

REPORT del CORSO Cod. T21006 - D21322 ¹

Il punto sugli aspetti patrimoniali del diritto di famiglia

Roma, 15-17 settembre 2021

Corte di Cassazione Aula Virtuale Teams

Responsabili del corso: **Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello e Gianluca Grasso**,
Componenti del Comitato Direttivo della Scuola superiore della magistratura

Coordinatore del corso per la struttura territoriale della Corte di cassazione: **Giovanni GIACALONE**, Sost.
Procuratore Generale della Corte di cassazione

Dal 15 al 17 settembre 2021 ha avuto luogo il Corso territoriale “Il Punto sugli Aspetti Patrimoniali del Diritto di Famiglia”, articolato in 4 sessioni.

In seguito ai saluti istituzionali del Primo Presidente della Corte di Cassazione Dott. Pietro Curzio, dell'Avvocato Generale della Corte di Cassazione Renato Finocchi Ghersi, del Consigliere del Consiglio Nazionale Forense Avv. Daniela Giraudò, e del Componente del Comitato Direttivo della Scuola Superiore della Magistratura Cons. Gianluca Grasso, il corso è stato presentato dal Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione e formatore responsabile dell'incontro, Dott. Giovanni Giacalone.

D'intesa con i Capi di Corte ed accogliendo il suggerimento del collega Lorenzo Delli Priscoli, il corso è stato dedicato ad un grande giurista della Corte, che ha profondamente contribuito allo sviluppo del Diritto di famiglia, il Presidente Alfio Finocchiaro, grandissima personalità e grandissima persona dal punto di vista umano, che tanto ha dato alla Corte come Consigliere e Presidente di Sezione, e che poi ha così bene rappresentato la Suprema Corte in sede di Corte Costituzionale, divenendone Vice Presidente.

Questo importante corso si colloca nel contesto delle problematiche più attuali, come gli aspetti economici del diritto di famiglia con particolare attenzione ai rapporti patrimoniali tra coniugi; è ben nota la dinamicità degli istituti in questo ambito, grazie agli interventi della giurisprudenza e all'apporto

¹ Il presente *Report* è stato curato – con il coordinamento dei Consiglieri G. Giacalone, R.G. Conti e G.A. Chiesi - dalle Dott.sse in tirocinio, rispettivamente, presso la Corte di Cassazione, SARA CIALONE, SERENA BARTOLOMUCCI (I Sessione), e GIORGIA VENDRA (IV Sessione, presso la Procura Generale della Corte di Cassazione, MARTINA EVANGELISTA (III Sessione) e presso il Tribunale di Roma, ROBERTA DE LISO (II Sessione).

della dottrina che rendono decisivo quello che è il ruolo di ridefinizione e di ricostruzione del sistema affidato all'interprete. In questo modo, il corso è stato programmato, per provare a riflettere sulle principali questioni controverse in dottrina e in giurisprudenza sugli aspetti specifici del diritto di famiglia sotto il profilo degli effetti economici delle crisi di coppia. Sul piano metodologico, la scelta è stata quella di privilegiare i dialoghi a due voci tra merito e legittimità, tra dottrina e giurisprudenza, introdotti da un inquadramento di carattere generale, mentre quello che è la tavola rotonda conclusiva dirigerà lo sguardo verso le sfide attuali della materia, poste tra solidarietà ed autoresponsabilità. La formula, dunque, è il dialogo tra la giurisprudenza di merito e quella di legittimità, con l'intento di non perdere di vista la sistemazione ed illustrazione della materia, cominciando da quelli che sono gli effetti economici della crisi coniugale, l'assegno di separazione e l'assegno divorzile.

Prima sessione – mercoledì 15 settembre 2021

Coordinamento: Dott. G. Giacalone

Assegno di mantenimento e assegno divorzile. Il parametro del “tenore di vita” e le prassi applicative dopo SU 18247/18

Il **Sost. Procuratore Generale Giovanni Giacalone** avvia la prima sessione affidando l'inquadramento sistematico di tutta questa problematica ad un insigne studioso della materia, il **Prof. Enrico Quadri**², che ha contribuito con i suoi studi, con la sua ricerca e con la sua produzione a fornire un grande apporto interpretativo all'intricato tessuto normativo della materia.

L'attualità della tematica proposta emerge con chiarezza dalle indicazioni contenute nella sua “Presentazione”. Da esse traspaiono, infatti, non solo la consapevolezza del fermento giurisprudenziale caratterizzante, da tempo, la materia degli aspetti patrimoniali della famiglia, ma anche le motivazioni di un simile fermento, laddove, nel rapportare l'intenso lavoro della giurisprudenza al contesto normativo, da una parte, si accenna a talune possibili prospettive de iure condendo; dall'altra, si evidenziano le tensioni sistematiche determinate dalle recenti svolte legislative che hanno inciso sulla stessa conformazione della fenomeno familiare. In effetti, circa l'urgenza di ragionare sul tema è da sottolineare come, a fronte dell'impetuoso vento di riforma che ha investito la generalità delle altre problematiche familiari, faccia contrasto la staticità del quadro che l'ordinamento offre con riguardo al regime dei rapporti patrimoniali nella famiglia.

Certo, interventi come quello delle Sezioni Unite del 2018 in tema di assegno divorzile possono contribuire a soddisfare l'esigenza di, almeno tendenziale, certezza, che particolarmente avvertita si presenta quando in gioco sono relazioni, come quelle familiari, in cui gli aspetti economici intersecano quelli personali. Ma i limiti connaturati allo strumento giudiziale, in quanto comunque esposto a instabilità e destinato pur sempre a muoversi nel contesto normativo vigente, sembrano investire da tempo il legislatore della necessità di un articolato intervento in materia. E ciò, soprattutto, per consolidare gli approdi delle Sezioni Unite, contro i tentativi di ridimensionamento emergenti da talune successive prese di posizione interne alla prima sezione della Cassazione (con diverse ordinanze, da quella n. 21234 del 2019, alla n. 24250 del 2021), tendenti a fare surrettiziamente rivivere proprio l'orientamento, radicato in Cass. n. 11504/2017, fermamente contrastato dalle Sezioni Unite, sostanzialmente travisandone il senso reale.

Il pregio principale della ricordata decisione delle Sezioni Unite sembra consistere nella consapevolezza che la soluzione della questione specificamente coinvolta non possa essere individuata prescindendo dal relativo inquadramento sistematico nel contesto disciplinare complessivo delle relazioni patrimoniali nella famiglia. Esse confermano, cioè, quella che dev'essere assunta quale premessa essenziale di ogni intervento in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia: la constatazione, cioè, secondo cui, individuato, al riguardo, un obiettivo come meritevole di realizzazione, evidentemente alla luce della tavola di valori fissata nella Costituzione, al relativo perseguimento risultino destinati a

² Già Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università di Napoli “Federico II”

giocare, in un intimo intreccio che finisce col renderli interdipendenti, il regime patrimoniale operante nella fase fisiologica della convivenza e la regolamentazione dei rapporti economici in dipendenza della crisi familiare.

Ogni riflessione circa gli obiettivi complessivamente da perseguire in materia di rapporti patrimoniali nella famiglia pare dover muovere dal richiamo delle finalità della riforma del 1975, quali identificate dalla Corte costituzionale nella fase conclusiva della sua elaborazione. Il compito del legislatore era individuato nella necessità di “procedere ad una piena attuazione del principio costituzionale della parità giuridica dei coniugi anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali”.

Il valore da tenere sempre presente come fondamentale, allora, è quello, scolpito nell’art. 29 Cost., della “eguaglianza dei coniugi”, da attualizzare promuovendo una loro piena e sostanziale parità anche sotto il profilo economico, a salvaguardia di un effettivo rispetto della dignità di entrambi. E sembra ovunque pacifico che ciò comporti – quale riflesso dell’integrazione delle sfere esistenziali che rappresenta l’essenza del matrimonio – la necessità di assicurare reciprocamente un’adeguata partecipazione a quanto costruito insieme durante la comunità di vita. Le stesse Sezioni Unite indicano una simile tendenza, quale espressione di una ricercata “pari dignità degli ex coniugi”: obiettivo da realizzare attraverso l’intreccio di operatività del regime patrimoniale matrimoniale e di quello post-matrimoniale, in una prospettiva complessivamente realizzativa dei valori individuabili alla luce “degli artt. 2, 3, 29” della Costituzione.

In effetti, risulta chiaro come ogni carente funzionamento del regime patrimoniale durante la convivenza, sotto quel punto di vista perequativo che rappresenta la via obbligata alla parità, proietti inevitabilmente il soddisfacimento della relativa istanza sul piano dei meccanismi concernenti la definizione degli assetti economici in occasione della crisi familiare. L’esigenza, insomma, è quella di dar vita ad un sistema complessivo che, per assicurare la realizzazione dell’obiettivo dell’effettiva eguaglianza degli interessati, tenda ad equilibrare il valore della libertà con quelli di condivisione, responsabilità e solidarietà, che impongono, appunto, un adeguato riconoscimento delle aspettative economiche maturate da ciascuna delle parti sulla base del contributo prestato alla compagine familiare ed al relativo benessere.

Di notevole rilevanza risulta, allora, il contributo sistematico offerto dalle Sezioni Unite nel 2018 alla definizione del quadro dei principi fondamentali governanti i rapporti patrimoniali nella famiglia. In particolare, è da segnalare il tentativo di superare la concezione, che riecheggia nell’impostazione di Cass. 11504/2017, tendente ad individuare in quelli di “autoresponsabilità” e di “solidarietà” valori antitetici. Infatti, una volta assunte “autodeterminazione” ed “autoresponsabilità” quale fondamento della “conduzione della vita familiare”, in quanto considerata, appunto, “frutto di scelte libere e condivise”, proprio queste finiscono col rappresentare la giustificazione di quella “declinazione costituzionale del principio di solidarietà”, che impone di perseguire l’obiettivo della perequazione degli assetti economici delle parti in funzione di effettiva garanzia del rispetto della loro “pari dignità dei ruoli”.

In una simile ottica, allora, un fermo richiamo all’art. 29 Cost., anche, quindi, nel momento del venir meno del vincolo matrimoniale, acquista il senso di riconoscere all’apporto di ciascuno dei coniugi alla comunità di vita familiare il valore di fondamento di pretese riequilibrative, tali non da risolversi in “un’inesistente ultrattività dell’unione matrimoniale”, ma da offrire a ciascuno di essi, attraverso un’adeguata partecipazione a quanto costruito insieme durante il matrimonio, le condizioni per affrontare in maniera autonoma e dignitosa i successivi separati percorsi di vita. Riequilibrio, questo, ovviamente realizzabile, secondo quanto evidenziato dalle Sezioni Unite, anche (già) attraverso quella “ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare”, in dipendenza della operatività di un regime patrimoniale coniugale a ciò adeguatamente funzionale.

Risulta chiaro, allora, come una rimediazione del diritto patrimoniale della famiglia debba seguire un itinerario che trascorra dal regime patrimoniale operante nella fase fisiologica dell’esperienza familiare a quello concernente gli assetti economici nella relativa patologia.

Quanto alla fase fisiologica, risulta osservazione corrente come l’obiettivo della parità sia stato perseguito sviluppando l’intervento legislativo su due livelli. Al primo livello si colloca il regime

contributivo, quale insieme di direttive inderogabili, mentre al secondo livello si collocano le regole del regime patrimoniale – di carattere, invece, tendenzialmente derogabile – operanti, in subordine alle prime, in ordine all’acquisto, alla gestione ed alla distribuzione finale dei beni. Il sistema delineato nel 1975 si caratterizza, così, da una parte, per la previsione del regime contributivo, quale tratteggiato negli artt. 143, comma 3, e 144 cod. civ., avente la funzione di “integrare nei rapporti patrimoniali l’ordinamento solidale”. Dall’altra, per l’introduzione, come regime patrimoniale “legale”, della “comunione dei beni”, quale regime ritenuto atto a realizzare il principio della parità delle parti, attraverso la perequazione delle loro situazioni patrimoniali.

Non è da nascondere come il carattere “legale” conferito, in sede di riforma, al regime patrimoniale di “comunione dei beni” abbia finito col condizionare fortemente, da noi, la configurazione del regime contributivo, inducendo a trascurare una sua più puntuale articolazione. Ma, la fiducia del legislatore nella valenza, anche promozionale, dell’adozione di quello di comunione quale regime patrimoniale “legale” si è dimostrata infondata e fin troppo noto è il fenomeno dell’imponente “fuga” dalla comunione. La gravità delle conseguenze di ciò si apprezza pienamente nel momento della crisi familiare, quando la carente operatività dal punto di vista solidaristico-perequativo del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza – appunto in conseguenza di una opzione separatista slegata da un effettivo superamento delle asimmetrie tra gli interessati – finisce col proiettare il soddisfacimento della relativa esigenza sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici conseguenti alla crisi.

Il rischio di dar vita, in non pochi casi, a pericolosi circoli viziosi è qui in agguato, come hanno dimostrato le possibili conseguenze di ancora recenti prese di posizione giurisprudenziali in materia di contribuzioni post-matrimoniali: conseguenze, del resto, che le Sezioni Unite risultano avere ben presenti nel loro intervento in tale materia, laddove invitano a non trascurare mai quel “forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare nella loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento”.

In questa sede, non sembra consentito andare al di là di un sommario catalogo di possibili vie di uscita, ipotizzabili a fronte delle problematiche caratterizzanti l’attuale sistema dei rapporti patrimoniali nella famiglia.

Al riguardo, è da conferire adeguata rilevanza al richiamo, operato dalle Sezioni Unite, alla “rete di diritti e doveri fissati dall’art. 143 cod. civ.”, assunti quale “perfetta declinazione” del “modello costituzionale dell’unione coniugale, incentrata sulla pari dignità dei ruoli che i coniugi hanno svolto nella relazione matrimoniale”. Pare, allora, imporsi, innanzitutto, una “riscoperta” del “principio contributivo” e delle sue potenzialità operative, quale guida sicura per quei bilanciamenti degli interessi di volta in volta coinvolti, tanto nel corso della vita familiare, quanto nel momento (ed ai fini) del passaggio dalla vita comune a quella separata.

Più complesso si presenta il discorso concernente la conformazione del regime patrimoniale operante nella fase fisiologica della convivenza. Da un primo punto di vista, la scarsa propensione ovunque dimostrata dagli interessati ad allontanarsi dagli schemi legalmente tipizzati dovrebbe indurre ad attirare l’attenzione del legislatore nel senso di una possibile “tipizzazione”, in via normativa come in altri ordinamenti, di eventuali varianti del modello “legale” di comunione. Sotto un diverso profilo, pare il caso di rilevare come sempre più diffusa la spinta ad intervenire anche sull’opzione normativa di fondo in materia, concernente la scelta del regime patrimoniale “legale”: le Sezioni Unite non hanno mancato di cogliere quanto un regime che ponga capo ad una concreta “ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare” possa valere a sdrammatizzare lo stesso discorso concernente i meccanismi che, al momento della crisi familiare, sono chiamati a governarne i profili economici, in vista dell’obiettivo della garanzia della parità delle parti. E l’attenzione viene attratta da un modello che sembra aver dato buona prova di efficienza, come quello tedesco della Zugewinnngemeinschaft, diffusosi anche in altri ordinamenti.

Ma, ovviamente, è nel momento della crisi che sono destinati a venire al pettine i nodi legati alla realizzazione del valore di parità nei rapporti patrimoniali coniugali.

La riflessione qui pare dover investire due problematiche. Da una parte, la perimetrazione della portata da riconoscere all'autonomia degli interessati nella regolamentazione dei propri rapporti patrimoniali in ordine alla crisi familiare. Dall'altra, la definizione dell'equilibrio che, negli assetti economici conseguenti ad essa, sia comunque (e, quindi, inderogabilmente) da garantire.

Quanto al primo profilo, il tema tocca i meccanismi di controllo dell'autonomia in questione. Nota è la radicale posizione della nostra giurisprudenza in ordine agli accordi economici conclusi in vista del divorzio. C'è da chiedersi, però, se la soluzione estrema, ancora emergente dalla giurisprudenza, della nullità per illiceità della causa, per "violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160", sia realmente rispettosa di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.

In effetti, si tratta, a ben vedere, di trovare un punto di equilibrio tra le istanze di maggiore autonomia degli interessati e la portata da riconoscere a quei "diritti inderogabili", a quelle "aspettative legittime" ed a quella rilevanza delle "condizioni personali ed economiche" delle parti conseguenti al condiviso modello di "conduzione della vita familiare", su cui hanno insistito le Sezioni Unite nel 2014 e nel 2018. In proposito, al richiamo all'art. 160 cod. civ., sembra consentito – alla luce della interdipendenza tra operatività del regime patrimoniale e definizione dei rapporti economici in dipendenza della crisi coniugale – conferire una portata tale da superare il contrasto concernente la portata della relativa previsione di inderogabilità. Non si tratta, così, di cercare di rendere "ultrattivi" i diritti e doveri matrimoniali, ma, piuttosto, di assicurare, in attuazione del principio della pari dignità dei coniugi, che le valutazioni destinate definire gli assetti economici di coloro che hanno vissuto un'esperienza di vita comune, per coerenza con le loro scelte esistenziali, non trascurino il grado di avvenuta integrazione delle sfere personali e patrimoniali delle parti e le relative conseguenze sulla loro situazione al momento dell'estinzione del rapporto.

In tale prospettiva, una operatività degli accordi rispettosa dell'accennato ambito di inderogabilità pare poter essere assicurata, innanzitutto, attraverso una verifica, per così dire, "finale", degli accordi, in considerazione, cioè, dell'evoluzione degli assetti familiari nella concreta dinamica della comunità di vita: verifica ineludibile soprattutto nel caso di significativo distacco temporale tra il momento dell'accordo e la definizione degli assetti economici post-coniugali. Singolare sarebbe, diversamente, il contrasto con la propensione che da tempo viene ovunque crescentemente manifestata nella direzione di una generale rilevanza, in materia contrattuale, dell'evoluzione delle circostanze, pure attraverso una, eventualmente imposta, rinegoziazione.

