiesta perde validità. Inoltre, il giudice ha il potere di intervenire e di controllare che siano tutelati i figli. Cfr. **W.S. LEE**, *A study on the consequences of divorce in the view of equality and welfare*, in *Asian women's law*, vol. 4, Seoul, 2001.



b. nella nuova procedura di divorzio consensuale viene introdotto un breve periodo in cui i coniugi devono riflettere sull'effettiva volontà e necessità di divorziare –cosiddetto periodo di riflessione- di tre mesi per le coppie con figli ed un solo mese per quelle senza figli (art. 836-2 (2) K.C.C.). Tuttavia il giudice può ridurre o annullare del tutto questo periodo nei casi in cui vi siano episodi di violenza domestica o in quelli in cui il proseguimento del matrimonio potrebbe arrecare una grave sofferenza ad una delle parti;

c. in presenza di figli, deve essere sottoscritto e sottoposto al giudizio del giudice, un accordo scritto relativo alla custodia ed alla cura dei medesimi. Tale accordo può riguardare anche il diritto di visita ed il mantenimento dei minori e se l'accordo stesso si pone in contrasto con l'interesse del minore, il giudice di famiglia può ordinarne la correzione nell'interesse del minore o, *ex officio*, decidere sulle questioni necessarie considerando l'età e le volontà del minore, la posizione economica di entrambi i genitori ed altre circostanze (art. 837-3 K.C.C.)²⁵.

Nella procedura di divorzio giudiziale, il fattore determinante è strettamente correlato al coniuge colpevole per il sistema di divorzio coreano; l'interesse dei figli finisce per essere trascurato e posto al centro di una battaglia fra due adulti. Naturalmente, l'interesse del minore viene preso in considerazione nella determinazione della custodia, nell'autorità genitoriale, nell'affidamento congiunto e nel diritto di visita del genitore non affidatario, come previsto dal Codice civile, ma, ciò nonostante, in realtà il meccanismo individua comunque come primarie la battaglia tra i coniugi e la colpa.

La procedura coreana del divorzio, come dimostrato, è stata rivista in modo da far sì che il meccanismo dello stesso divorzio, dal punto di vista giuridico, metta in evidenza il migliore interesse dei figli, come unica regola principale e, secondariamente, che le decisioni relative ai figli, quali ad esempio l'autorità genitoriale o l'affidamento a genitori adottivi, siano prese durante la causa di divorzio, affinché non rimanga un vuoto nella protezione dei minori, creato dall'eccessiva attenzione verso il divorzio in sé.

Per interesse del minore si intende anche tutto ciò che attiene alla sfera più intima dello stesso e, quindi, anche la problematica della libertà religiosa, tematica alquanto opportuna in tale ambito perché inerente alla modalità dei rapporti che vengono a crearsi tra genitori e figli in età

²⁵ Cfr. W.S. LEE, *Transformation of Korean family law*, in *The international survey of family law*, Jordan Publishing, 2008, pp. 247-248.



minore. In merito all'educazione religiosa del minore, il legislatore coreano non sembra essersi assolutamente espresso, ragion per cui le sole disposizioni relative alla libertà religiosa sono quelle presenti nella Costituzione del 1948; la stessa, se pure nata nello stesso anno di quella italiana, ha alle spalle un diverso modo di concepire l'organizzazione statale, gli individui e la religione.

La Costituzione coreana, all'art. 20, I comma, stabilisce che "tutti i cittadini devono godere della libertà di religione", per cui nonostante sia finalizzata a tutelare una libertà fondamentale, si esprime in maniera "ristretta" e omissiva, garantendo la libertà religiosa del gruppo e non considerando l'individuo.

La motivazione di ciò, a parere di chi scrive, sembra avere radici, ancora una volta, nella mentalità confuciana. Il confucianesimo ritiene che l'uomo debba essere considerato, e quindi tutelato, prima nella sua individualità e poi nei contesti di gruppo. Tutti gli insegnamenti e i precetti di Confucio partono sempre dall'individuo e dalla sua benevolenza (il concetto di benevolenza è paragonabile a quello di amore) e considerano il gruppo (la famiglia, la società civile e lo Stato) come ambito sociale in cui il singolo apprende e applica le proprie virtù.