Nella medesima ottica fondata sulla valorizzazione dell'art. 160 cod. civ., il controllo degli accordi in questione sembra doversi articolare anche in una diversa direzione. Si tratta di quel controllo che può essere definito in termini di "equità" delle pattuizioni, per assicurare, nel momento finale del rapporto, un'adeguata tutela a chi la vicenda familiare, attraverso le concordate scelte esistenziali, abbia posto in condizioni di debolezza. E ciò almeno ove si intenda conferire ad esse quella "definitività" degli assetti convenuti che, con l'interruzione di qualsiasi successivo rapporto, sembra effettivamente meglio armonizzarsi con la conseguita libertà, di ciascuna delle parti, di intraprendere anche eventuali ulteriori percorsi di vita affettiva e familiare.

Una simile conclusione non fa altro che prendere atto delle scelte sistematiche del nostro ordinamento, quali emergenti, in particolare, da quel comma 8° dell'art. 5 legge div., il quale sembra da assumere come espressione di un principio generale in ordine ai limiti di vincolatività delle soluzioni concordate in vista della definizione degli assetti economici post-coniugali.

Il nodo da sciogliere resta, allora, quello del carattere preventivo o successivo di un simile controllo: problema probabilmente suscettibile di una risposta – tanto sul piano esegetico, quanto su quello della conformazione di eventuali riforme – da articolare a seconda della tipologia delle procedure di accertamento del venir meno della comunità coniugale. Con ciò intendendosi alludere essenzialmente al relativo carattere giudiziale o stragiudiziale: a queste ultime procedure, per coerenza con la scelta ordinamentale di affidarsi qui all'autonomia degli interessati, meglio attagliandosi, almeno ove non sia in gioco la tutela dell'interesse dei figli, il modello del controllo in via successiva, su istanza della parte che, eventualmente, reputi ricorrerne le condizioni.

Risulta palese come, anche nell'ottica della dianzi delineata esigenza di controllo dell'autonomia degli interessati, assuma preliminare rilievo l'individuazione di quale debba essere l'equilibrio che, negli assetti economici conseguenti alla crisi, sia comunque da garantire.

Il nocciolo della questione sembra qui concentrarsi in una inevitabile opzione: quella tra il considerare l'esperienza matrimoniale alla stregua di una tendenzialmente irrilevante parentesi nella vita di due "persone singole", secondo la prospettiva fatta propria dalla prima sezione della Cassazione nel 2017; ovvero, almeno ove una simile esperienza sia realmente consistita in "una vera comunione di vita e di interessi", l'assumerla come base di partenza, per consentire a ciascuna delle parti un successivo autonomo percorso esistenziale.

Il riferimento al "tenore di vita", quale espressione della condivisa integrazione delle sfere personali e patrimoniali in cui si risolve il dovere di contribuzione, ha rappresentato, per quasi trent'anni, nella giurisprudenza, la via attraverso cui mettere in condizione l'ex coniuge di partecipare a quanto realizzato in campo economico durante la convivenza familiare. Proprio la rottura, nel 2017, con una simile ricostruzione ha fatto avvertire in pieno – soprattutto in considerazione del dianzi denunciato pericolo di avvituamento in un circolo vizioso con la carente operatività del regime patrimoniale coniugale – i rischi della concezione in chiave "esclusivamente assistenziale" delle contribuzioni in sede di divorzio, fondata su quell'ossequio all'approccio "bifasico" al riconoscimento dell'assegno, radicato nell'impostazione delle Sezioni Unite del 1990.

Punto di partenza del nuovo indirizzo è stata la consapevolezza "del forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare sulla loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento". E il risultato "di una interpretazione dell'art. 5, comma 6, più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.", è stato rappresentato – secondo una impostazione rispecchiata, del resto, nelle iniziative di riforma della materia (sfociate nel testo approvato dalla Camera dei deputati il 14 maggio 2019) – dall'abbandono della "rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio", con la piena valorizzazione – attraverso "una valutazione integrata" e con "rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio" – "degli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima parte" della disposizione in questione (da considerare, insomma, punto di riferimento di "un esame esegetico unitario", in quanto solo atto ad evitarne arbitrarie eterointegrazioni).

L'attenzione, di conseguenza, per evitare di "azzerare l'esperienza della relazione coniugale", si è concentrata sulla "funzione perequativa e riequilibratrice dell'assegno di divorzio", in tal senso risultando declinato "il principio di solidarietà posto a base del diritto" ad esso.

Pare qui il caso solo di sottolineare come peso decisivo sia stato conferito, così, alla considerazione secondo cui "la conduzione familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile". La "preminenza della funzione perequativa" diventa l'unica via per assicurare la concreta realizzazione del valore costituzionale della "pari dignità" delle parti.

Il riferimento all'art. 29 Cost., allora, lungi dall'assumere il senso di una evocazione di "ultrattività" di un vincolo ormai definitivamente sciolto, vale semplicemente ad evidenziare come, nel momento del venir meno della comunità di vita, la situazione di ciascuno degli ex coniugi non possa che essere valutata conferendo peso adeguato ai riflessi ed ai condizionamenti che su di essa abbiano avuto i concordati assetti familiari. E ciò valorizzando quel "contributo personale ed economico fornito da ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno ed a quello comune" (anche col "sacrificio delle aspettative professionali e reddituali"), destinato, allora, ad assumere un vero e proprio "rilievo causale" in ordine agli eventuali riconoscimenti patrimoniali in dipendenza della crisi familiare.

Peraltro, in ordine alla realizzazione dell'accennata esigenza "perequativo-compensativa" e riequilibrativa, è da richiamare quanto già dianzi sottolineato: trattarsi di obiettivo al cui perseguimento giocano, in un intreccio che li rende interdipendenti, il concreto funzionamento, nei rapporti tra le parti, del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza e la regolamentazione dei rapporti

economici in dipendenza della crisi coniugale. In tale quadro, l'esigenza in questione potrà considerarsi soddisfatta, se il livello di "adeguatezza" della posizione economico-patrimoniale del coniuge economicamente più debole risulti già sufficientemente da lui conseguito al momento del divorzio. Ciò, da una parte, attraverso il funzionamento – appunto in chiave riequilibrativa e perequativa – del regime patrimoniale governante l'economia coniugale, dall'altra, in dipendenza delle attribuzioni operate durante il matrimonio dall'ex coniuge (di "interventi in corso di matrimonio dell'ex coniuge" parla l'ordinanza n. 21926 del 2019), nonché di quelle operate nel contesto degli accordi economici in occasione della separazione personale.

Alla luce degli itinerari esegetici prospettati dalla giurisprudenza più recente in tema di contribuzioni post-matrimoniali, sembra imporsi l'opportunità, da una parte, di un adeguamento dello strumentario a disposizione per governare i profili economici della crisi familiare; dall'altra, di una eventuale rimediazione di alcune soluzioni legislative attualmente vigenti.

La sentenza delle Sezioni Unite del 2018 rappresenta il maggiore sforzo che l'interprete può approfondire per leggere la disciplina vigente in quell'ottica "perequativo-compensativa" che la rende allineata al principio costituzionale di pari dignità dei coniugi. In effetti, nel nostro ordinamento, è al solo assegno di divorzio che è affidato, dal punto di vista economico, il passaggio, per essi, dalla vita comune a quella definitivamente separata. Non è difficile accorgersi, peraltro, come sia proprio l'assegno di divorzio, nella sua configurazione periodica, a risultare strumento che mal si presta a svolgere in maniera pienamente soddisfacente una funzione "perequativo-compensativa" e partecipativa rispettosa della uguale dignità e libertà di ambedue i coniugi.

Esso, infatti, finisce col perpetuare situazioni relazionali e di dipendenza, la cui intollerabilità è destinata ad accentuarsi quale riflesso dei successivi possibili percorsi di vita affettivo-familiare degli interessati. Ma, allo stato, l'art. 5, comma 8, l. div., con l'affidare solo alla concorde volontà delle parti il ricorso a soluzioni (definitive) una tantum, fa, appunto, dell'assegno periodico l'unico strumento disponibile per regolare i rapporti economici tra gli interessati.

La via, altrove, si presenta sostanzialmente univoca. Al riguardo, viene spesso richiamato il modello francese, in cui la prestation compensatoire, proprio in vista della funzione che è chiamata a svolgere, assume "la forma di un capitale", secondo modalità stabilite dal giudice (che possono consistere anche nell'attribuzione di beni in proprietà o di diritti reali), eventualmente rateizzabile, solo "a titolo eccezionale" potendosi, "con decisione specificamente motivata", fissarla "sotto forma di rendita vitalizia", alla morte dell'ex coniuge debitore, sostituita (non diversamente che il saldo del capitale), a carico dell'eredità, "da un capitale immediatamente esigibile".

Una coerente costruzione sistematica, assodata la funzione "compensativa e perequativa" che sono chiamate a realizzare le attribuzioni connesse al venir meno della comunità familiare, dovrebbe condurre a ripensare pure talune soluzioni attualmente sancite dalla legge sul divorzio.

Basti qui riferirsi, in particolare, alla previsione dell'art. 5, comma 10, l. div. Che, al riguardo, i nodi siano destinati a venire al pettine, lo dimostra l'ordinanza n. 28995 del 2020. In essa risulta rimessa in discussione la conclusione nel senso della perdita (definitiva) del diritto all'assegno da parte dell'ex coniuge (anche) in caso di instaurazione di una "stabile convivenza" (secondo l'indirizzo consolidatosi a partire da Cass. 6855/2015). Ci si è chiesti, cioè, se la perdita "automatica" di ogni diritto da parte "dell'ex coniuge sperequato nella posizione economica" sia, in tal caso, compatibile con la funzione ora riconosciuta all'assegno di divorzio, alludendo all'eventuale praticabilità di "altre scelte interpretative che, guidate dalla obiettiva valorizzazione del contributo dato dall'avente diritto al patrimonio della famiglia e dell'alto coniuge, sostengano dell'assegno divorzile, negli effetti compensativi suoi propri, la perdurante affermazione".

In proposito, non può sfuggire che, se l'esigenza prospettata dall'ordinanza si presenta realmente fondata, lo è perché, risolvendosi l'indirizzo inaugurato da Cass. 6855/2015 in un ampliamento della portata operativa dell'art. 5, comma 10, essa finisce col mettere a nudo l'incompatibilità della regola contenuta in tale disposizione – in quanto radicata in un'ottica esclusivamente assistenziale dell'assegno – con la ricostruzione ora offerta dalle Sezioni Unite in tema di contribuzioni post-matrimoniali. Il

discorso, quindi, dovrebbe coinvolgere una ridefinizione normativa della portata della regola di cui all'art. 5, comma 10.

Non si può, in effetti, fare a meno di riflettere sulla scarsa coerenza sistematica di una simile disposizione con una impostazione del diritto a contribuzioni post-matrimoniali che intenda essere pienamente attuativa dell'istanza perequativo-riequilibrativa e compensativa, a tutela della parità delle parti, pure dal punto di vista del superamento dei condizionamenti atti a pregiudicare la libertà di decisione di ciascuna delle parti circa le proprie legittime scelte di vita familiare successive al divorzio.

E l'unica via sistematicamente coerente per garantire la realizzazione delle "legittime aspettative" economiche acquisite attraverso la partecipazione al pregresso svolgimento del rapporto di vita familiare sembra quella di consentire, in caso di estinzione del diritto all'assegno (periodico) in applicazione dell'art. 5, comma 10, che l'ex coniuge possa conseguire una prestazione equitativamente determinata, con l'eventuale possibilità, per il giudice, di fissarne le modalità più opportune di corresponsione (tra cui la rateizzazione).

A corredo dell'intervento del Prof. Quadri, il **Sost. Procuratore Generale Giacalone** evidenzia come esso sia stato caratterizzato dall'aver messo in relazione la situazione degli effetti economici tra i coniugi, paragonando la situazione fisiologica del rapporto e quella patologica, nel tentativo di dimostrare che l'assetto dei rapporti che si deve definire dopo la crisi coniugale non può prescindere da quanto sia avvenuto durante il momento fisiologico del rapporto stesso, stante la stretta interdipendenza tra momento fisiologico e momento patologico, nonché l'influenza della situazione patrimoniale su quelli che sono i risvolti economici di questi rapporti, sia in costanza di vincolo, sia all'esito della crisi coniugale. Ciò introduce il tema oggetto dei successivi interventi, riguardanti l'assegno di separazione, in un'ottica di confronto tra la giurisprudenza di merito e la giurisprudenza di legittimità.

Prende, quindi, la parola la **Dott.ssa Monica Velletti**³, il cui intervento approfondisce il tema dell'assegno di mantenimento nella separazione dei coniugi, nel tentativo di fornire una ricognizione degli orientamenti che emergono dalla giurisprudenza di merito, in un ambito nel quale molto è lasciato alla interpretazione e all'applicazione di criteri, non previamente definiti, con l'esigenza di valutarli adeguatamente. Appare necessario accennare ad un problema, molto dibattuto, nella prassi applicativa, data la mancanza di criteri stringenti, quello dell'esercizio dei poteri officiosi del giudice per l'acquisizione delle prove nei procedimenti di separazione e divorzio, tema che riecheggerà anche negli interventi prettamente processualistici.

La Dott.ssa Velletti, analizzando il tema, ha rilevato, utilizzando un'espressione ad effetto, che l'assegno di mantenimento è "un morto che cammina", in quanto l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è concentrata sui criteri per la determinazione dell'assegno divorzile. L'introduzione della riforma sul c.d. divorzio breve, l. n. 55/2015, che, come noto ha ridotto notevolmente i tempi per poter proporre il giudizio di divorzio, una volta intervenuto il passaggio in giudicato della sentenza di separazione ovvero emesso decreto di omologa della separazione consensuale o ancora completata la procedura di negoziazione assistita, ha avuto conseguenze dirette sulla "durata" dell'assegno di mantenimento.

Prima della riforma, l'assegno di mantenimento era destinato a permanere almeno per i tre anni che dovevano intercorrere tra la pronuncia della separazione e il divorzio (tempo che in realtà, a volte si prolungava anche per decenni, qualora le parti non volessero addivenire al definitivo scioglimento del vincolo matrimoniale); oggi l'assegno di mantenimento ha una vita brevissima, per il rapido succedersi del giudizio di separazione e di quello di divorzio. Per questo sia indagando nella personale casistica, sia all'esito di richiesta formulata a colleghi di tribunali nei quali è presente una sezione specializzata in materia di famiglia, è emersa una ridotta presenza di provvedimenti nei quali viene determinato un assegno di mantenimento a favore del coniuge c.d. "debole" nelle separazioni giudiziali. Pur non avendo

³ Giudice della Prima Sezione civile del Tribunale di Roma, e ora Presidente di Sezione del Tribunale di Terni.

dati statistici oggettivi si percepisce con chiarezza dall'esame della casistica giudiziaria, una riduzione del numero delle separazioni giudiziali nelle quali sono formulate domande di assegno di mantenimento, congiuntamente alla percezione di un altro dato.

Nella maggior parte dei ricorsi per separazione giudiziale viene formulata domanda di addebito della separazione, anche se l'istituto è dai più percepito come anacronistico. Per il superamento dell'addebito nelle separazioni molti tentativi sono stati compiuti, da ultimo all'interno della Commissione c.d. "Luiso", "Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti allo stesso alternativi" costituita con decreto del Ministro della giustizia del 12 marzo 2021, della quale la Presidente è stata componente sostenendo una proposta normativa per il superamento dell'addebito anche in chiave di deflazione del carico dei procedimenti, ma nessun tentativo ha avuto il necessario sostegno politico. Emerge una fortissima resistenza a superare la nozione di addebito della separazione, giudicata dai giuristi una disposizione non più conforme all'evoluzione dei costumi, fonte di notevole appesantimento dell'attività giudiziaria.

Ma nei procedimenti di separazione giudiziale molto di frequente viene formulata domanda di addebito: ma cosa cercano in realtà le parti quando formulano questa domanda? Il coniuge potenzialmente obbligato intende evitare di essere gravato dall'obbligazione di mantenimento; il coniuge potenzialmente beneficiario dell'assegno di mantenimento, cerca di porre al suo arco una freccia per il futuro giudizio di divorzio, quando verrà formulata domanda di assegno divorzile, sta cercando di acquisire elementi a sé favorevoli per la quantificazione dell'assegno divorzile; come noto, infatti, anche le ragioni della separazione possono concorrere a determinare l'entità dell'assegno divorzile, e l'accoglimento di una domanda di addebito in danno del coniuge obbligato può incidere. Entrambi i coniugi cercano di introdurre, già dal momento della separazione, accertamenti su elementi che si presume potranno essere loro necessari, o utili, per la quantificazione dell'assegno divorzile. Questo nuovo scenario cosa implica per il giudice della separazione? Il giudice in presenza di queste domande sarà tenuto a fare complessi accertamenti per determinare una prestazione di mantenimento che avrà vita breve data la vicinanza temporale tra giudizio di separazione e di divorzio.

Come noto il dies a quo per il sorgere dell'obbligo alla corresponsione dell'assegno di mantenimento a carico del coniuge obbligato è quello della data della domanda della separazione, o nell'ipotesi in cui i coniugi al momento dell'udienza presidenziale siano ancora conviventi l'assegno di mantenimento sarà dovuto dal momento in cui uno dei coniuge si allontanerà dalla casa familiare; il dies ad quem è invece fissato al momento del passaggio in giudicato della sentenza di status di divorzio ovvero nel diverso e anticipato momento della domanda di divorzio (cfr. art. 4, comma 13, l.n. 898/1970). Tale periodo è quantificabile, nella prassi, in un anno e mezzo massimo due (salva poi la possibilità di far decorrere l'assegno di divorzio dalla data di domanda di divorzio, come previsto dall'art. 4, comma 13, l.n. 898/1970, con specifico onere a carico del giudice di motivare la diversa decorrenza – Cass. n. 24991/2010; Cass. n. 4424/2008).

Perché è importante la determinazione dell'assegno di mantenimento malgrado la sua breve vita? Perché se è vero ed è pacifico che diversi sono i presupposti, diverse sono le finalità, diversi sono gli ambiti e i tipi di indagine che sono richiesti per la determinazione dell'uno e dell'altro assegno, è però vero che l'assegno di mantenimento determina un tetto massimo al di sopra del quale non si può andare nel determinare l'assegno di divorzio; e soprattutto il quantum dell'assegno divorzile, come è stato di recente ribadito dalla suprema Corte (Cass. n. 5605/2020), non può superare la quantificazione prevista per l'assegno di mantenimento (ovviamente rebus sic stantibus, e in assenza di sopravvenienze).

Compiute tali premesse, l'intervento affronta il tema dell'accertamento demandato al giudice di merito per la determinazione dell'assegno di mantenimento analizzando: aspetti sostanziali e aspetti processuali. Mentre quanto agli aspetti sostanziali emerge sostanziale uniformità di orientamenti, tranne che per alcune sfumature marginali, le divergenze più profonde emergono nella concreta determinazione dell'assegno di mantenimento e quanto agli aspetti processuali. Per la determinazione dell'ammontare dell'assegno di mantenimento nella separazione non esistono parametri oggettivi. Quanto agli aspetti probatori, a fronte di un'apparente piena condivisione dei principi, essendo unanime l'opinione circa la possibilità per il giudice di esercitare poteri officiosi per accertare i redditi ed i patrimoni della parti,

quello che diverge è la concreta applicazione dei poteri officiosi, in quanto alcuni ritengono che siano sufficienti generiche allegazioni in relazione, per esempio, alla non congruità dei redditi rispetto alle spese sostenute, perché il giudice possa esercitare i poteri d'ufficio, mentre altri ritengono che il coniuge richiedente l'assegno sia onerato di fornire elementi precisi, allegazioni puntuali perché il giudice possa acquisire prove ex officio.

Al fine di garantire uniformità di orientamenti sarebbe necessario un intervento normativo, nell'attesa apparirebbe auspicabile un confronto tra giuristi per giungere ad un'applicazione uniforme delle stesse norme. Le differenze applicative in merito alla ampiezza dei poteri officiosi riconosciuti al giudice della separazione per l'accertamento dei redditi e dei patrimoni delle parti incidono notevolmente sugli esiti del giudizio, con percezione di profonda disparità di trattamento da parte dell'utenza.

Sugli aspetti sostanziali non c'è rilevante disaccordo, come emerge dall'esame della seppur limitata giurisprudenza di merito edita in materia di assegno di mantenimento, a fronte dei fiumi di giurisprudenza, anche di merito, sull'assegno di divorzio. Qual è la ratio dell'assegno di mantenimento?

Questo contributo deve garantire quell'assistenza materiale che trae origine dal matrimonio, perché come noto la separazione non recide il vincolo matrimoniale, ma semplicemente fa allentare alcuni dei doveri coniugali (quali quello di coabitazione, di fedeltà) ma non fa venir meno il dovere di assistenza materiale. Su natura e ratio dell'assegno di mantenimento emblematica è la nota sentenza "c.d. Berlusconi", diventata un classico della materia.

La sentenza Cass. n. 12196/2017, emessa poco prima della sentenza, tra le stesse parti, che ha negato alla ex moglie l'assegno di divorzio, ha invece confermato e riconosciuto un assegno di mantenimento di entità relevantissima, forse tra i più rilevanti mai liquidati in Italia, proprio affermando la permanenza di alcuni doveri coniugali pure a seguito della separazione, e la necessità di garantire al coniuge separato "redditi adeguati" necessari "a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale...e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio" (Cass. n. 12196/2017).

Analizzando i presupposti dell'assegno di mantenimento occorre accertare:

- l'assenza della condizione ostativa dell'addebito della separazione in capo al coniuge richiedente l'assegno;
- la mancanza in capo al coniuge richiedente l'assegno di adeguati redditi propri. Ma qual è il parametro per valutare la non adeguatezza dei redditi? Il parametro come noto non è codificato, ma la giurisprudenza è unanime nel ritenere, anche dopo la rivoluzione intervenuta nell'ambito dell'assegno di divorzio, che questo parametro sia ancora rappresentato dal tenore di vita goduto in costanza di matrimonio;
- la disparità economico patrimoniale tra le parti, perché se non sussiste disparità, non si può riconoscere un assegno al coniuge più debole.

Si rinviene, inoltre, nell'ordinamento una norma di chiusura, un principio residuale, dettato nell'art. 156, secondo comma, c.c., che richiama le circostanze e fa riferimento anche ai redditi dell'obbligato ("L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze ed ai redditi dell'obbligato").

Questa è la scansione "teorica" sottesa all'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno di mantenimento nella separazione. Nella pratica, in realtà, tutte queste scansioni non sono così nettamente delineate. Tranne l'analisi della domanda di addebito, che è preliminare, il giudice della separazione non scannerizza con tanta precisione i passaggi per arrivare alla determinazione dell'assegno di mantenimento. Sostanzialmente cosa fa? Valuta i redditi e i patrimoni delle parti: sia durante il matrimonio per accertare il reale tenore di vita delle parti in costanza di convivenza coniugale; sia in data successiva alla separazione per accertare quanto la separazione abbia inciso sul tenore di vita familiare, perché è un dato di empirica esperienza che la separazione influisce sulle disponibilità delle parti, duplicando i costi abitativi e facendo venir meno le economie di scala, con indubbio impoverimento del nucleo familiare.

Altro parametro fondamentale che il giudice della famiglia deve indagare per calcolare l'assegno di mantenimento è la spesa sostenuta, sia in costanza di matrimonio sia dopo la separazione. Questo perché? Ciò in quanto in Italia, data la notoria presenza di redditi non dichiarati, in molti casi soltanto la spesa costituisce l'elemento più indicativo delle reali disponibilità di una famiglia, solo un'attenta analisi della spesa (per esempio attraverso la richiesta, anche d'ufficio, del deposito degli estratti di conto corrente integrali degli ultimi tre anni antecedenti la domanda di separazione, e del periodo successivo alla stessa, ovvero degli estratti delle carte di credito) può permettere di comprendere quale sia stato effettivamente il tenore di vita di una famiglia, e quale sia il livello di spesa mantenuto dai coniugi, ed in particolare dal coniuge potenzialmente obbligato di corrispondere l'assegno di mantenimento, dopo l'evento separativo.

Primo presupposto per l'accertamento del diritto a percepire l'assegno di mantenimento è l'assenza di addebito della separazione. Nell'intervento non è stato possibile soffermarsi sull'ampia casistica in materia, si è solo sottolineato che l'assegno di mantenimento viene determinato anche in sede presidenziale, sede in cui non rileva la domanda di addebito, da valutare solo all'esito del giudizio.

È stato richiamato il necessario nesso di causalità tra condotta posta in essere in violazione dei doveri coniugali e la frattura dell'*affectio coniugalis*; l'accertamento del nesso di causalità è presupposto necessario per poter accogliere la domanda di addebito (per tutte cfr. Cass. n.16691/2020). A fronte di questo principio generale è stato, tuttavia, ricordato come nessuna prova in merito alla esistenza del nesso di causalità sia richiesta in presenza di violenza domestica (Cass. n.3925/2018). Questo principio perché può interessare il tema dell'accertamento del diritto a percepire l'assegno di mantenimento?

Perché tutti noi dovremmo essere sempre più attenti agli aspetti della violenza economica. In passato risalenti decisioni della Corte di Cassazione, pienamente condivisibili, parlavano di tenore di vita potenziale; in applicazione di questi orientamenti il tenore di vita doveva essere ricavato valutando non solo le effettive spese della famiglia, ma anche le potenzialità economico-patrimoniali delle parti, lasciando intendere che un coniuge "forte", particolarmente parsimonioso, non poteva avallare questa scelta al momento della separazione per sostenere il limitato tenore di vita familiare con conseguente richiesta di rigetto della domanda di assegno di mantenimento, ovvero di determinazione di un assegno limitato nel quantum.

Con l'evolversi della sensibilità sul tema della violenza familiare, è emersa la necessità di valutare la "parsimonia", che in realtà potrebbe nascondere forme di violenza domestica, perché a volte la violenza domestica si realizza proprio nella modalità della violenza economica: il coniuge violento impedendo al coniuge vittima di violenza di avere accesso alle "casse" della famiglia, esercita una forma di controllo e condizionamento. E può trattarsi di una delle più alte forme di controllo. Tutti i giudici della famiglia dovrebbero maturare attenzione a questo tema, data la frequenza dei casi di violenza domestica sub specie di violenza economica. Nella giurisprudenza di merito, seppur timidamente, inizia a maturare questa attenzione con i primi precedenti che fondano l'addebito proprio sulla violenza economica esercitata nel corso del rapporto coniugale (cfr. Trib. Rom, sentenza 21 novembre 2019).

In caso di accoglimento della domanda di addebito, il coniuge al quale la separazione è stata addebitata non ha alcun diritto all'assegno di mantenimento stando alla norma, ma c'è un altro diritto, quello a veder riconosciuto un assegno esclusivamente alimentare. Un aspetto processuale di interesse discende da un principio affermato dalla Suprema Corte (Cass. n. 27695/2017) per il quale, non si può negare questo diritto in ragione della mancanza di specifica domanda di assegno alimentare, quando il coniuge debole, al quale sia stata all'esito del giudizio addebitata la separazione, abbia chiesto l'assegno di mantenimento. In tale ipotesi pur in assenza di espressa richiesta di assegno alimentare, la domanda deve ritenersi compresa nella più ampia richiesta di assegno di mantenimento, con conseguente possibilità, sussistendone i presupposti, di riconoscere l'assegno alimentare.

Secondo presupposto per l'accertamento del diritto a percepire l'assegno di mantenimento è la mancanza di redditi adeguati per mantenere il tenore di vita familiare. Si evidenzia che il tenore di vita comprende anche le potenzialità della famiglia, la sua collocazione sociale, e pertanto occorre ricostruire non solo la situazione economico patrimoniale in costanza di matrimonio, ma anche quella del coniuge

richiedente per valutare se questi possa o meno garantirsi quel tenore di vita matrimoniale al netto dei costi.

Problematica la valutazione delle elargizioni erogate dalla famiglia di origine del coniuge richiedente l'assegno. In caso in cui di tali elargizioni sia beneficiario il coniuge richiedente l'assegno, secondo consolidato orientamento di legittimità le stesse devono essere considerate, in quanto, seppure non siano redditi in senso proprio (per esempio non rilevando per l'imposizione fiscale), sono parificati ai redditi ai fini della valutazione della domanda di assegno di mantenimento (Cfr. Cass. n.13026/2014). Le elargizioni della famiglia di origine consentendo al coniuge richiedente l'assegno di continuare a mantenere il tenore di vita familiare possono, qualora se ne accerti la continuità, far venir meno un diritto che sulla carta, valutando le sole disponibilità del coniuge "debole", potrebbe esservi.

Altro tema più volte affrontato, nella giurisprudenza di merito e legittimità, è quello della rilevanza da attribuire al patrimonio immobiliare: ad esempio, la disponibilità, in capo al coniuge richiedente, di un immobile di rilevante valore, destinato però a sua abitazione principale già durante la vita matrimoniale, consente di ritenere che questo coniuge non abbia la possibilità di mantenere il tenore di vita, se non ha altri redditi congrui? La Suprema Corte, in passato, affermava che in questo caso al coniuge "debole" potesse essere riconosciuto un assegno di mantenimento, perché più che il valore dell'immobile, occorreva accertare le disponibilità in capo al coniuge obbligato che, se consistenti, imponevano di evitare che il coniuge richiedente dovesse procedere alla vendita dell'immobile (Cass. n. 5492/2001). Questo orientamento nell'attuale prassi applicativa delle Corti di merito forse sta cambiando. Pur se non è stato indicato uno specifico precedente, la relatrice ha ricordato come in alcuni casi sopposti al suo esame sia stato ritenuto che la moglie, nella specie coniuge debole, potesse mettere a frutto o alienare l'immobile di rilevante valore per ottenere la liquidità necessaria a mantenere il tenore di vita familiare, senza imporre un assegno alla controparte.

È stata segnalata la necessità di compiere un accertamento puntuale non solo sulle poste attive del reddito e del patrimonio delle parti, ma anche sugli oneri gravanti su entrambi i coniugi, che possono incidere anche da lato del coniuge richiedente. Perché? Occorre valutare se in presenza di esposizioni debitorie gravanti sul coniuge richiedente l'assegno di mantenimento, quali finanziamenti, mutui ed ogni forma di esposizione debitoria, la stessa sia stata accesa nell'immediatezza della separazione, poiché questo potrebbe essere un mezzo per far emergere un'incapienza dei redditi, costruita ad arte in prossimità dell'evento separativo. Pertanto, occorre compiere un'attenta valutazione caso per caso, non solo sull'ammontare delle poste attive dei redditi e dei patrimoni, ma anche sulle passività, analizzando data e ragioni dell'esposizione debitoria.

Un elemento ricorrente nella valutazione del diritto a percepire l'assegno di mantenimento è l'analisi della capacità lavorativa del coniuge richiedente (questione per la quale si rinvia alla relazione della Cons. Rita Russo).

Ma come porsi nella valutazione della domanda di assegno di mantenimento formulata da un coniuge che abbia astrattamente i requisiti per chiedere un'indennità pubblica 8si pensi da ultimo al c.d. reddito di cittadinanza⁹, e non la chieda? C'è un obbligo del coniuge richiedente l'assegno, di attivarsi, prima di formulare istanza di assegno di mantenimento, per ottenere sovvenzioni pubbliche? L'eventuale inerzia può ritenersi colpevole e come tale ostativa all'accoglimento della domanda di assegno di mantenimento? La risposta non appare univoca. In scambi con colleghi stranieri, in particolare con colleghi tedeschi, è emerso che in questi ordinamenti il sistema prevede che sia prima il coniuge "forte" ad essere obbligato a fornire il necessario sostegno economico all'altro coniuge, rispetto alla collettività.

Non si pretende, pertanto, che il coniuge potenzialmente beneficiario dell'assegno si attivi per ottenere pensioni o sovvenzioni pubbliche, ritenendo colpevole l'eventuale inerzia. In presenza dei presupposti il primo obbligato a sostenere il coniuge debole è il coniuge separato e non la collettività. Nella giurisprudenza di merito nazionale la questione è ancora aperta.

Tornando all'esame del tenore di vita, la sua esatta determinazione è rilevante a due fini: sia quale parametro per verificare l'inadeguatezza dei redditi del coniuge richiedente, sia per determinare la finalità del contributo, cioè il giudice deve riconoscere un assegno di mantenimento che permetta al

coniuge richiedente che lo ottiene di mantenere il tenore di vita matrimoniale. Come accertare il tenore di vita? La Corte di Cassazione ha fornito valido aiuto ai giudici di merito, affermando, da ultimo nel 2021 (Cass. n. 975/2021, e per tutte Cass. n.6864/2015), che non è necessario un accertamento analitico. Quanto al tema della eccessiva parsimonia, che come detto può occultare forme di violenza domestica, non rileva l'aver tollerato un tenore di vita più modesto, dovendo essere valutato il tenore di vita potenzialmente fruibile in base della disponibilità reddituali e patrimoniali della famiglia (Cass. n.18547/2006).

L'assegno di mantenimento deve soddisfare non soltanto le necessità primaria, ma anche tutte le esigenze di svago, sociali, svolte in costanza di matrimonio (Cass. n. 12196/2017), parametrata al contesto sociale nel quale i coniugi avevano vissuto durante la convivenza (Cass. n. 18175/2012).

Viene sollevato un dubbio: può l'assegno di mantenimento consentire degli accantonamenti? Nella prassi in sede di procedimenti di modifica dell'assegno di mantenimento, a volte accade che analizzando i conti correnti del coniuge che percepisce l'assegno di mantenimento, si rileva che una parte di questo contributo finisce in un accantonamento. Probabilmente la risposta più immediata potrebbe essere negativa, però occorre chiedersi: se questa quota di accantonamento era una quota compatibile con tenore di vita familiare, è ammissibile l'accantonamento? Oppure, l'assegno di mantenimento deve essere pensato e concepito esclusivamente in funzione di spesa, determinando un importo necessario per il coniuge che l'ottiene a mantenere il livello del tenore di vita familiare? A questa domanda allo stato non è possibile fornire risposta univoca, anche considerando la esiguità dell'importo normalmente liquidato a titolo di assegno di mantenimento; raramente nella prassi è possibile liquidare importi elevati che consentano accantonamenti, più spesso l'assegno di mantenimento è di modesta entità.

Un altro aspetto ricorrente nella giurisprudenza di merito e legittimità è connesso alla valutazione dei miglioramenti reddituali e patrimoniali successivi alla separazione. La separazione deve essere considerata come una prosecuzione, con riferimento agli obblighi di mantenimento, del matrimonio; con la separazione non viene meno la solidarietà economica che lega i coniugi durante il matrimonio e che "comporta la condivisione delle reciproche fortune" (Cass. n. 2626/2006; Cass. n.13026/2014). Pertanto, ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento rilevano sia le eredità, sia il trattamento di fine rapporto percepiti nel corso matrimonio e nella fase della separazione, miglioramenti che invece non rilevano nella fase di divorzio. Anche se deve essere segnalata la riflessione in corso nelle corti di merito quanto alla rilevanza dell'eredità, percepita dal coniuge obbligato, sempre meno valutata anche ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento.