In questa prospettiva emergono problematiche relative alla condizione dei minori coreani, quali: la solitudine e l'aumento del numero dei suicidi tra i medesimi, stressati dalla competitività imposta dalla società e ossessionati dalla ricerca della ricchezza. La solitudine è causata principalmente dallo scardinamento del sistema della famiglia tradizionale coreana. Infatti, il nuovo modello familiare contempla un ridotto numero di membri (ogni coppia mette al mondo uno o due figli) e i ritmi di lavoro prolungano l'assenza dei genitori, tanto che spesso i padri sono presenti solo la domenica. Tutto ciò ha effetti deleteri sulle relazioni familiari e crea problemi di solitudine ed incomunicabilità tra genitori e figli.

Le nuove generazioni coreane, uomini e donne, hanno raggiunto un ottimo livello di istruzione, ma il sistema scolastico, rigido nella disciplina e tendente al "militarismo", comincia ad essere contestato dagli ambienti didattici e dagli stessi studenti. La competitività nelle scuole e le pressioni esercitate, in tal senso, dai genitori sono fonte di stress ed infelicità per i giovani; inoltre, molti ragazzi che frequentano istituti privati trascorrono la maggior parte della giornata nelle scuole. Resta, quindi, poco tempo da dedicare al gioco e alla famiglia ed è proprio dai genitori che arrivano le pressioni più forti ad eccellere negli studi per ottenere successo e denaro



nella vita²⁶. Tutto ciò crea una sorta di insoddisfazione, malcontento e frustrazione nei giovani coreani, tale da sfociare in alcuni casi in depressione; quest'ultima è ritenuta la causa dell'80% dei suicidi e nell'ultimo decennio il dato delle persone che si sono tolte la vita è raddoppiato. Il governo ha, così, deciso di istituire un programma speciale, le cui misure di prevenzione variano a seconda della fascia d'età, ragion per cui particolare attenzione sarà concessa agli adolescenti con una forte probabilità di cadere in depressione, ovvero i figli di genitori separati, gli orfani e i ragazzi che hanno già tentato il suicidio.

Punto di forza della suddetta Costituzione, se equiparata a quella italiana, è invece l'art. 19, il quale disciplina la libertà di coscienza, fondamento di tutte le facoltà discendenti dal diritto di libertà religiosa, ossia dell'intimo atteggiarsi dell'individuo di fronte al problema dell'essere e dell'esistere.

La maggior attenzione per i figli porterebbe due vantaggi: l'interesse dei figli sarebbe protetto e i genitori, in procinto di divorzio, potrebbero valutare le conseguenze del divorzio nel mentre prendono in considerazione lo stesso. Infine, allungare i tempi nelle decisioni da prendere sui figli è sfavorevole, perché sostenere un processo per la tutela dei figli, dopo il divorzio, è dispendioso sia dal punto di vista finanziario sia da quello psicologico.

Nel 1991 è stato fatto il primo tentativo di riforma del diritto di famiglia coreano per raggiungere una forma di uguaglianza tra marito e moglie e, conseguentemente, per proteggere l'interesse dei figli nell'affidamento. Esistono due tipi di sistemi per la cura del minore, dopo il divorzio: l'autorità genitoriale che costituisce il principale diritto-dovere per i propri figli e la custodia, che rappresenta la cura dei figli. In molti casi, i genitori che hanno l'autorità genitoriale si occupano anche della cura fisica dei figli.

Il paragrafo 837 della legge sulla famiglia si occupa della cura fisica dei propri figli, dopo il divorzio. I genitori devono discutere e prendere tutte le decisioni in merito all'educazione dei figli e, se non sono d'accordo sulla maniera in cui farlo, se ne occuperà il tribunale su richiesta di parte, considerando l'età del figlio, la condizione economica dei genitori ed "any other circumstances"²⁷.