Come compiere la valutazione comparativa dei redditi e dei patrimoni dei coniugi separati? Quali redditi rilevano per verificare le disponibilità del coniuge potenzialmente onerato dell'assegno di mantenimento?

Occorre verificare ogni posta attiva del reddito e del patrimonio del coniuge potenzialmente obbligato, al netto degli oneri anche fiscali (Cass. n. 16809/2019).

La giurisprudenza accoglie una nozione molto ampia dei redditi, che ricomprende anche voci di reddito non considerate a fine fiscali. Ad esempio, la rendita INAIL, secondo una sentenza del 2015, deve essere considerata per valutare la complessiva capacità economica dell'obbligato, in quanto pur "avendo funzione compensativa, costituisce un'entrata aggiuntiva" (Cass. n.17667/2015). Rilevano le indennità periodiche, con la sola esclusione dei rimborsi spesa. È possibile reperire giurisprudenza in materia di indennità di lavoro estero dei diplomatici: indennità di diaria, di trasferta, indennità di volo di piloti sono considerate redditi rilevanti per determinare l'assegno di mantenimento (Cass. n. 25181/2010; Cass. n.4531/2010). Non rilevano soltanto i rimborsi spese, per le stesse categorie professionali citate (diplomatici, piloti, assistenti di volo) cioè quelle voci di rimborso che sono finalizzate a coprire spese vive.

Quali sono gli altri elementi che analizzando la giurisprudenza rilevano nella determinazione dell'assegno di mantenimento? La creazione di nucleo familiare da parte dell'obbligato, con la nascita di un figlio; pur non potendosi applicare alcun automatismo la nascita di un figlio incide notevolmente perché fa nascere in capo al coniuge obbligato, un ulteriore obbligo giuridico che nella scala della

gerarchia degli obblighi può ritenersi superiore rispetto agli obblighi di mantenimento verso il coniuge separato.

Non rileva, invece, la creazione, dal lato dell'obligato di una relazione more uxorio, perché in questo caso l'obbligazione di mantenimento del convivente è un'obbligazione naturale, recessiva rispetto all'obbligazione che può vantare il coniuge separato.

Nella giurisprudenza di merito e di legittimità emerge un principio consolidato: l'assegnazione della casa familiare pur essendo finalizzata alla tutela della prole e del suo interesse a permanere nell'habitat domestico costituisce un'utilità suscettibile di apprezzamento economico anche il coniuge separato che ne sia assegnatario (da ultimo Cass. n. 20858/2021). Ma quanto "pesa", in concreto, l'assegnazione della casa coniugale al coniuge beneficiario dell'assegno di mantenimento? La Corte di Cassazione ha ribadito, anche nel 2021, che bisogna considerare questo valore e nelle decisioni di merito si trova sempre il riferimento al valore della casa familiare assegnata al coniuge avente diritto all'assegno di mantenimento, come parametro valutato per la determinazione del quantum del contributo, ma non si rinvergono elementi per indicare come in concreto venga calcolato questo valore. La Presidente ha cercato di indicare possibili parametri: il valore locativo pro quota, determinato con riferimento al valore di mercato, ovvero a parametri rinvenibili in banche dati pubbliche (agenzia delle entrate, OMI etc.). Ma pur in presenza di possibili parametri per la quantificazione è stata evidenziata una lacuna presente nella quasi totalità delle sentenze di merito nelle quali non viene indicato un valore specifico. È stata evidenziata la scarsa attenzione prestata sia dai giudici, sia dalla classe forense, alla quantificazione concreta di tale valore, non vengono forniti dai difensori elementi per la quantificazione del valore locativo, e non vengono indicati calcoli dai giudici nelle decisioni.

Come valutare le elargizioni e le liberalità della famiglia d'origine al coniuge obbligato? Le elargizioni erogate al coniuge obbligato non appaiono avere rilevanza poiché trattandosi di liberalità non possono essere poste a fondamento di un obbligo quale è l'assegno di mantenimento, non possono essere parificate a redditi (Cass. n.10380/2012).

Analogamente a quanto rilevato analizzando gli accertamenti da compiere per valutare la situazione reddituale e patrimoniale del coniuge beneficiario dell'assegno, anche al momento di verificare la situazione del coniuge potenzialmente obbligato occorre fare attenzione agli oneri: si rilevano cessioni del quinto dello stipendio che compaiono il giorno prima o l'anno prima della separazione. Occorre indagare dettagliatamente sul perché questi oneri sono stati assunti, sulle ragioni per le quali è stato acceso un finanziamento. In mancanza di valida spiegazione in merito alla destinazione del finanziamento ricevuto, ovvero di generiche allegazioni (frequentemente viene allegata la restituzione di somme a parenti ed amici senza prova dell'obbligo sotteso), si presume che le somme ricevute siano nella disponibilità dell'obligato, con conseguente loro valutazione al momento della determinazione dell'assegno di mantenimento come posta attiva presente nel patrimonio.

Un'altra ricorrente omissione dei giudici della famiglia riguarda il calcolo degli oneri fiscali. Gli assegni di mantenimento come gli assegni divorzili hanno una precisa disciplina fiscale, sono redditi per chi li percepisce, che pertanto è obbligato al pagamento delle imposte con un'aliquota corrispondente a quella applicata per i redditi percepiti; ma soprattutto la disciplina fiscale, produce un vantaggio economico per il coniuge obbligato al pagamento dell'assegno, perché questi ha diritto a dedurre il corrispondente importo dal reddito imponibile, con minore peso sui redditi disponibili. L'effetto della disciplina fiscale è da una parte un minore onere netto a carico del coniuge obbligato, che in concreto eroga un contributo di valore inferiore a quello indicato nel provvedimento giudiziale, dall'altro un minor vantaggio per il coniuge beneficiario che percepisce importo minore. Queste riflessioni dovrebbero essere compiute dal giudice della famiglia, perché altrimenti la quantificazione determinata "sulla carta" si tradurrà in una quantificazione iniqua nella realtà.

Una riflessione sui "matrimoni vuoti" nei quali non si realizzi una vera convivenza, e sui "matrimoni brevi". La Corte di Cassazione ha affermato il principio per il quale per i matrimoni brevi (Cass. 1162/2017) è comunque dovuto l'assegno di mantenimento, mentre per i "matrimoni vuoti" nei quali è mancata la convivenza (nella specie matrimonio di 28 giorni, cfr. Cass. n.402/2018) l'assegno di mantenimento non sarebbe dovuto. Forse questi due principi andrebbero ricondotti ad unità, perché

riconoscere assegno di mantenimento nei matrimoni brevi, che non hanno avuto prospettiva di unione e crescita comune, è un risultato iniquo.

In presenza di nuova convivenza more uxorio del coniuge percettore dell'assegno di mantenimento tra qualche tempo gli interpreti potrebbero trovarsi di fronte ad un paradosso: è noto che la questione della incidenza della convivenza more uxorio sul diritto alla percezione dell'assegno divorzile è all'esame delle SSUU. La Corte Cassazione ha di recente affermato che una convivenza more uxorio stabile da parte del beneficiario dell'assegno di mantenimento fa venir meno la solidarietà matrimoniale, e costituisce un punto di rottura con il modello di vita matrimoniale, con conseguente revoca dell'assegno di mantenimento (Cass. n.38871/2018). Ma se le SSUU della Cassazione dovessero prendere delle decisioni in merito all'assegno divorzile, riconoscendo il diritto del coniuge divorziato di continuare a percepire l'assegno di divorzio, pur in presenza di nuova convivenza more uxorio, affermando il diritto a vedere liquidata quanto meno la componente perequativa dell'assegno, potrebbe crearsi un apparente contrasto tra questi due principi. Potrebbe sembrare non coerente da una parte riconoscere un assegno divorzile a chi ha in atto una convivenza more uxorio e dall'altra revocare l'assegno di mantenimento a chi, invece, è ancora legato dal vincolo matrimoniale.

Riguardo alla fase della determinazione e liquidazione dell'assegno di mantenimento mancano parametri di riferimento, sia per verificare in presenza di che entità di sperequazione sorga il diritto alla percezione dell'assegno, sia per la quantificazione dell'assegno. La norma come applicata nel diritto vivente fa riferimento alla sperequazione dei redditi, ma quale deve essere questa differenza affinché sorga il diritto: se la moglie ha redditi per 100, e il marito ha redditi per 200, è sufficiente questa sperequazione per riconoscere l'assegno? Non esistono parametri. Inoltre, una volta ammessa la sperequazione, come calcolare l'entità dell'assegno? È noto che non esistono tabelle di riferimento, analoghe a quelle elaborate in materia di risarcimento del danno non patrimoniale, tentativi sono stati fatti ma non hanno portato a nessun concreto risultato. Nella prassi si tramandano tentativi di fornire riferimenti: la Presidente ha ricordato che quando prese le funzioni, oltre 24 anni fa, l'allora Presidente di sezione aveva tentato di indicare parametri di riferimento ("Se ci sono figli, quantificati tutti i redditi, al netto degli oneri, delle parti si procede così: 1/3 rimane ad un coniuge, 1/3 terzo all'altro coniuge, 1/3 è la quota figli"). Ma un parametro analogo è stato oggetto di ferma censura in una recente sentenza della Suprema Corte emessa nel 2021 (Cass. m.20858/2021). La Corte di Cassazione ha ritenuto che non possa essere condiviso il principio per il quale in presenza di figli, alla moglie assegnataria della casa familiare spetterebbe un assegno di mantenimento pari a circa 1/4 del reddito percepito dal marito, né ha condiviso la pretesa della ricorrente di determinare tale quota in 1/3 della complessiva capacità economico reddituale dell'obbligato; questi criteri sono stati entrambi ritenuti semplicistici ed in contrasto "con la natura concreta e relativa della valutazione richiesta".

Pur condividendo la necessità di evitare semplificazioni tanto rigide, occorrerebbe, secondo la Presidente, stimolare una riflessione per creare dei criteri oggettivi, univoci. La Presidente ha ricordato che quando iniziò ad esercitare funzioni in materia di diritto di famiglia, l'ANM, oltre 20 anni fa, aveva predisposto un questionario al fine di comprendere le divergenze applicative nei procedimenti di famiglia, ne emersero di importantissime, sulle quali occorrerebbe riflettere, perché nel lungo tempo trascorso nessun serio tentativo è stato posto in essere per individuare parametri più oggettivi di quantificazione.

Rinviando alle slides proiettate nel corso dell'intervento e che verranno distribuite tra i materiali, la Presidente conclude ponendo l'accento sull'importanza degli aspetti processuali, e sulla necessità di esercitare con la massima ampiezza i poteri istruttori d'ufficio attribuiti al giudice della famiglia. Premettendo che tutti gli interpreti e gli operatori, sono d'accordo nel ritenere che il giudice assegnatario di procedimenti in materia di famiglia ha poteri istruttori d'ufficio per determinarne l'ampiezza occorrerebbe interrogarsi sulla ratio sottesa alle disposizioni normative che li prevedono. Perché al giudice della famiglia è riconosciuto il potere di disporre indagini di polizia tributaria? Quando si attiva questo potere? La diversa risposta a questi interrogativi e ciò che produce divisioni nella divergente applicazione in concreto dei poteri officiosi da parte dei giudici della famiglia. Per la Presidente tutte le volte che il legislatore attribuisce al giudice poteri d'ufficio ha inteso introdurre una deroga al principio

dispositivo puro, ritenendo con una valutazione ex ante che in quel rapporto è presente una parte in situazione di debolezza. L'attribuzione di poteri d'ufficio al giudice ha il fine di garantire la "parità delle armi" propria del giusto processo, in tutti quei casi in cui vi sia sperequazione tra le parti.

Numerosi sono gli esempi possibili: disciplina a tutela dei consumatori, dei lavoratori, dei minori, degli incapaci. Il giudice deve attivarsi, applicando con la massima ampiezza possibile i poteri officiosi, ed esercitare questi poteri per porre le parti in equilibrio. Pertanto, anche in presenza di allegazioni per così dire "light" occorrerebbe attivarsi. Viene comunque segnalata una diversa posizione di alcuni giudici di merito, che ritengono che le allegazioni necessarie per indurre il giudice ad esercitare i poteri officiosi debbano essere "molto vestite" (per esempio: documenti che attestino la disponibilità di conti correnti o di redditi occulti). La diversa ampiezza delle allegazioni e dei principi di prova che il coniuge richiedente l'assegno deve sottoporre al giudice affinché questi possa attivare i poteri officiosi è elemento che in concreto divide i giudici della famiglia, con la conseguenza di risultati divergenti, perché vi sono giudici come la Presidente che provano ad avvicinarsi alla realtà sostanziale di quella famiglia, a cercare di accertare in concreto il tenore di vita, probabilmente più dei giudici che con un approccio "più civilistico", del tutto legittimo, ad avviso della Presidente non coglierebbero lo spirito che dovrebbe muovere il giudice della famiglia. Richiedendo un'allegazione più forte si finirebbe per imporre una probatio diabolica, in danno di quel coniuge debole che il legislatore ha inteso sostenere, proprio attribuendo al giudice poteri officiosi.

Il Sost. Procuratore Generale Giacalone, conclusa la disamina del tema dell'assegno di mantenimento in sede di separazione sotto il profilo della giurisprudenza di merito, illustra brevemente l'oggetto della trattazione propria del versante Cassazione, incentrata sulle questioni definitorie, circa l'assegno di separazione ed il suo fondamento, in comparazione con quello alimentare; la differenza tra l'assegno di separazione in via giudiziale e in sede di consensuale; la giurisprudenza di legittimità più significativa, la dinamica delle sopravvenienze e modifica dell'assegno, e le differenze anche temporali tra i due assegni.

Interviene, quindi la dott.ssa **Rita Russo**⁴ che, attraverso l'esame di massime della giurisprudenza della corte di cassazione, passa in rassegna alcuni principi fondamentali, sollecitando una riflessione sulla effettiva vitalità, configurazione, ragion d'essere dell'assegno di separazione in un momento storico in cui la separazione sembra essere un istituto decisamente se non superato quantomeno ridimensionato.

La separazione tra coniugi è un istituto che negli anni ha anche perduto la sua configurazione originaria, subendo delle modifiche rilevanti; nasce essenzialmente come uno strumento conservativo che è un rimedio alla intollerabilità della convivenza, e che però lascia aperta ben più di una porta a quella che è la possibilità di riconciliazione tra i coniugi, in questi termini depongono gli istituti della riconciliazione tra i coniugi, e l'obbligo di esperire il tentativo di conciliazione da parte del presidente del tribunale quando i coniugi si presentano davanti a lui per la separazione, che in verità è obbligatorio anche in sede di divorzio, anche se quando si arriva ad una udienza di divorzio, non raramente le parti hanno già anche altre relazioni familiari; ma aldilà di questa annotazione, è chiaro che la separazione nel nostro ordinamento nasce come un istituto che è una estrema ratio, come un momento di disagio che si spera sia temporaneo. L'istituto si è però nel tempo evoluto, di pari passo anche con la riduzione della lunghezza del termine per ottenere il divorzio a seguito di separazione, originariamente di 7 anni, poi di 3 anni, poi ridotto ad 1 anno fino addirittura a 6 mesi nel caso di separazione consensuale. Di conseguenza, oggi, la separazione dei coniugi non è più vista come un momento di stasi, una pausa di riflessione, quanto piuttosto come una sorta di camera di pre-scioglimento del vincolo matrimoniale, ed infatti non di rado si costituiscono nuove famiglie ancor prima che intervenga la sentenza di divorzio, e quindi ci si trova di fronte a due famiglie che corrono parallele, perché da un lato lo status matrimoniale

⁴ Consigliere della Corte di Cassazione.

non si scioglie, dall'altro spesso queste persone in fase di separazione hanno un'altra famiglia. Se abbiamo in mente di aprire ad una visione dell'istituto della separazione un po' diversa rispetto a quella immaginata dal Legislatore del Codice Civile, questo in qualche misura refluisce anche sull'assegno di separazione, ed in genere su come dobbiamo intendere i doveri matrimoniali in questo periodo per così dire conservativo, che poi conservativo non è, perché se da un lato la separazione mantiene il vincolo, dall'altro però l'obbligo di coabitazione viene meno immediatamente dopo l'udienza presidenziale, si attenua l'obbligo di fedeltà, (taluni parlano di sospensione); si atteggia diversamente l'obbligo di assistenza materiale. Così c'è da chiedersi se hanno ancora un valore quegli accordi presi nella vita familiare ai sensi dell'art. 144 c.c.

La Cassazione a tutt'oggi, conferma che l'assegno di separazione presuppone la permanenza del vincolo coniugale e che è correlato al tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio (Cass.n. 17098 del 26/06/2019; n. 5605 del 28/02/2020).

Tuttavia, dieci anni fa sulla base di questo stesso principio la Corte di Cassazione affermava che, se il coniuge svolge attività casalinga, in virtù di accordi, siano essi accordi espliciti, ma anche accordi taciti, conserva il diritto a mantenere la condizione degli accordi matrimoniali assunti in costanza di convivenza. Si vedano, ad esempio, Cass. civ., sez. I, 29/07/2011, n. 16736 e Cass. civ., sez. I, n. 18547 del 25 agosto 2008, ove si afferma che la separazione instaura un regime che tende a conservare il più possibile gli effetti propri del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, anche il "tipo" di vita di ciascuno dei coniugi. Ne consegue che, se prima della separazione i coniugi hanno concordato - o, quanto meno, accettato - che uno di essi non lavorasse, l'efficacia di tale accordo permane anche dopo la separazione.

Le ragioni di questo orientamento risiedono nella rilevata differenza tra la dizione dell'articolo 156 c.c., e quella invece dell'art. 5 legge div., laddove l'art. 156 parla di soggetto che non ha adeguati redditi propri, mentre l'art. 5 parla di soggetto che non ha mezzi adeguati o comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive; quindi l'art 5 pone l'accento sulla necessità che dopo il divorzio l'ex coniuge si dia da fare per non gravare a vita sull'altro ex coniuge proprio perché dopo il divorzio non c'è più quest'obbligo di assistenza, ma sussiste soltanto solidarietà post-coniugale.

Durante la separazione, invece, questo dovere di assistenza persiste veramente in tutta la sua pienezza? cioè, con la piena conservazione degli accordi assunti in sede di matrimonio, chi ha la possibilità di svolgere brillantemente una certa professione, o di venire inserito concretamente nel mondo del lavoro, può veramente continuare a restare ad occuparsi della cura della casa se questo era l'accordo oppure si deve dare da fare per rientrare nel mondo del lavoro?

Se dieci anni fa la giurisprudenza parlava di conservazione degli accordi, oggi, invece, l'attuale orientamento tende ad accentuare quello che è il dovere della persona di cercare di lavorare, e quindi di dimostrare anche di essersi utilmente attivata e proposta sul mercato del lavoro senza poter mettere a frutto le proprie attitudini professionali, utilizzando anche il canone dell'ordinaria diligenza; sul tema vi è una sentenza interessante perché riguarda il caso di una donna che aveva lavorato fino al matrimonio e poi aveva abbandonato il mondo del lavoro per dedicarsi alla figlia (Cassazione civile, sez. I, 21/07/2021, n. 20866). La Corte prudentemente mette l'accento su quella che era la attitudine lavorativa concreta e non astratta, perché l'attitudine al lavoro deve essere concretamente accertata in relazione a quello che è lo specifico caso di specie; però pone il limite dell'ordinaria diligenza. In questa sentenza, come in altre successive, traspare l'applicazione dello stesso principio in uso per i figli maggiorenni, cioè il principio di autoresponsabilità, per cui anche l'avente diritto ad una determinata prestazione di mantenimento deve cercare di non gravare eccessivamente sul soggetto tenuto al mantenimento, quindi ove possibile darsi da fare e non lasciarsi andare ad una colpevole inerzia.

Se questo è vero, è anche vero che c'è in gioco il fattore tempo, perché se una persona è uscita dal mondo del lavoro, è chiaro che sarà necessario, pur avendo titoli da spendere e possibilità, un certo periodo di tempo prima di poter mettere a frutto queste attività lavorative. In particolare, potrebbe segnare uno spartiacque l'udienza presidenziale, poiché tenendo conto del fattore tempo dovrebbe quantomeno ricondarsi un assegno provvisorio per poter organizzare la propria vita, mentre l'inerzia

dovrebbe proporzionalmente rilevare di più se è trascorso un lasso di tempo rilevante dalla cessazione della convivenza.

E si ricordi che, anche se è possibile oggi che la separazione duri pochissimo, è anche possibile che per una ragione o per un'altra i coniugi impieghino del tempo prima di chiedere il divorzio, ovvero decidano di non chiederlo per ragioni personali, e che quindi la situazione della separazione si protragga. Quindi, se da un lato, l'aspetto conservativo potrebbe forse facilmente accettarsi in relazione a quello che è il minor tempo di durata della separazione, per cui il coniuge potrebbe anche accettare per sei mesi o per un anno di continuare a mantenere pienamente l'altro coniuge che pure ha delle possibilità lavorative, chiaramente una volta che cominciano a passare ulteriori quote di tempo rilevanti, si fa sempre più oneroso questo mantenimento, e quindi si può chiedere che si mettano a frutto queste capacità.

Il fattore tempo gioca anche in altro modo, nel senso di rendere obsolete le capacità lavorative della donna che è uscita, caso statisticamente più frequente, dal mondo del lavoro e che si separa dopo un lungo periodo di vita matrimoniale in cui non ha svolto attività lavorativa; per esempio, in un'altra sentenza pure molto recente, la Cassazione conferma, la debenza dell'assegno (Cassazione civile, sez. VI, 10/05/2021, n. 12329), il caso riguardava un assegno di mantenimento per una donna che aveva una formazione assolutamente obsoleta e aveva potuto reperire soltanto un lavoro part-time.

Inoltre, è da chiedersi anche se questa attitudine lavorativa, una volta che venga accertata in concreto, debba incidere sull'an o sul quantum dell'assegno. L'accertamento dell'attitudine lavorativa potrebbe avere una valenza talmente forte da escludere l'assegno di mantenimento se si accerti una colpevole inerzia del coniuge che pur non avendo redditi potrebbe procurarseli facilmente, e sarebbero redditi più o meno pari a quelli dell'altro coniuge? o eventualmente inciderebbe soltanto sul quantum, trattandosi di accertamento fondato su presunzioni e non di un dato matematico, come quello del reddito percepito? La risposta può variare da caso a caso, però sembra che in alcune pronunce si preferisca operare sul quantum piuttosto che sull'an dell'assegno, confermando al tempo stesso il legame con il tenore di vita, e l'attualità del dovere di assistenza materiale, per cui l'assegno di mantenimento va rapportato al tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio. Ciò in quanto, spesso nonostante il coniuge sia in grado di lavorare o lavori, si mantiene la sproporzione tra il tenore di vita che può condurre con i suoi soli redditi e il tenore di vita che invece conduceva grazie ai redditi dell'altro coniuge.

In ogni caso e pur con qualche oscillazione (si veda ad es. Cassazione civile, sez. VI, 19/06/2019, n. 16405) la giurisprudenza più recente, come la sentenza della Corte di Cassazione n. 975 del 2021 conferma decisamente il criterio del tenore di vita; quindi, volendo fare una sorta di primo riassunto di queste considerazioni v'è da dire che seppure il dovere di assistenza materiale trova un limite nel dovere di comportarsi secondo diligenza, resta ancora saldamente ancorato al tenore di vita.

Rese queste premesse si può anche riflettere sulla domanda posta dalla Dott.ssa Velletti: se il coniuge debole fosse nelle condizioni per chiedere un sussidio pubblico, per esempio il reddito di cittadinanza o altro, l'assegno di mantenimento è dovuto, o no? Cioè, viene prima l'assistenza pubblica o il diritto ad essere mantenuto dal coniuge nell'adempimento del dovere di assistenza materiale? Può dirsi che l'assistenza pubblica normalmente ha sempre una valenza sussidiaria, cioè serve per venire incontro, in particolare il reddito di cittadinanza, ma ciò vale anche per altre forme di previdenza pubblica, ai soggetti che non hanno altri diritti da poter far valere, come per esempio un diritto nei confronti di un datore di lavoro, o la possibilità di trovare un lavoro e così anche il diritto a conservare, finché sussista lo status matrimoniale, l'assistenza materiale del proprio coniuge che quindi tendenzialmente dovrebbe escludere il sussidio pubblico.

Ancora, un breve focus anche sulla differenza tra ciò che si può ottenere in sede di separazione giudiziale e in sede di separazione consensuale: è noto che l'assegno di mantenimento è un assegno temporaneo che cessa con il conseguimento dello status di coniuge divorziato; in sede di separazione consensuale però si può ottenere molto di più, non solo un assegno di mantenimento, ma si può anche stabilire, consensualmente, una prestazione "una tantum", e varie attribuzioni patrimoniali, come il diritto ad abitare nella casa familiare anche se non legato alla presenza di figli, minori o economicamente non autosufficienti. Queste non sono necessariamente misure temporanee e pertanto è da chiedersi come le attribuzioni definitive (un capitale, un immobile) incidano in sede di divorzio. La nostra

giurisprudenza è ancora ferma nel dire che sono nulli gli accordi in vista di un futuro divorzio, che l'assegno una tantum in sede di separazione non vale come anticipazione di assegno di divorzio; tuttavia, qui siamo in presenza di attribuzioni patrimoniali permanenti e di un soggetto che arriva al divorzio dotato di mezzi adeguati, a differenza del soggetto che ha solo l'assegno di separazione, che cessa allo scioglimento del matrimonio. Questo a maggior ragione per le attribuzioni patrimoniali che, hanno un intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia, ma anche finalità compensative; le attribuzioni in sede di separazione consensuale sono a vario titolo, e potrebbe in futuro configurarsi la possibilità di compensare anticipatamente anche quello che è stato l'impegno del coniuge nella vita matrimoniale.

Infine, la differenza tra assegno di mantenimento e assegno alimentare, che come noto sono due cose diverse perché l'uno attiene a quello che è il mantenimento del tenore di vita, l'altro alla soddisfazione delle esigenze primarie. È importante ricordare che le esigenze alimentari, in realtà, non sono uguali per tutti, perché l'assegno alimentare non è l'assegno minimo idoneo a sopravvivere che può andare bene per chiunque, perché bisogna tenere conto delle condizioni economiche di chi deve somministrarlo, ed ecco ricomparire il criterio del tenore di vita, e della posizione sociale dell'alimentando; assegno che si può richiedere anche in appello.

In conclusione, sembra giunto il momento di avviare una riflessione, e cioè di chiedersi se la separazione può essere considerata ancora solamente un regime conservativo del matrimonio nei limiti del possibile, o se diventa una fase di pre-dissoluzione del vincolo, o se è entrambe le cose, allora diventa un problema accertare quale delle due componenti possa essere prevalente in ciascun caso piuttosto che l'altro.

Il Sost. Procuratore Generale Giacalone ricorda di esser giunti all'altra fase del dibattito, quella concernente l'assegno di divorzio, che non rappresenta soltanto il confine rispetto all'assegno di separazione, ma è l'argomento che dovranno sviluppare, sotto il profilo della giurisprudenza di merito e sotto quello della giurisprudenza di legittimità, i dottori Geremia Casaburi e Paolo Di Marzio, i quali lo hanno grandemente coadiuvato anche nella progettazione e nella realizzazione del Corso.

Prende dunque la parola il **Dott. Geremia Casaburi**⁵ che ha depositato, rendendola disponibile sul sito della Corte e della SSM, una relazione di carattere giurisprudenziale che tiene conto anche delle sentenze e ordinanze più recenti della Cassazione nonché di molti provvedimenti di merito quasi tutti inediti. Egli, riflettendo sul tema, crede che l'assegno divorzile- quale allo stato disciplinato dalla l. 898\70- sia divenuto una specie di "mostro", uno zombie che crea problemi e difficoltà enormi a tutti gli operatori del diritto, studiosi, magistrati, avvocati; si tratta, anzi, di un unicum ordinamentale, una norma, l'art. 5, 6° comma, legge divorzio invariata da una generazione, vale a dire dalla novella del 1987 (il cui testo, del resto, non si distaccava troppo da quello originario, e parimenti mal scritto, del 1970) ha "subito", in meno di due anni, letture e interpretazioni non solo diverse ma addirittura quasi opposte.

Si è così passati dalla interpretazione risalente alle sentenze delle SSUU del 1990, incentrate sulla tendenziale conservazione del tenore di vita del coniuge economicamente più debole, avente diritto all'assegno, all'arresto della Cassazione del 2017, invece incentrato sulla autoresponsabilità e sulla indipendenza economica (con conseguente riduzione della platea degli aventi diritto, come dell'importo dell'assegno), e infine alla sentenza delle SSUU del 2018, seguita da altre, incentrata nuovamente sulla solidarietà, ma anche sulla funzione soprattutto perequativa e compensatoria dell'assegno stesso.

Da qui una sorta di "scandalo giuridico": interpretazioni diversissime per una norma invariata.

Le conseguenze pratiche operative sono state in questi anni, e lo sono ancora per la verità, gravi.

Vi sono state sentenze di merito, ma anche ordinanze ex art. 9 l. div., pronunciate sotto l'"impero" delle SSUU del 1990, riformate sotto quello, breve ma significativo, della sentenza del 2017, e poi a loro

⁵ Presidente di Sezione del Tribunale di Nola.

volta riformate in Cassazione questa volta “in applicazione” della pronuncia delle SSUU con giudizi di rinvio che provocano a loro volta dei problemi notevoli.

Oltretutto non v'è ancora stata da parte della Cassazione una lettura ferma, univoca di questa disposizione: come subito si dirà la pronuncia delle SSUU, sostanzialmente osservata dai giudici di merito, è spesso disattesa proprio dalla I sezione civile della Corte.

Il riferimento è all'orientamento certo minoritario, ma significativo, che tuttora, talora in termini espliciti, si rifà alla pronuncia del 2017, assumendo (arditamente) che questa non si pone in contrasto con l'arresto delle SSUU (cui, si ricordi, le sezioni ordinarie della Corte devono prestare osservanza).

È allora venuto meno quel pur necessario, fecondo rapporto tra giudici di merito e giudici di legittimità, tanto più essenziale per il “governo” di una previsione tanto importante. Questo cortocircuito che si è determinato danneggia tutti, soprattutto i cittadini, e occorre porvi rimedio.

Appare ormai opportuno un intervento del nostro legislatore, vista l'obiettivo sostanziale mancanza di univoci indirizzi giurisprudenziali, almeno di legittimità.

Si è prima accennato alla circostanza che la sentenza del 2017 non suscitò l'approvazione della gran parte dei giudici di merito italiani, e anzi è probabile che la sentenza delle SSUU del 2018 sia stata determinata anche dai ben diversi orientamenti di una parte significativa della giurisprudenza di merito specializzata.

La giurisprudenza di merito non “ragiona” tanto per principi generali, ma semmai applica e rielabora gli spunti provenienti da quella di legittimità, in funzione delle situazioni pratiche concrete che sono sottoposte all'attenzione del giudice stesso.

D'altronde i giudici di merito, a differenza di quelli di legittimità, hanno di fronte persone, situazioni reali, concrete.

Il dato forse più interessante di questi 3 anni dalla pronuncia delle SSUU del 2018 è che stanno emergendo non dissensi, sebbene ci siano, ma approfondimenti, rielaborazioni, parziali ripensamenti in un'ottica più ampia della pronuncia del 2018.

Così, ad es. accanto alle funzioni dell'assegno divorzile ribadite dalle SSUU, quella assistenziale e quella compensativa-perequativa, sta riemergendo a mò di fenomeno carsico, anche la funzione risarcitoria- sanzionatoria, riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità degli anni Settanta, e poi abbandonata dopo la riforma dell'87 (che però ha conservato il riferimento alle ragioni della decisione).

Ve ne sono tracce, invero, anche in recenti pronunce di legittimità; il tema è stato sviluppato da alcune sentenze del Tribunale di Terni (pres. est. Velletti); questi ha riconosciuto alla parte debole, la moglie l'assegno divorzile, certo in ragione della disparità delle condizioni economiche rispetto al marito, ma anche a causa di condotte disdicevoli di questo nel corso della vita matrimoniale, es maltrattamenti e ostacoli all' accesso al mondo del lavoro (come riscontrato dalla pronuncia della separazione con addebito, oltre che da sentenze penali di condanna).

Tali circostanze hanno inciso almeno sul quantum dell'assegno.

Il Tribunale di Terni, in una altra occasione, ha valutato, ai fini del riconoscimento/quantificazione dell'assegno, la circostanza che il marito aveva abbandonato la moglie, che in totale solitudine aveva dovuto provvedere da sola al mantenimento dei figli, fatto che chiaramente ha incidenza negativa sulla vita sociale e lavorativa della donna stessa.

Tale fattore ha appunto determinato il riconoscimento dell'assegno divorzile in misura maggiore di quello che sarebbe stato altrimenti. In una sentenza della Corte di Appello di Napoli emerge una lettura più restrittiva della rilevanza della funzione sanzionatoria – risarcitoria dell'assegno divorzile, che ha spazio solo in chiave di quantificazione, e che rileva solo in caso di addebito della separazione.

Altre sentenze, ad esempio dei Tribunali di Torino e di Roma, rivelano l'attenzione a una ulteriore funzione dell'assegno divorzile, quella di riqualificazione professionale; dato importante e in prospettiva anche di più, e valorizzato anche nel disegno di legge SISDIC, l'associazione dei professori di diritto civile.

Le SSUU sono state poi chiarissime nel dire che non è sufficiente ai fini del riconoscimento dell'assegno divorzile che ci sia uno squilibrio patrimoniale sensibile tra i coniugi, ma occorre che questo squilibrio patrimoniale sia riferibile alle scelte di vita matrimoniale, scelte anche tacite, per fatti

concludenti, di uno dei coniugi di dedicarsi per esempio alla vita della famiglia, all'accudimento dei figli, in misura maggiore o minore, al lavoro più o meno remunerativo, ma anche scelte di rinuncia ad aspettative e quindi a sacrifici.

La giurisprudenza di merito talora qui ricorre al c.d. accertamento controfattuale (del resto nella sentenza delle SSUU un riferimento al giudizio prognostico ex ante c'è).

Ne segue che il giudice al fine di riconoscere o meno l'assegno, valuta, ovviamente in base agli elementi a sua disposizione, quale sarebbe stata la sorte del coniuge richiedente l'assegno se non ci fosse stato il matrimonio, rischiando però di formulare ipotesi senza base; a riguardo vi è una sentenza del tribunale di Pavia di un paio di anni fa, in cui non si riconosce l'assegno pur a fronte di una situazione di disparità economica notevole, la moglie però aveva ricevuto serie compensazioni dal marito tra cui l'intestazione di beni immobili; inoltre – secondo il tribunale, la donna, laureata in scienze politiche, se anche non si fosse sposata sarebbe divenuta – come dalla stessa prospettato- giornalista: ma si tratta di una attività comunque poco remunerativa.

Si tratta, peraltro, di un giudizio molto opinabile, fondato su mere ipotesi.

Pure discutibile l'orientamento, che pure muove dalle SSUU, che pone eccessivamente l'accento sui sacrifici e sulla perdita di aspettative; potrebbe esservi il caso di persone umili e modeste che non avrebbero mai avuto grandi aspettative di vita, che però pur non avendo rinunciato a molto, si sono occupate della famiglia, e a cui mai si potrebbe negare l'assegno.

Cfr al riguardo una sentenza del tribunale di Venezia, in cui si afferma proprio che il lavoro domestico equivale al lavoro esterno, per cui vi è diritto all'assegno, poco rilevando che la richiedente, priva di titoli di studi, non aveva particolari aspettative da sacrificare.