²⁶ Cfr. T. KIM HWA-YOUNG, "Ricchi e infelici: i giovani sud-coreani, figli della crisi finanziaria del '90", in www.asianews.it, 14 marzo 2011.

²⁷ Questa generica espressione del Codice Civile coreano sembra attribuire al giudice un ampio potere discrezionale di indagine, per la miglior tutela del minore, che potrebbe attingere a dati di fatto, circostanze esistenziali, elementi psicologici, ecc.



Il diritto di visita è stato introdotto nel sistema del divorzio, nel 1991, a seguito della riforma del diritto di famiglia.

In materia di responsabilità dei genitori a mantenere i figli, non vi è una disciplina precisa e uniforme; piuttosto, sul caposaldo del dovere di mantenimento dei figli, vi sono tre diversi punti di vista; il primo, è quello che considera gli effetti dell'autorità genitoriale, il secondo, è fondato sul vivere insieme e, il terzo, sulla "posizione dei genitori". A seconda della posizione che si prende in considerazione, la portata e il grado di supporto cambia. Nonostante il par. 913 riguardante gli effetti dell'autorità genitoriale preveda il dovere di protezione ed educazione, è impossibile ritrovare in questa disposizione, per analogia, l'ammontare dell'importo necessario per il mantenimento dei figli.

Il secondo punto di vista del vivere insieme non è ragionevole, perché già non ci si trova nella condizione di convivenza se per regolare il dovere di mantenimento ci si è rivolti al tribunale. Dunque, la teoria più accreditabile è quella fondata sullo *status* dei genitori e dei figli²⁸, ossia sul rapporto tra questi. Ciò significa che i genitori dovrebbero prendersi in solido la responsabilità di allevare i figli dal giorno della nascita fino alla maggiore età, indipendentemente dal fatto che essi siano sposati, separati, divorziati e che i figli siano legittimi o no.

I figli spesso patiscono problemi economici quando il genitore che dovrebbe pagare le spese, generalmente il padre, non effettua il proprio dovere, dopo il divorzio. È preferibile che le spese per il mantenimento dei figli siano trattate all'interno del procedimento di divorzio; in particolare, se le spese di mantenimento si fondono con quelle della divisione della proprietà, l'obbligato deve pagare in un'unica volta, al principio.

Vi sono, inevitabilmente, dei casi in cui il pagamento è periodico e, in questi casi, il giudice agisce da supervisore sui genitori e tende a irrigidire il potere di controllo.

La divisione della proprietà e il mantenimento dei figli rientrano tra le procedure non contenziose e, quindi, possono essere richieste in un unico processo, quello di divorzio. Se il divorzio viene accolto, tutte le altre richieste saranno ugualmente accolte, nello stesso frangente.

5 - Riforma del diritto di famiglia n. 7427/2005

²⁸ La Corte Suprema si è così espressa: "I genitori hanno il diritto di mantenere un figlio sin dalla nascita". Ciò significa che il mantenimento non è condizionato né all'autorità dei genitori né al vivere insieme. *Corte Suprema* n. 1922/1976.



Il 2 marzo 2005, l'Assemblea Nazionale coreana ha approvato un altro documento di riforma del diritto di famiglia coreano e punto centrale del medesimo è stato l'abolizione dell'Hoju jedo, ovvero del "sistema del capo famiglia". La riforma è stata promulgata con la legge n. 7427 del 31 marzo 2005; alcune previsioni (n. 5-6-7-8) sono entrate in vigore dalla suddetta data di promulgazione, mentre altre (n. 1-2-3-4), legate alla preparazione del sistema del registro personale, entreranno in vigore dal 1 gennaio 2008, perché sarà necessaria la preparazione del sistema di registrazione; fino a quel momento in Corea il sistema del registro di famiglia rimarrà basato sul "capofamiglia".