Altra giurisprudenza riconosce il contributo rilevante alla vita della famiglia anche in condotte "atipiche": il riferimento è alle sentenze romane che hanno riconosciuto l'assegno alla moglie di un ricchissimo professionista, che l'accompagnava nelle occasioni mondane (essenziali anche per lo svolgimento della professione), e ancora alla moglie che aveva aiutato il marito nella istituzione di un trust di diritto straniero (anche per ragioni fiscali).

Tirando le fila dell'intervento, ciò che manca ai giudici di merito sono punti di riferimento fermi, per quanto elastici, provenienti dai giudici di legittimità.

Conclude la prima sessione il **Consigliere Paolo Di Marzio**⁶, con l'intento di definire, nell'ambito del tema assegnatogli, il quadro sistematico dei principi fondamentali disciplinanti i rapporti patrimoniali della famiglia. Il Relatore ha ricordato che la giurisprudenza di legittimità, con la sentenza n. 11504 del 2017, è tornata di nuovo ad interrogarsi sull'assegno divorzile, al fine di individuarne la corretta natura e determinare in quali casi esso dovesse essere riconosciuto, cercando anche di definire un criterio obiettivo da seguire per la sua quantificazione, che potesse risolvere i significativi contrasti che nel tempo erano emersi non solo in seno alla giurisprudenza di merito, ma anche nell'ambito della giurisprudenza di legittimità. La prima sezione della Cassazione, dopo aver precisato che la natura dell'assegno divorzile è 'eminentemente' assistenziale, ha altresì affermato che, in conseguenza del venir meno del vincolo matrimoniale, da allora in poi le parti devono considerarsi come 'persone singole', in quanto con il divorzio «il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente sul piano sia dello status personale dei coniugi, sia dei loro rapporti economico-patrimoniali e, in particolare, del reciproco dovere di assistenza morale e spirituale». Recependo la tendenza giurisprudenziale maggioritaria e guardando alla struttura della stessa previsione normativa, circa la spettanza e quantificazione dell'assegno divorzile per l'ex coniuge, il Giudice di legittimità ha poi prefigurato «un giudizio nitidamente e rigorosamente distinto in due fasi» (c.d. struttura bifasica del giudizio), ovvero un giudizio il cui oggetto è costituito innanzitutto dalla valutazione in ordine all'an debeatur, cui deve necessariamente seguire, «all'esito positivo di tale prima fase», un giudizio sul quantum debeatur volto alla «determinazione quantitativa dell'assegno». In particolare, il giudizio sull'an debeatur deve essere effettuato stimando se il

⁶ Magistrato addetto all'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di Cassazione.

richiedente, che domanda l'attribuzione dell'assegno divorzile, disponga di "mezzi adeguati", o sia comunque in grado di procurarseli, e, in mancanza di precise indicazioni da parte del legislatore, il Giudice di legittimità ha ritenuto di individuare il parametro da utilizzare per l'apprezzamento dell'adeguatezza dei mezzi nell'«indipendenza o autosufficienza economica» dell'ex coniuge economicamente più debole. A dire del relatore, in questo modo, la prima sezione della Cassazione avrebbe percorso la via della standardizzazione dei criteri da seguire, indistintamente valevoli per ogni singola fattispecie.

In questo senso, il parametro del tenore di vita «analogo a quello avuto in costanza di matrimonio», per decenni utilizzato dalla giurisprudenza, secondo la prima sezione della Suprema Corte deve essere superato, risultando per più ragioni «non più attuale». In particolare, l'applicazione di questo parametro di elaborazione giurisprudenziale collide radicalmente con la natura dell'istituto del divorzio, prospettandosi, per così dire, una «indebita 'ultrattività' del vincolo matrimoniale», piuttosto deve valorizzarsi il principio di autoresponsabilità dei coniugi. La Cassazione ha perciò concluso sul punto sostenendo che non è «configurabile un interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'ex coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale. L'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile ... non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli ex coniugi, ma il raggiungimento della indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione – esclusivamente – assistenziale dell'assegno divorzile». L'attribuzione patrimoniale periodica troverebbe il suo fondamento nell'art. 23 della Costituzione, «nel dovere inderogabile di 'solidarietà economica'», il cui adempimento è richiesto ad entrambi i coniugi, quali «'persone singole', a tutela della 'persona' economicamente più debole (cosiddetta 'solidarietà post-coniugale')». L'orientamento giurisprudenziale proposto con la sentenza n. 11504 del 2017 è stato seguito dai giudici della prima sezione della Suprema Corte nelle successive pronunce che si rivelano, sostanzialmente conformi e del tutto sovrapponibili, ma l'intero impianto fin qui delineato era destinato, indi a poco, ad essere travolto dalla pronuncia delle Sezioni Unite, la sentenza dell'11 luglio 2018, n. 18287.

In merito, il relatore ha definito la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione come una 'decisione coraggiosa'. Si tratta di una pronuncia che, a suo avviso, ha indubbiamente compiuto uno sforzo meritevole, oltre che nell'inquadramento sistematico del contesto disciplinare complessivo delle relazioni patrimoniali della famiglia, anche e soprattutto nell'impegno di meglio definire i caratteri dell'istituto dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge. Il massimo organismo della Corte di legittimità ha, infatti, operato dapprima un excursus dei principi e dei valori fondamentali governanti l'istituzione familiare nel nostro ordinamento, affermati dalla giurisprudenza nella vigenza del testo originario dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970, ma anche le sue evoluzioni, giungendo ad esaminare l'attuale quadro normativo di riferimento. Le Sezioni Unite hanno quindi evidenziato come la nuova formula della norma surrichiamata, a seguito della riforma del 1987, abbia previsto l'accorpamento, nella prima parte della disposizione, di tutti i criteri riferibili alla natura assistenziale dell'assegno divorzile, individuati nelle «condizioni dei coniugi» e nel «reddito di entrambi», così come di quello riferibile alla sua natura compensativa: «il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune», ed infine quello attinente alla natura risarcitoria: «le ragioni della decisione». Così facendo, il Collegio ha affermato, in luogo dell'esclusiva funzione assistenziale, la pluralità di funzioni – assistenziale, compensativa, perequativa, risarcitoria o riparatoria – dell'assegno divorzile. Non è poi difficile puntualizzare, per il Consigliere, quale sia il principale pregio della ricordata decisione delle Sezioni Unite.

Tale pregio consiste nell'aver finalmente riconosciuto che la suddivisione del giudizio in due fasi rigidamente distinte, quella dell'an e del quantum debeatur, non costituisce una conseguenza necessaria imposta dal testo della norma di cui all'art. 5 della legge divorzile, ma piuttosto la risultante di una interpretazione dottrinale e giurisprudenziale non obbligata. Sul punto, la Corte di legittimità ha ricordato che in passato l'interpretazione di giurisprudenza e dottrina prevalenti era nel senso che occorresse dividere il giudizio sull'assegno divorzile in due fasi, quella sulla valutazione della spettanza dell'assegno (fase dell'an debeatur) e quella sulla concreta quantificazione del suo importo (fase del quantum debeatur). In questa struttura bifasica, la fase dell'an debeatur avrebbe dovuto risolversi, quale

condizione per l'attribuzione dell'assegno, nel valutare se l'ex coniuge richiedente non disponesse di mezzi adeguati, e non fosse in grado di procurarseli per ragioni obiettive, ma, come osservato espressamente dallo stesso estensore della decisione delle SS.UU., il criterio dell'adeguatezza è di per sé molto vago ed ogni tentativo compiuto dalla dottrina e giurisprudenza per meglio definirne i confini – ricorrendo al parametro del pregresso tenore di vita matrimoniale, o facendo riferimento a quanto necessario per assicurare all'avente diritto un'esistenza libera e dignitosa – ha sortito esiti indefiniti. Il rischio è quello dell'astrattezza, come scritto dalle Sezioni Unite. In definitiva, «le due parti della norma sono state interpretate in modo dicotomico pur essendo legate da un nesso di dipendenza logica testuale che ne impone un esame esegetico unitario. Il giudice dispone sull'assegno di divorzio in relazione all'inadeguatezza dei mezzi ma questa valutazione avviene tenuto conto dei fattori indicati nella prima parte della norma». Ratione per cui, i ricordati criteri, di cui alla prima parte della norma summenzionata, devono essere sempre presi in preliminare considerazione, «in posizione equiordinata» anche nella fase di accertamento del se l'assegno divorzile debba essere attribuito, e non solo in una ipoteticamente diversa fase di quantificazione dell'assegno divorzile.

Altro pregio che può essere senz'altro assegnato alla pronuncia delle Sezioni Unite è quello di aver riscoperto la plurima natura dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge, non negando la sua funzione assistenziale, ma al contempo attribuendo allo stesso anche le funzioni compensativa, perequativa, equilibratrice. In proposito, il massimo collegio della Cassazione non ha mancato di precisare che la natura perequativo-compensativa, è diretta al riconoscimento di un assegno volto a consentire al coniuge richiedente non soltanto il conseguimento dell'autosufficienza economica, bensì il concreto raggiungimento di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate. Così come la funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, anch'essa assegnata dal legislatore all'assegno divorzile, non è finalizzata alla ricostruzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo del coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi. Riequilibrio realizzabile, secondo quanto risulta evidenziato dalle Sezioni Unite, anche attraverso la ripartizione delle pregresse risorse e del patrimonio familiare. Ancora, la ratio garantista del legislatore viene con chiarezza rintracciata nella ricercata esigenza di procedere ad una sempre più piena attuazione del principio costituzionale della uguaglianza dei coniugi, promuovendo una loro sostanziale parità anche sotto il profilo dei rapporti patrimoniali e dei relativi riflessi economici, a salvaguardia di un effettivo rispetto della dignità di entrambi.

Di conseguenza, in una simile ottica, i valori da tenere presenti come fondamentali, anche al venire meno del vincolo matrimoniale, non possono che essere quelli scolpiti nell'art. 29 della Costituzione, alla luce di una combinata lettura con gli artt. 2 e 3 Cost., destinati ad acquistare il senso di riconoscere all'apporto fornito da ciascuno dei coniugi alla comunità di vita familiare la ragione giustificatrice delle pretese perequative e compensative, tali non da risolversi in un'inesistente ultrattività dell'unione matrimoniale, ma semplicemente nel reciproco diritto di ciascuno di essi ad un'adeguata partecipazione a quanto complessivamente costruito insieme durante la realizzata comunità matrimoniale, al fine di affrontare in maniera effettivamente autonoma e dignitosa i successivi separati percorsi di vita. Condivisibilmente, dunque, le Sezioni Unite ritengono di non condividere l'orientamento proposto dalla sentenza n. 11504 del 2017, nella misura in cui si rinviene il fondamento della solidarietà postconiugale, e perciò dell'assegno divorzile, nell'art. 23 della Carta Costituzionale, una norma posta a garanzia delle prestazioni tributarie. Tale fondamento deve essere, invece, opportunamente individuato nel diritto alla dignità e uguaglianza della persona, di cui all'art. 2 e 3 della Costituzione, e nei diritti della famiglia e dei loro componenti, tutelati dall'art. 29 del testo costituzionale. Del resto, l'affermazione della prima sezione della Cassazione, come formulata, rischia di ingenerare dubbi di compatibilità costituzionale, in quanto ben non si comprende perché ad una 'persona singola' dovrebbe essere addossato un dovere inderogabile di solidarietà economica in favore di un'altra 'persona singola'. Sembra possibile ritenere, invero, che se un dovere inderogabile di solidarietà economica possa essere affermato, se ne può parlare in favore non di una 'persona singola'

tout court, bensì di una persona che sia un ex coniuge. Infatti, un assegno divorzile può dipendere solo dall'essere stati coniugi.

Esso è richiesto dalla legge divorzile in favore dell'ex coniuge, e non di una indistinta 'persona singola', ed è pertanto la conseguenza di un legame familiare, non certamente tributario. Occorre pure domandarsi se dalla corretta applicazione del principio di autoresponsabilità discenda necessariamente la tendenziale estinzione di ogni obbligo dipendente dal matrimonio in conseguenza della sua fine. «Il principio di autoresponsabilità vale», infatti, per il coniuge richiedente l'assegno, ma «allo stesso modo deve valere per l'obbligato che, nel contrarre matrimonio, come si è rappresentato ed ha voluto i doveri che ne derivano, si è pure rappresentato la dissolubilità del medesimo e gli effetti che conseguono al divorzio». Appare plausibile, il superamento della concezione fatta propria dalla prima sezione della Cassazione, tendente a riconoscere l'autoresponsabilità e la solidarietà come due valori tendenzialmente antitetici, e le Sezioni Unite sembrano cogliere pienamente il senso di ciò quando evidenziano come il costituire i concreti assetti familiari, frutto di scelte libere e condivise basate sull'autodeterminazione e sull'autoresponsabilità di entrambi i coniugi, tali da imprimere loro condizioni personali ed economiche anche irreversibili, renda il vissuto rapporto di vita comune fonte di diritti inderogabili, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti. Come osservava il prof. Bianca "la tendenza volta a ravvisare nel divorzio lo strumento di liberazione totale del matrimonio ... ha trovato un limite nell'esigenza, alla quale la nostra società è ancora sensibile, di non lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare senza tracce l'impegno assunto con il matrimonio e di abbandonare alla sua sorte chi su tale impegno aveva costruito la propria famiglia". In definitiva, sono proprio queste scelte comuni che finiscono col rappresentare la motivazione di quella declinazione costituzionale del principio di solidarietà, che impone di perseguire l'obiettivo della effettiva garanzia del rispetto della pari dignità dei ruoli di ambedue le parti.

Tuttavia, se è vero che la sentenza ha dei grandi meriti, è altrettanto vero che essa è molto complessa, per questo in dottrina si è giunti a commentare che tra i profili di criticità della decisione, deve annoverarsi "un eccessivo concettualismo", che può portare il giudice del merito a ricavare da questa pronuncia tutto e il contrario di tutto". In proposito, il Dott. ha, ad esempio, fatto notare che le espressioni "funzione perequativa" e "funzione equilibratrice", usate dalle Sezioni Unite in forma congiunta, ma anche disgiunta, possono fors'anche intendersi quali sinonimi, ma riferendosi all'origine etimologica o comunque al significato italiano della parola, il senso del termine perequare sembra essere quello di riportare verso un livello comune, mentre la parola compensare dovrebbe essere intesa come restituire qualcosa rispetto a quant'altro si era perso in precedenza. La giurisprudenza risalente, vigendo il testo originario della norma disciplinante l'assegno divorzile, distingueva invece con una certa chiarezza le diverse funzioni.

Nello specifico, la funzione assistenziale rispondeva all'esigenza di assicurare al coniuge economicamente più debole quanto necessario a vivere in maniera dignitosa. La funzione compensativa, a sua volta, provvedeva alla necessità di garantire un giusto riconoscimento ai sacrifici fatti dal coniuge economicamente più debole che si fosse impegnato nell'interesse della famiglia, anche rinunciando a proprie occasioni di crescita professionale. La funzione perequativa, poi, era volta ad assicurare la conservazione di "un certo equilibrio" nelle condizioni economiche degli ex coniugi, per garantire il rispetto delle legittime aspettative maturate in conseguenza del rapporto di coniugio. Diversamente, nel testo della decisione delle Sezioni Unite la funzione perequativa e compensativa dell'assegno divorzile, pur se riconosciute, presentano caratteri non esattamente definiti, talora risultano accomunate e sovrapposte, laddove le due nozioni non dovrebbero invece essere mescolate. Con riguardo poi alla "funzione risarcitoria" (o riparatoria) dell'assegno divorzile, dipendente dalle "ragioni della decisione", nel ricostruire il quadro normativo, la Cassazione rammenta pure tale funzione, ma non dedica poi specifiche riflessioni a questo parametro di valutazione, in particolare nel dettare il principio di diritto la funzione riparatoria non viene neppure nominata. Come espressamente scritto nel prosieguo dalla sentenza, i criteri appena elencati sono equiordinati, hanno lo stesso rilievo, le Sezioni Unite non indicano, invero, che vi sia una funzione dominante, ma scrivono che «deve affermarsi la preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio ... la norma regolatrice del diritto all'assegno ... attribuisce rilievo alle scelte e ai ruoli sulla base dei quali si è impostata la relazione

coniugale e la vita familiare. Tale rilievo ha l'esclusiva funzione di accertare se la condizione di squilibrio economico patrimoniale sia da ricondurre eziologicamente alle determinazioni comuni ed ai ruoli endofamiliari, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente.

Ove la disparità abbia questa radice causale ... occorre tener conto di questa caratteristica della vita familiare nella valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi». Le espressioni utilizzate sembrano ingenerare illazioni che la funzione perequativa dell'assegno debba essere valorizzata soltanto quando uno dei due coniugi abbia rinunciato a proprie opportunità di reddito nell'interesse dell'altro o, ad ogni modo, per dedicarsi alla famiglia, sicché verrebbe da domandarsi se in assenza di un sacrificio delle proprie opportunità professionali da parte del coniuge richiedente l'assegno, la funzione perequatrice non debba operare, e ne consegua che disparità pure significative nel reddito delle parti non giustificano il riconoscimento di un, anche modesto, assegno di mantenimento, in considerazione di pur legittime aspettative, maturate in conseguenza delle nozze. In senso negativo, bisognerebbe recuperare il concetto di rilevanza anche dell'attività domestica. Non solo. Essendo i criteri equiordinati, non viene chiarito come il giudice di merito debba governare in concreto la valutazione, che è chiamato a compiere, in ordine alla spettanza e quantificazione dell'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge richiedente.