I punti rilevanti della riforma del diritto di famiglia sono:

a) Abolizione del sistema del "capofamiglia"

Il Codice Civile all'art. 778 stabilisce che "la persona che succede nella linea familiare ...diventa il capofamiglia"; all'art. 781 stabilisce che "il nome del figlio ... rientrerà nel registro di famiglia del padre"; all'art. 826, comma 3, stabilisce che "il nome della moglie deve rientrare nel registro di famiglia del marito". Il 3 febbraio 2005, dopo un'accesa discussione, la Corte Costituzionale coreana ha deciso che i tre articoli su esposti sono incompatibili con la Costituzione coreana, perché violano i diritti umani fondamentali di protezione della dignità individuale e dell'uguaglianza tra i sessi, nel matrimonio, previsti dall'art. 36 Cost.²⁹.

Prima della riforma, veniva imposta la presenza di un solo capofamiglia ed esso poteva provenire solo dalla linea dei discendenti maschi e, solo in assenza di figli maschi, poteva diventare capofamiglia la figlia, la quale doveva necessariamente rinunciare al matrimonio, perché sposandosi il suo nome sarebbe passato nel registro di famiglia del marito. La Corte Costituzionale ha ritenuto che questi articoli violassero il principio di eguaglianza tra i sessi nel matrimonio.

I poteri del capofamiglia erano stati già drasticamente ridotti, come già accennato, dalla riforma del 1990, senza però riuscire ad annullarli del tutto. Attualmente, grazie alla riforma in esame, anche i poteri sopravvissuti dopo 1990 sono stati aboliti. Ciò nonostante, il sistema del capofamiglia sopravvive come istituzione, conservando alcuni poteri come quello di costituzione forzata della famiglia (art. 826 K.C.C.) e di successione al capofamiglia (art. 984 K.C.C.); in più tale sistema ancora

²⁹ "Il matrimonio e la vita familiare devono rientrare ed essere fondati sulla dignità individuale e sull'uguaglianza tra i sessi, e lo Stato deve fare qualunque cosa sia nei suoi poteri per conseguire tale meta", art. 36 della Costituzione coreana.



esercita una forte influenza tra i sostenitori del confucianesimo, come ideologia patriarcale e non conserva solo un valore simbolico, ma anche una netta influenza sugli affari civili.

b) I figli potranno prendere il cognome della madre

Prima della riforma, il figlio doveva prendere il cognome del padre e le origini del cognome stesso (art. 781 K.C.C.); questa previsione era una delle tipiche sfaccettature del sistema patriarcale del capofamiglia. Grazie all'intervento della riforma del 2005, al figlio è consentito di prendere il cognome della madre e le origini di tale cognome, con il consenso dei genitori espresso al momento del matrimonio. Pertanto, il testo dell'art. 781, attualmente, disciplina i casi in cui il figlio può prendere il cognome della madre e le origini di tale cognome, con il consenso dei genitori espresso al momento del matrimonio (quando il padre è straniero e quando è sconosciuto), il caso in cui i genitori sono sconosciuti (con l'approvazione del tribunale, si sceglierà un nuovo cognome e, se uno o entrambi i genitori dovessero riconoscere il figlio in un secondo momento, il figlio può prendere il cognome dell'uno o dell'altro e le origini del cognome) e il caso di affiliazione di un figlio nato fuori dal matrimonio (il figlio può usare il cognome precedente e le sue origini, con il consenso dei genitori; se non si raggiunge un accordo o non è possibile raggiungerlo, il figlio può usare il cognome precedente e le sue origini con l'approvazione del tribunale).

c) Il cambio del cognome del bambino

L'art. 781, al comma VI, regola i cambiamenti del cognome e delle origini dello stesso, nell'esclusivo interesse del figlio. In caso di nuovo matrimonio, i figli possono ora prendere il cognome e le origini del nuovo marito della madre, mentre prima della riforma il cambio di cognome era assolutamente vietato. Quindi, se il cambio di cognome e delle origini del cognome sono utili per il benessere del fanciullo, la richiesta può essere effettuata sia da uno dei genitori sia dal figlio stesso, previa approvazione del tribunale. Nel caso in cui il figlio fosse minorenni e il suo rappresentante legale non possa farlo, la richiesta sarà effettuata dai parenti indicati nell'art. 777 K.C.C.³⁰ o dal pubblico ministero.