Nell'esprimere il proprio giudizio, infatti, dovrà valutare insieme e comparare tutte le funzioni, o potrà, nel singolo caso di specie, privilegiarne una rispetto a tutte le altre, pur motivando la propria scelta? In questo senso è certamente corretta la scelta delle Sezioni Unite che, recependo con attenzione le richieste del giudice di merito, hanno ritenuto di dover ampliare i criteri che è possibile valutare e valorizzare ai fini della determinazione dell'assegno divorzile, tuttavia a fronte di questo proclama di principio, di fatto, le recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione stanno di nuovo restringendo significativamente il campo proprio a quella componente compensativa, che tende a divenire una componente assorbente.

Su questo argomento, molteplici sono le decisioni di Corte, richiamate dal relatore, a dimostrazione delle problematiche insorte entro la stessa giurisprudenza di legittimità, attestanti differenti posizioni di veduta nell'attuazione dei principi di diritto così come forgiati dalla sentenza n. 18287 del 2018. In questa carrellata giurisprudenziale, il relatore ha segnalato che con l'ordinanza del 23 gennaio 2019, n. 1882, la prima sezione della Corte di Cassazione, chiamata a sindacare la decisione del Tribunale di Asti, premesso che all'assegno di divorzio in favore dell'ex coniuge deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, ha affermato che «la corte del merito si è in concreto attenuta a tali nuovi criteri, laddove ha considerato la sussistenza sia del presupposto assistenziale (mancanza di attività lavorativa) che del criterio perequativo, essendo stato valutato l'apporto della moglie al menage familiare specie riconnesso alla cura del figlio autistico delle parti».

In sostanza, svolta la valutazione comparativa dei diversi criteri, e quindi la stima del contributo fornito dall'ex coniuge alla vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune, il Giudice di legittimità, aderendo pienamente alla ratio decidendi della corte territoriale, ha valorizzato il criterio perequativo, assicurando rilievo, nel caso concreto, all'apporto della moglie al menage familiare riconnesso alla cura del figlio autistico, ma pare verosimile ritenere che una simile condotta più che al criterio perequativo dell'assegno divorzile, possa essere meglio ricondotta al criterio compensativo di un sacrificio che è stato posto in essere. Si rammenta, altresì, il caso sottoposto all'attenzione della Corte di Appello genovese, la quale pronunciandosi sullo scioglimento del matrimonio di una coppia coniugata per anni venti, poneva a carico dell'ex marito l'obbligo di corrispondere all'ex moglie un assegno divorzile mensile stimato in complessivi euro 20.000,00, sulla base del mero rilievo che vi era una rilevante disparità fra le situazioni economiche delle due parti, essendo l'obbligato un top-manager, titolare di redditi estremamente elevati, tali da rendere l'incidenza di detto assegno percentualmente irrisoria, e dunque il relativo onere economico assolutamente sopportabile, senza ignorare l'ulteriore circostanza che la richiedente aveva abbandonato la propria carriera di igienista dentale per curarsi della famiglia, nell'impossibilità di riprenderne agevolmente lo svolgimento o di trovare una utile collocazione nel mondo lavorativo, al momento della pronuncia di divorzio, in considerazione della sua età (cinquantacinque anni) e delle sue non buone condizioni di salute. In risposta al ricorso

dell'obbligato, che ricorreva per cassazione lamentando come l'assegno divorzile, in questo caso, avesse quale finalità quella di conservare il tendenziale tenore di vita goduto dai coniugi in costanza di matrimonio, nonché l'utilizzo di un parametro del tutto sornio di qualsivoglia supporto normativo (vale a dire, quello dell'incidenza percentuale dell'assegno, giudicata modesta, sull'ammontare complessivo dei redditi dell'ex coniuge), la Suprema Corte, con la sentenza del 9 agosto 2019, n. 21234, ha precisato che «ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno divorzile si deve tenere conto della funzione assistenziale e, a determinate condizioni, anche compensativo-perequativa cui tale assegno assolve».

Da ciò consegue che, nel valutare l'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge che ne faccia richiesta, o l'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, si deve tener conto, utilizzando i criteri di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, sia della impossibilità di vivere autonomamente e dignitosamente da parte di quest'ultimo, sia della necessità di compensarlo per il particolare contributo, che dimostri di aver dato, alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge durante la vita matrimoniale» – ed è questo il passaggio della pronuncia che interessa maggiormente per la portata innovativa di quanto sostenuto – «senza che abbiano rilievo, da soli, lo squilibrio economico tra le parti e l'alto livello reddituale dell'altro ex coniuge, tenuto conto che la differenza reddituale è coesistente alla ricostruzione del tenore di vita matrimoniale, ma è oramai irrilevante ai fini della determinazione dell'assegno, e l'entità del reddito dell'altro ex coniuge non giustifica, di per sé, la corresponsione di un assegno in proporzione delle sue sostanze». Quaestio iuris: il criterio perequativo opera o non opera? La sentenza in oggetto, estremamente articolata, nelle sue digressioni precisa che la sussistenza di uno squilibrio economico fra le parti e l'alto livello reddituale dell'obbligato, destinatario della domanda di attribuzione del contributo periodico, «non costituiscono, da soli, elementi decisivi per l'attribuzione e la quantificazione dell'assegno». L'attribuzione e la quantificazione dello stesso «non sono variabili dipendenti soltanto dall'alto (o dal più alto) livello reddituale di uno degli ex coniugi», posto che non troverebbe alcuna giustificazione, neppure alla luce del principio di solidarietà postconiugale, l'idea che il coniuge più ricco sia comunque tenuto a corrispondere all'altro tutto quanto sia per lui “sostenibile” o “supportabile”, «quasi ad evocare un prelievo forzoso in misura proporzionale ai suoi redditi».

Né varrebbe evocare l'esigenza riequilibratrice – che pure si assume essere inerente alle funzioni dell'assegno divorzile – delle condizioni reddituali degli ex coniugi, atteso che tale esigenza era, piuttosto, coerente «nella diversa prospettiva della conservazione del tenore di vita matrimoniale» – un parametro che oramai non ha più cittadinanza nel nostro sistema – «rispetto alla quale il riequilibrio dei redditi costituiva l'esito finale di quel confronto reddituale che costituiva il fulcro di ogni valutazione in ordine alla attribuzione e quantificazione dell'assegno». Se è vero che l'assegno divorzile possa essere riconosciuto anche solo in forza di ragioni compensative, tuttavia esula da qualsiasi finalità di tipo compensativo una quantificazione dell'assegno divorzile parametrata sulla percentuale dei redditi del coniuge più abbiente, dovendo invece parametrarsi, come precisato da ultimo dagli Ermellini, «al contributo personale dato alla formazione del patrimonio comune dell'altro coniuge e alle esigenze di vita dignitosa del coniuge richiedente». Ed è quest'ultimo assunto la risposta al quesito dinnanzi formulato. Merita di essere menzionata anche l'ordinanza del 30 agosto 2019, n. 21926, nella quale si legge che, alla luce della nuova lettura ermeneutica, data dalle Sezioni Unite n. 18987 del 2018, ai criteri contenuti nel comma 6 dell'art. 5 della legge su divorzio, l'assegno divorzile ha una imprescindibile funzione assistenziale, ma anche, e in pari misura, compensativa e perequativa. Pertanto, qualora vi sia uno squilibrio effettivo, e non di modesta entità, fra le condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi, occorre accertare se tale squilibrio sia causalmente riconducibile, in via esclusiva o prevalente, alle scelte comuni di conduzione della vita familiare, alla definizione dei ruoli all'interno della coppia e al sacrificio delle aspettative professionali di uno dei due coniugi. Tuttavia, nell'ipotesi in cui «l'intero patrimonio dell'ex coniuge richiedente sia stato formato, durante il matrimonio, con il solo apporto dei beni dell'altro, si deve ritenere che sia stato già riconosciuto il ruolo endofamiliare dallo stesso svolto e – tenuto conto della composizione, dell'entità e dell'attitudine all'accrescimento di tale patrimonio – sia stato già compensato il sacrificio delle aspettative professionali oltre che realizzata con tali attribuzioni l'esigenza perequativa, per cui non è dovuto, in tali peculiari condizioni, l'assegno di divorzio». Nel

caso di specie, pur non essendo contestato il rilevante squilibrio reddituale delle parti, conseguente allo scioglimento del vincolo matrimoniale, veniva appurato che la richiedente poteva contare su un cospicuo patrimonio costituito integralmente dall'ex coniuge nel corso del matrimonio, aveva la capacità di produrre reddito sia per le considerevoli somme di denaro corrispostele dall'obbligato, sia per le proprietà immobiliari di cui era titolare in qualità di socio, possedeva gioielli di ingente valore, nell'insieme tali da consentirle, non già una mera autosufficienza, bensì un benessere economico ed un tenore di vita elevatissimo. Pertanto, il Giudice di legittimità, pur non negando il ruolo prevalente assunto dalla richiedente nella conduzione della vita familiare, esplicito attraverso la funzione educativa, di cura ed assistenza dei figli, e che questo sia stato il frutto della comune volontà dei coniugi, confermando la decisione della Corte di Appello di Milano, ha escluso, nel caso esaminato, la ricorrenza dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno di divorzio, rilevando che le varie acquisizioni economico-patrimoniali pervenute alla ricorrente durante il matrimonio, e di cui era stata omaggiata dall'ex coniuge proprio allo scopo di preservarle e garantirle anche per il futuro le aspettative maturate, le consentivano comunque di affrontare la fase successiva allo scioglimento del vincolo matrimoniale in condizioni di assoluta agiatezza.

Continuando in questa rassegna giurisprudenziale, con la sentenza dell'11 dicembre 2019, n. 32398, la prima sezione della Corte di Cassazione ha affermato che «i nuovi criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio non risultano condizionati dall'accertamento del tenore di vita godibile durante il matrimonio, operando lo squilibrio economico patrimoniale (elemento fattuale che non può confondersi con il tenore di vita che costituisce il frutto di un giudizio) esclusivamente come una preconditione fattuale, il cui accertamento risulta imposto dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, per potere procedere all'applicazione dei parametri integrati indicati dalle Sezioni Unite in funzione della finalità composita dell'assegno di divorzio». L'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge richiedente e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive non può, infatti, fondarsi sul parametro del tenore di vita, ma deve essere tratto dai criteri contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, ed in particolare dal concreto atteggiarsi dei ruoli endofamiliari nel corso del matrimonio e dell'incidenza del contributo fornito per la conduzione della vita familiare, per la formazione del patrimonio comune e dell'altro coniuge. Nel caso di specie, la Corte di Appello di Trieste aveva riconosciuto in favore dell'ex moglie l'attribuzione dell'assegno divorzile, fondando la propria decisione sull'età della beneficiaria (sessant'anni) e sulla sua invalidità (al 60%).

Comparando le situazioni economico-patrimoniali delle parti, il giudice di merito rilevava pure che la richiedente possedeva solo una casa di abitazione dove viveva che, conseguentemente, non era produttiva di reddito, mentre l'obbligato disponeva di capacità patrimoniali costituite da cespiti immobiliari e titoli non paragonabili ai modesti risparmi e al patrimonio immobiliare della richiedente.

L'assegno veniva, però, disposto in relazione al tenore di vita goduto durante il matrimonio, senza aver cura di considerare la deliberata mancata attivazione della beneficiaria nella ricerca di una nuova occupazione, dopo essersi volontariamente dimessa dall'ottima posizione ricoperta in precedenza e dopo aver rifiutato una proposta lavorativa con la previsione di uno stipendio elevato. La Suprema Corte, cassando la decisione di secondo grado, ha chiarito che «la comparazione tra le situazioni economico-patrimoniali e reddituali delle parti non costituisce, come nel pregresso orientamento fondato sul parametro del tenore di vita, il fattore primario dell'attribuzione dell'assegno di divorzio, ben potendo non operare come elemento determinante in funzione dell'accertamento del diritto, ove gli altri indicatori (la durata del matrimonio, l'età, le ragioni della decisione) ed in particolare la concreta conduzione della vita familiare, conducano a ritenere che lo squilibrio fotografato dal quadro comparativo economico-patrimoniale e reddituale non sia stato determinato o favorito dalle scelte comuni cui è stata improntata la vita familiare, da accertarsi anche presuntivamente sulla base del suo effettivo svolgersi, in relazione ai tempi ed ai modi con i quali il contributo degli ex coniugi si è manifestato».

Da ultimo, il relatore ha fatto riferimento all'ordinanza del 28 febbraio 2020, n. 5603, mediante la quale il Giudice di legittimità ha cassato la pronuncia della Corte di Appello veneziana, in quanto a fronte di una adeguata valutazione dei redditi del coniuge onerato dell'assegno, non vi era stato invece alcun accertamento e quantificazione dei proventi effettivamente percepiti dal coniuge richiedente con

l'attività svolta in nero, né tanto meno era stato valutato il contributo fornito dall'ex coniuge alla realizzazione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e di quello personale dell'altro coniuge. Il giudice di seconde cure, in sede di attribuzione e quantificazione dell'assegno, aveva applicato un principio giurisprudenziale oramai superato, quello dell'inidoneità dei guadagni derivanti da un'attività irregolare e saltuaria a consentire alla richiedente di mantenere un tenore di vita tendenzialmente analogo a quello tenuto in costanza di matrimonio. La prima sezione della Corte di Cassazione ha ritenuto fondate le censure sollevate dal coniuge obbligato, in quanto «l'assegno divorzile in favore dell'ex coniuge ha natura assistenziale, ma anche perequativo-compensativa, discendente direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, che conduce al riconoscimento di un contributo volto non a conseguire l'autosufficienza economica del richiedente sulla base di un parametro astratto, bensì un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella vita familiare in concreto, tenendo conto in particolare delle aspettative professionali sacrificate, fermo restando che la funzione equilibratrice non è finalizzata alla ricostruzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi». In definitiva, il Consigliere ha evidenziato che, all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite n. 18287 del 2018, confrontando tutte le pronunce appena illustrate, la sensazione è nel senso che, all'atto pratico, la tendenza della Cassazione sia nel senso di sostituire il rigettato criterio della autosufficienza economica, rectius adeguatezza dei mezzi, quale parametro da valorizzare nella determinazione e quantificazione dell'assegno divorzile, con il criterio, quasi esclusivo, della natura compensativa del contributo personale ed economico dato dall'ex coniuge alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune.

Non va, infine, trascurata l'affermazione delle Sezioni Unite – sulla quale, però, il relatore ritiene opportuno non indugiare – secondo cui, per effetto dei nuovi principi espressi con la sentenza n. 18287 del 2018, il diritto italiano si sarebbe allineato con le scelte effettuate dagli altri Paesi europei, in materia di assegno divorzile in favore dell'ex coniuge, posto che il diritto di famiglia non figura fra quelle materie per le quali, in particolare nell'ambito dell'Unione Europea, si è ritenuto di concordare la previsione di principi giuridici comuni ai diversi ordinamenti giuridici nazionali, e considerato altresì che nei Paesi europei, aventi un ordinamento giuridico assai simile al nostro, risulta molto diffuso l'istituto dell'assegno di divorzio di durata temporalmente limitata, la cui previsione si è sinora ritenuto non essere consentita dalla normativa nazionale, sicché appare davvero difficile rinvenire quelli che potrebbero essere i principi comuni cui il nostro diritto si sarebbe ora avvicinato.

In conclusione, dall'analisi critica alla sentenza delle Sezioni Unite n. 18287 del 2018 e alle sue successive applicazioni, sono emerse una serie di problematiche rimaste ancora irrisolte e che si auspica vengano chiarite, al fine di fornire al giudice di merito una bussola che gli permetta, in futuro, di orientarsi con sicurezza in ogni singola fattispecie venga ad imbattersi. Si tratta di una materia, quella del diritto di famiglia, particolarmente difficile ed ostica, in ragione delle innumerevoli variabili che essa può presentare, perciò una volta dettato il principio guida universale, occorre poi procedere con la massima prudenza caso per caso, prescindendo da qualsivoglia inutile generalizzazione.

Seconda sessione - giovedì 16 settembre 2021

Coordinamento: Dott.ssa V. Piccone – Dr. G.A. Chiesi

Il mantenimento dei figli e l'abitazione familiare nella crisi della coppia genitoriale

La seconda sessione del corso è stata introdotta dal **Dr. Gian Andrea Chiesi**⁷.

La sessione prevede una relazione introduttiva del **Prof. Roberto Calvo** ed i consueti dialoghi tra merito e legittimità, sui temi del mantenimento e assegnazione della casa familiare. L'ultimo dialogo previsto a chiusura dei lavori mattutini, si soffermerà sull'esame dei profili processuali e probatori.

⁷ Magistrato del Massimario della Corte e componente della Struttura di Formazione decentrata.

La prima relazione è affidata al **Prof. Roberto Calvo**⁸ il quale evidenzia come la gestione e la regolamentazione del diritto di abitazione o di cosiddetta abitazione, la quale pare non avere nulla a che fare con l'abitazione regolata dal terzo libro del Codice civile, presenti una duplice disciplina. Unico caso in cui un medesimo istituto ispirato da una medesima vicenda è regolato in due diverse norme. La fattispecie dell'assegnazione della casa familiare nell'ambito della crisi di coppia è regolata o dall'art. 337 sexies c.c. o dall'art. 6, sesto comma, L. 898/1970 (legge sul divorzio), duplicazione non perfettamente simmetrica in ordine al contenuto e soprattutto riguardo il profilo della pubblicità immobiliare.

È doveroso fare chiarezza su come questa “doppia anima” della disciplina si sia evoluta negli anni a partire dalla successione, in questa materia, delle fonti normative dal 1975 ad oggi.

Muoviamo, perciò, dalla norma del 1975 (legge di riforma sul diritto di famiglia) la quale ha modificato l'art. 155 c.c. introducendo il quarto comma e riconoscendo il diritto di abitazione della casa familiare a favore del coniuge –nell'ambito di una separazione giudiziale– cui vengono assegnati i figli.