³⁰ "Gli effetti legali provenienti dal rapporto di parentela devono essere estesi ai soggetti indicati di seguito: i parenti di sangue fino all'ottavo grado, gli affini fino al quarto grado e lo/a sposo/a", art. 777 della Costituzione coreana.



d) Un nuovo sistema di adozione

La riforma ha introdotto un nuovo sistema di adozione con il quale il cognome e le origini del cognome del bambino adottato possono essere cambiati. Visto che i bambini adottati sono considerati, in questo nuovo sistema, reali figli dei genitori adottivi, il sistema viene chiamato nel testo della riforma "sistema di adozione reale" ed ha due particolari caratteristiche: la prima è che il cognome del bambino può essere cambiato e la seconda è che il rapporto tra l'adottato e i genitori naturali può essere completamente reciso. Il nuovo sistema di adozione, che entrerà in vigore nel 2008³¹, camminerà parallelamente al sistema generale. Secondo l'art. 878 K.C.C. che disciplina l'adozione in generale, un'adozione è effettiva quando il rapporto di adozione è stato presentato; il rapporto deve contenere un accordo tra i genitori e il rappresentante legale dell'adottato.

Sempre grazie al sistema riformato, un bambino al di sotto dei 15 anni ha la possibilità di cambiare il cognome e le origini del cognome con il consenso della madre e del padre adottivo, quando il padre adottivo vuole adottarlo ed essi possono anche ottenere il permesso per questa nuova adozione reale, dal tribunale della famiglia.

L'adottato deve essere considerato come un figlio nato durante il matrimonio dei genitori adottivi (art. 908-3, I comma, K.C.C.), dunque le previsioni dell'art. 781 K.C.C. (cognome e origini del cognome del bambino) devono essere applicate al figlio adottivo. Il sistema generale delle adozioni, ossia quello precedente alla riforma, non autorizza alcun cambio di cognome, ad eccezione del caso di adozione avvenuta a norma di speciali leggi. Un ragazzo al di sotto dei 18 anni, non più tutelato dall'istituto per il benessere del bambino e adottato per mezzo di una

³¹ L'art 908-2 K.C.C. presenta i requisiti richiesti per la reale adozione:

"- quando marito e moglie, sposati da più di tre anni, vogliono adottare un bambino, lui o lei devono adottarlo unitamente al relativo sposo/a. Tale disposizione non è applicabile se sono sposati solo da più di un anno e vogliono adottare il figlio naturale del proprio sposo/a;

- l'adottato deve avere meno di 15 anni;

- i genitori naturali del bambino che si vuole adottare devono essere d'accordo sull'adozione. Tale disposizione non è applicabile se questa approvazione non si può ottenere a causa della perdita della potestà sul figlio di uno dei genitori naturali, o a causa della morte di uno di essi o per altre cause;

- necessita l'assenso del rappresentante legale del bambino da adottare.

Per il benessere del bambino da adottare, il tribunale della famiglia deve tener presente le condizioni di mantenimento, le motivazioni della reale adozione, la propensione dei genitori adottivi a prendersi cura di un bambino e/o altre circostanze rilevanti".



legge speciale, può prendere il cognome del padre adottivo e le origini, fermo restando il volere di quest'ultimo.

Un'importante previsione all'interno della legislazione relativa alla reale adozione, che determina la differenza con il generale sistema delle adozioni³², è quella che si ritrova nel II comma della nuova versione dell'art. 908-3 K.C.C., la quale descrive come i rapporti di parentela esistenti, ovvero precedenti all'adozione, si estinguono nel momento in cui si perfeziona la reale adozione.

È in dubbio se sia positivo o no per "il benessere del bambino" che i rapporti con i genitori naturali vengano completamente rotti. Comunque, se un soggetto decide di adottare i figli naturali dell'altro, i rapporti tra quest'ultimo/a, i parenti e il figlio naturale rimangono intatti.

e) Abolizione del divieto di matrimonio tra soggetti con lo stesso cognome e origini del cognome

Uno degli effetti più spiacevoli del sistema di famiglia patriarcale, prima della riforma, era rappresentato dalla regola che proibiva il matrimonio tra persone il cui cognome e la cui discendenza, in linea maschile, fosse comune. Di fatto questo divieto aveva già perso valenza in seguito all'intervento della Corte Costituzionale coreana nel 1997, che dichiarava l'incostituzionalità della norma, sostenendo che la stessa non rientrasse nella categoria delle restrizioni individuali a tutela dell'ordine pubblico o per il benessere pubblico previste dall'art. 37 della Costituzione coreana³³. Tale divieto, inoltre, "vincola la ricerca della felicità, che include la libertà di scegliere liberamente il proprio sposo e va contro la libertà di matrimonio".

³² Nel sistema generale delle adozioni, l'adozione diventa effettiva, senza l'intervento del tribunale, quando il rapporto di adozione è stato presentato. Inoltre il bambino di ogni età, per essere adottato, deve ottenere il consenso dei propri genitori e se ciò non è possibile (per morte o per altre cause) quello di qualunque altro ascendente diretto, se ce ne sono. Se invece il ragazzo ha superato i 15 anni, ma non ha ottenuto il consenso non avendo né genitori né parenti diretti, dovrà avere il consenso del tutore; è previsto che l'autorizzazione del tribunale giunga dopo il consenso del tutore. Cfr. artt. 878, 869, 870 e 871 K.C.C.

³³ "Le libertà e i diritti dei cittadini possono subire restrizioni ad opera della legge solo quando sia necessario ai fini della sicurezza nazionale, il rispetto della legge e dell'ordine o per il benessere pubblico, Anche quando queste restrizioni siano imposte, nessun aspetto essenziale della libertà e dei diritti deve essere violato". Art. 37 della Costituzione coreana.



Dopo la decisione della Corte Costituzionale, la Suprema Corte coreana ha steso il regolamento per la gestione del registro di famiglia, affinché sia possibile registrare matrimoni tra parti con lo stesso cognome, sempre che sia provato che i medesimi non siano parenti di sangue entro l'ottavo grado.

Negli ultimi quarant'anni, femministe e accademie di diritto di famiglia hanno portato avanti una campagna nazionale per far sì che la previsione di cui si parla fosse annullata. Gran parte degli avvocati di diritto di famiglia, così come il Ministro di Giustizia, ritenevano che questa riforma fosse urgente e necessaria, dal momento che queste regole tradizionali non riflettevano la vita moderna e, dando un potere predominante ai mariti e ai padri, cadevano in un anacronistico paternalismo e nella discriminazione dei sessi. Anche di fronte a valide motivazioni, l'abrogazione dell'art. 809 K.C.C. ha incontrato grande resistenza da parte dei conservatori, sostenitori del confucianesimo.

La versione riformata dell'art. 809 dispone che: a) non è permesso il matrimonio tra due parti che abbiano un rapporto di sangue fino all'ottavo grado (compresa la parentela di sangue, dei bambini adottati, precedente all'adozione); b) non è permesso il matrimonio tra due parti se uno di essi è o è stato sposato con un parente di sangue dell'altro, entro il sesto grado o se uno di essi è o è stato parente di sangue entro il sesto grado dell'altro o se uno di essi è o è stato sposato con un affine entro il quarto grado dell'altro; c) non è permesso il matrimonio tra due parti il cui rapporto di parentela di sangue sia inferiore al sesto grado della linea dei genitori adottivi e al quarto grado degli affini dei genitori adottivi.

f) Abolizione del periodo di divieto per ricontrarre nozze

Antecedentemente alla riforma, non era possibile per una donna risposarsi prima che fosse trascorso un periodo di sei mesi dalla fine del precedente matrimonio; il periodo di durata del divieto fissato dalla legge aveva lo scopo di evitare eventuali conflitti in merito alla presunzione di paternità. Grazie all'abrogazione della previsione, le donne possono ora risposarsi in qualunque momento successivo alla conclusione del precedente matrimonio.

g) Modifica del periodo limite per l'azione di diniego di paternità

La versione originaria dell'art. 847 K.C.C. imponeva che l'azione di diniego dovesse esser fatta contro il bambino o contro la mamma, entro un



anno dal giorno in cui il marito fosse venuto a conoscenza della nascita del bambino. La Corte Costituzionale coreana ritenne, nel 1997, che il periodo limite fosse troppo breve³⁴ ed infrangesse un diritto umano quale la dignità della persona, ovvero il diritto del marito di inseguire la felicità, come garantito dalla Costituzione, nella vita familiare. La riforma ha modificato il periodo limite da un anno dalla nascita del bambino a due anni dal giorno in cui il marito (o la moglie dello stesso) fosse venuto a conoscenza del fatto che il bambino, come provato, non è suo figlio.

La modifica avvenuta ad opera della riforma ha voluto garantire la possibilità di effettuare un'azione di diniego di paternità, che precedentemente non era ben garantita vista la brevità del periodo a disposizione dal giorno "della nascita del bambino", non solo allungando i tempi, ma soprattutto facendoli decorrere dal giorno "in si è venuti a conoscenza del fatto" e, inoltre, ha dato la possibilità anche alla donna (alla moglie) di usufruire dell'azione di diniego.

h) Sistemazione dell'articolo sul benessere del bambino

La legge di riforma ha introdotto il concetto di "benessere del bambino"; infatti l'art 912 K.C.C., che disciplina l'esercizio dell'autorità dei genitori, attualmente stabilisce che quando una persona esercita la propria autorità genitoriale, la priorità assoluta deve essere data al benessere del bambino.

Con l'aggiunta di tale principio, il Codice Civile coreano è entrato in linea con la tendenza mondiale a tener presente il benessere del bambino come prima e predominante considerazione, infatti l'attenzione posta sui diritti del bambino e sul benessere dello stesso costituiscono il cuore della riforma, simboleggiando la fine, o al limite l'indebolimento, del sistema di famiglia patriarcale nella società coreana.

In conclusione, appare doveroso sottolineare quanto la legge di riforma n. 7427/2005 rappresenti una reale rivoluzione nello scopo e nella composizione, oltre a poter essere considerata fulcro di un simbolico cammino della società coreana verso un moderno sistema di società aperta e democratica.

³⁴ Sono passati otto anni dal 1997, anno in cui la Corte Costituzionale coreana decise che l'art. 847 K.C.C. era incompatibile con la Costituzione, perché i padri (i mariti) che intraprendevano un procedimento legale assumevano una posizione svantaggiosa dovuta al loro *status* legale non correttamente disciplinato. La principale ragione del ritardo nel riformare questo ambito è stata la disperata resistenza opposta dai sostenitori del confucianesimo.



ABSTRACT

Some remarks on divorce in South Korea

The Korean family law regulates two different procedures for divorce: divorce by agreement (which is used in cases where both spouses are agree to terminate the marriage) and judicial divorce. Closely related to divorce are different problems, because of which this institution has been repeatedly the subject of reforms; the most significant reforms are: the first one in 1991, which aims to achieve a way of equality between man and woman, then in 2005, which had as its goal to remove the "head of the family" system and the last one in 2007 made to realize an effective protection of children as the greatest victims of their parents' divorce.

The most innovative reform has been the law n. 7427 of 2 March 2005 (with eight points, four of which came into force immediately and the other in 2008). It deals essentially in abolish the head of the family system, on the ground that it was unconstitutional, because the system contains articles that infringe individual dignity and equality between sexes in marriage and so they are contrary to art. 36 of the Korean Constitution.

PAROLE CHIAVE: Codice Civile coreano – Matrimonio - Divorzio – Tutela dei figli – Diritto di famiglia – Leggi di riforma.