Questo neo diritto di assegnazione di casa familiare veniva attribuito al coniuge in virtù di un criterio di preferenza, giammai riferendosi il legislatore ad un criterio di esclusività.

Rimaneva, così, scoperta l'area legata allo scioglimento del vincolo matrimoniale poiché l'art. 6 dell'allora vigente legge sul divorzio non aveva ancora subito modifiche sul punto. Questa poca coerenza di discipline portò ad affermare che la sopravvenuta sentenza divorzile faceva decadere, ipso iure, il provvedimento di attribuzione della casa familiare al coniuge affidatario, contenuto nella statuizione di separazione.

Passati tre anni dalla riforma del 1975 interviene la legge sulle locazioni la n. 392/1978 che ha inserito all'art. 6 il diritto a favore del coniuge sopravvissuto di succedere all'altro coniuge nell'ambito di una sopravvenuta vicenda divorzile (ove quest'ultimo fosse titolare del diritto di abitare in virtù di un rapporto di locazione con il proprietario dell'immobile). Questa estensione, seppur limitata alla successione nel rapporto di locazione, ha persuaso gran parte della letteratura e poi la giurisprudenza a ritenere che l'art. 155, quarto comma, c.c. potesse estendersi al divorzio in modo da favorire una razionalizzazione delle fonti normative e superare la disparità di trattamento tra separazione e divorzio.

La letteratura giuridica si è soffermata sulla natura del diritto di abitazione rispetto alla tradizionale *habitatio*.

Secondo l'orientamento dominante che prevalse poi nella giurisprudenza anche di legittimità, l'accostamento era prettamente nominalistico e il diritto di abitazione aldilà dell'assonanza verbale non era nient'altro che un diritto atipico, non essendo disciplinato espressamente da nessuna fonte normativa. Classificato come un diritto atipico di godimento che consente la tutela prevalentemente dei figli nell'ambito della crisi di coppia.

La particolarità è che ci troviamo di fronte ad un diritto personale di godimento che nasce per effetto di un provvedimento giurisdizionale. Contratto che nasce imperio iudicis. Non si tratta di una novità assoluta come vediamo, ad esempio, nell'esecuzione forzata in forma specifica del preliminare non adempiuto.

Il problema, all'indomani della legge del '78 sulle locazioni, riguardava l'opponibilità erga omnes del provvedimento costitutivo del diritto personale atipico di godimento. Nel nostro sistema giuridico la pubblicità immobiliare si basa sulla rigorosa tipicità delle fattispecie e non essendoci all'epoca una regola che consentisse la trascrizione del provvedimento, ne conseguiva l'inopponibilità del diritto di godimento in questione al terzo acquirente, nel caso in cui il coniuge titolare separato intendesse alienare la casa familiare. Non si credeva neppure applicabile la regola di tradizione romanistica di cui all'art. 1599 c.c. in tema di locazione.

Il nodo interpretativo veniva così sciolto dall'interprete tramite l'utilizzo della disciplina tipica della locazione.

Date tali premesse, si affermava che all'epoca il legislatore aveva fatto prevalere le ragioni della proprietà rispetto a quelle della famiglia, e più correttamente, rispetto alle ragioni della prole.

⁸ Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università degli studi della Valle D'Aosta.

Riassunta tale breve cronistoria, si giunge alla legislazione attuale del 1987 che riforma gran parte della legge sul divorzio e che introduce espressamente il sesto comma dell'art. 6 della legge del 1970, oggi vigente, muovendo dal modello codicistico dell'art. 155, primo comma, c.c., estendendo la medesima disciplina, sempre fondata sul criterio della preferenza come criterio di attribuzione della casa familiare, all'ex coniuge cui vengono affidati i figli o con il quale i figli medesimi convivono oltre la maggiore età.

La novità determinante di questa nuova disciplina è la previsione della opponibilità ai terzi e relativa trascrivibilità del provvedimento giudiziario costitutivo del diritto personale di godimento all'assegnatario della casa familiare ai sensi dell'art. 1599 c.c.

Peraltro, l'estensione dell'art. 1599 c.c. ha consentito di affermare in modo assai pacifico, pur in assenza di pubblicità della sentenza definitiva divorzile, l'opponibilità al terzo acquirente del diritto medesimo, ma nel limite novennale del terzo comma del citato articolo.

A questo punto l'art. 155, quarto comma, c.c. vigente all'epoca delle modifiche apportate alla legge sul divorzio dalla norma dell'87', non prevedeva la pubblicità nel procedimento di separazione del provvedimento costitutivo del diritto di godimento. Entra in gioco la Corte costituzionale che con la sentenza n. 454 del 1989 ha dichiarato l'incostituzionalità del quarto comma dell'art. 155 c.c. nella misura in cui non prevedeva la pubblicità sancita invece dal riformato sesto comma dell'art. 6 della legge sul divorzio. Si estende, così, il principio della pubblicità anche nell'ambito della separazione giudiziale.

Entra poi in gioco la riforma del 2013 che ha introdotto l'art. 337 sexies c.c.: una disciplina, per quanto riguarda i rapporti con i figli, onnicomprensiva che si estende non solo alla separazione ma anche al divorzio e ai rapporti more uxorio.

Tale disposizione ha confermato il principio della priorità, nell'attribuzione della casa familiare, all'interesse dei figli e ha introdotto una regola volta a verificare o approvare quale riflesso abbia l'attribuzione dell'abitazione sotto il profilo dei rapporti patrimoniali tra genitori e non già tra coniugi.

Ha previsto, inoltre, l'estinzione del diritto di abitazione in caso di cessazione dell'abitazione o nuovo matrimonio o convivenza del coniuge affidatario. Infine, ha previsto, ed eccoci di fronte all'asimmetria con il sesto comma dell'art. 6 della legge del 70' sul divorzio, la trascrivibilità del provvedimento rinviando, come criterio normativo volto a specificare in base a quale fattispecie la trascrizione avviene, all'art. 2643 c.c. senza richiamare il 1599 c.c.

La dottrina ha proposto due interpretazioni, una più tranchant e minoritaria che è quella dell'abrogazione tacita del sesto comma della legge sul divorzio e la tesi, oggi dominante, che tende ad affermare il criterio della c.d. armonizzazione tra le due fonti normative.

Si è affermato che il modo per razionalizzare le due norme è muovere dall'identità assiologica dei bisogni che sia il sesto comma della legge sul divorzio sia il 337 sexies c.c. tendono ad appagare. Questo porta a ritenere che vi sia un richiamo implicito all'art. 6 menzionato e dunque anche all'art. 337 sexies c.c. debba applicarsi la regola dell'emptio non tollit locatum.

Vi è, inoltre, il problema di un altro diritto personale di godimento che spesso viene in considerazione nelle vicende della crisi familiare che non è stato espressamente richiamato o regolato, il problema del comodato. Abbiamo dato, fin qui, presupposto che il godimento della casa familiare sia stato legittimato sulla base o di un preesistente contratto di locazione o sulla base che uno dei due coniugi era il proprietario esclusivo e l'altro collocatario dei figli. La questione sorge quando i coniugi, o uno dei due, sia titolare del diritto di godere della casa familiare in forza di un contratto di comodato.

La Cassazione a Sezioni unite n. 20448 del 2014 ha accolto la tesi della novazione soggettiva del contratto, affermando che anche se c'è comodato questo non impedisce l'applicazione del 337 sexies c.c. In tal senso, il giudice si pronuncia attribuendo al coniuge affidatario, non già titolare del contratto di comodato, il diritto di abitazione modificando così il contratto imperio iudicis.

Si pone l'esigenza di accertare la natura della base negoziale, posto che, il giudice rappresenta un terzo rispetto al contratto e potrebbe toccare il medesimo solo se previsto dalla legge, qualora il comodante abbia attribuito al comodatario e quindi a uno dei due coniugi, l'alloggio perché abitasse la famiglia sul presupposto che questa non subisse la rottura (che si risolve nella separazione o divorzio).

Ciò implicherebbe un venir meno della base negoziale e l'estinzione del comodato rispetto alla quale il giudice non potrebbe modificare il contratto stesso.

Fino ad ora abbiamo parlato di comodato il cui termine sarebbe regolato in base alla durata del rapporto di coppia, termine non espressamente convenuto, ma definito per relationem. Nulla esclude che le parti abbiano previsto un precario cioè un comodato senza termine né con termine determinabile per relationem. A questo punto, non vi sarebbe alcun dubbio nel sostenere che ancorché il giudice modifichi con novazione soggettiva il contratto, il comodante possa sempre recedere ad nutum.

Il provvedimento che attribuisce la casa al coniuge affidatario ove il godimento si fonda su rapporto di comodato è attribuibile alla disciplina locatizia per quanto riguarda la pubblicità immobiliare e opponibilità a terzi? La risposta è negativa, innanzitutto perché mai nessuno ha messo in dubbio la portata eccezionale della disciplina del 1599, terzo comma, c.c. che ne impedirebbe l'estensione, vige inoltre il principio di tipicità degli atti trascrivibili, ciò a meno che non sia stato previsto, all'interno del comodato, un patto di rispetto che renderebbe opponibile il diritto di godimento a terzi acquirenti.

Esistono perplessità in ordine a due precedenti della Cassazione la sentenza n. 17971 del 2015 e 7007 del 2017.

Entrambe concernono l'opponibilità al terzo acquirente del provvedimento di assegnazione della casa familiare. Questi due arresti di legittimità hanno affermato che il provvedimento sia opponibile al terzo quando il medesimo sia sopravvenuto rispetto all'acquisto.

Non esiste un diritto di godimento che sia opponibile ipso iure a chi per primo trascrive.

Con la sentenza n. 9990 del 2019 la Cassazione ha rimesso le cose a posto richiamando sul punto un autorevolissimo precedente delle Sezioni unite, la sentenza n. 11096 del 2002, laddove affermava che il principio dell'opponibilità del provvedimento si fonda sempre sul presupposto della data certa o priorità della trascrizione e mai il provvedimento del giudice può essere opposto all'acquirente che ha trascritto il titolo antecedentemente rispetto alla trascrizione del provvedimento medesimo.

Due ultime considerazioni: il fondamento che il diritto di abitazione presenta è di natura giusnaturalistica, secondo il quale i figli vengono tutelati assicurando la permanenza degli stessi nell'habitat familiare, ciò poggia su un diritto naturale, ingenito del figlio ad avere una situazione familiare tale da consentirgli di crescere adeguatamente. È corretto, allora, l'orientamento dominante che trasforma l'avverbio "prevalentemente" in "esclusività". Solo quando c'è affidamento dei figli il coniuge ha diritto ad ottenere l'abitazione.

Apri la successiva relazione in merito al mantenimento dei figli il **Cons. Tania Hmeljak**⁹.

Sebbene l'argomento in oggetto non presenti elementi così problematici come quello dell'assegno per il coniuge o assegnazione della casa coniugale, emergono, tuttavia, diversi aspetti controversi soprattutto per quanto riguarda il mantenimento del figlio maggiorenne.

Nell'ambito, dunque, della crisi familiare si presenta il problema del mantenimento dei figli, visto che c'è sempre un coniuge, che non è il coniuge presso cui hanno una collocazione prevalente, che deve adempiere a questo suo dovere mediante il versamento di un assegno. Assegno che deve essere proporzionato e valutato per entrambi i coniugi in relazione al reddito di ciascuno tenendo conto di determinati parametri stabiliti dall'art. 337 ter, quarto comma, c.c.

Ci si chiede, allora, fino a quando debba durare il mantenimento dei figli e se questo cessi o continui con il raggiungimento della maggiore età. Secondo l'orientamento tradizionale questo dovere di mantenimento non cessa con la maggiore età ma quando viene raggiunta l'indipendenza economica.

L'articolo dedicato a questo istituto è il 337 septies c.c. che ha sostituito, riproducendolo, l'art. 155 quinquies c.c. introdotto dalla L. n. 54/2006. Il 337 septies prevede che: "il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico". Valutate le circostanze, bisogna verificare se il figlio ha terminato un percorso di studi e soprattutto se ha trovato un'occupazione corrispondente alla sua capacità e alla sua istruzione,

⁹ Consigliere della Corte di Appello di Palermo.

a meno che non ricorrano dei casi, che approfondiremo successivamente, per cui i genitori devono ritenersi esonerati dal mantenimento.

Il legislatore, dunque, non ha previsto una soglia di età determinata, ma ha lasciato al giudice la possibilità di verificare, in concreto, se ricorrano i presupposti per considerare il figlio economicamente indipendente. Il concetto di indipendenza economica, si riferisce all'occupazione e alla possibilità di lavoro ottenute dal figlio. Vi sono diversi orientamenti sui quali la giurisprudenza si è espressa in merito al perdurare dell'obbligo di mantenimento.

Ad esempio, tutti quei contratti che prevedono una continuazione della formazione del ragazzo, come i c.d. contratti di apprendistato o le borse di studio correlate a dottorati di ricerca, non sono stati ritenuti sufficienti per considerare raggiunta l'indipendenza economica; così anche i contratti a termine a tempo parziale, che recentemente la Cassazione ha ritenuto non adeguati a tale fine.

In altri casi, tuttavia, per quanto riguarda sempre i contratti a termine, la Cassazione si è espressa favorevolmente, nel senso che se un contratto è a termine ma con prospettive di rinnovo e guadagni adeguati, come i contratti stagionali, oppure nel caso di formazione specialistica dei medici specializzandi o anche in caso di part-time a tempo indeterminato, in tali casi si considera raggiunta un'adeguata capacità economica del figlio e quindi si propende per una revoca del mantenimento.

Recentemente la Corte di Cassazione, nella nota sentenza n. 17183 del 2020, ha affermato che l'indipendenza economica può sussistere anche qualora il figlio ha la possibilità di conseguire un titolo sufficiente ad esercitare un'attività lucrativa, affermazione che contrasta anche con pronunce precedenti in cui si è stabilito che il mero conseguimento di un titolo di studio non è sufficiente ad escludere l'obbligo di mantenimento, dovendosi considerare un termine minimo per trovare un'occupazione, non necessariamente corrispondente al percorso formativo effettuato ma comunque sufficiente per ritenere il figlio autonomo.

Il percorso formativo del figlio deve essere valutato in relazione alla possibilità di reperire una concreta occupazione.

Fatte tali premesse, al di là del percorso di studi e del reperimento di un'occupazione, vi sono altri casi che escludono il dovere di mantenimento del genitore quando si ricollegano ad un comportamento negligente del figlio.

La cessazione, invero, del mantenimento dei figli maggiorenni deve essere fondata su un accertamento di fatto che non riguarda solo l'età e l'effettivo conseguimento di un adeguato livello di competenza professionale e tecnica, ma anche l'impegno che il figlio rivolge verso la ricerca di un'occupazione e comunque la sua condotta complessiva.

Con l'avanzare dell'età è chiaro che il diritto del figlio a percepire il mantenimento dai genitori si affievolisce e sul punto alcuni giudici di merito hanno utilizzato il termine di "presunzione di colpevole inerzia". È sufficiente, perciò, che il genitore obbligato alleggi l'età avanzata del figlio e la mancanza di una qualsiasi ricerca da parte dello stesso di un'attività lavorativa, per ritenere provati i presupposti per escludere il suo mantenimento. Questo perché vi è una forte correlazione tra il diritto al mantenimento e il diritto - dovere all'istruzione e formazione del figlio, legata al principio di autoresponsabilità: ciò che la Cassazione pone come limite al diritto di mantenimento.

Volendo fare alcuni brevi cenni conclusivi sull'onere della prova, occorre richiamare la già menzionata sentenza della Suprema Corte n. 17183 del 2020, nella quale si afferma che il diritto al mantenimento cessa con il raggiungimento della maggiore età. Tale affermazione si scontra sia con l'orientamento tradizionale sia con una lettura sistematica della normativa in materia.

La Suprema Corte, di conseguenza, utilizza il parametro dell'età come criterio per ritenere cessato il diritto al mantenimento e sostenere, dunque, la regola dell'inversione dell'onere della prova.

Siccome l'obbligo al mantenimento cessa con la maggiore età, è il figlio beneficiario o il genitore con lui convivente che deve provare la persistenza della sua dipendenza economica.

Tale orientamento pone dei problemi di coordinamento tra la disciplina civilistica e quella penale: è noto che anche a seguito del raggiungimento della maggiore età persistono degli obblighi da parte del genitore onerato che hanno rilevanza penale (vedi l'art. 570 bis c.p.). Permane il problema di coordinamento anche in relazione alla possibilità di agire in sede esecutiva. Il figlio, raggiunta la

maggior età, potrà mai azionare nei confronti del genitore obbligato il titolo incorporato nel provvedimento che dispone il suo mantenimento quando era minorenne? O il raggiungimento della maggior età fa venire meno anche questo titolo?

In realtà, una lettura sistematica della norma, come già osservato, impone di non distinguere la posizione del figlio minore o maggior di età, poiché diverse norme, dall'art. 315 bis c.c. e ss., non distinguono le due posizioni; l'art. 337 septies c.c. non costituisce un nuovo diritto, ma semplicemente regola i casi in cui questo diritto si estingue o le modalità con cui il mantenimento può essere versato.

Infine, la sentenza citata utilizza un ulteriore principio a sostegno dell'inversione dell'onere della prova e, cioè, quello di "prossimità" o "vicinanza" della prova. Soltanto il soggetto che ha la possibilità di accedere a determinate informazioni può fornire la prova di determinati fatti.

Appare chiaro che le difficoltà che hanno indotto la Suprema Corte ad invocare tanto il principio di "prossimità" della prova quanto il principio di cessazione dell'obbligo di mantenimento al raggiungimento della maggior età, possono essere facilmente superate dall'utilizzo della prova presuntiva.

L'avanzare dell'età del figlio dà la possibilità al genitore obbligato, non collocatario, di allegare semplicemente questo dato, affinché sussista la presunzione di colpevole inerzia dalla quale scaturisce l'obbligo, questa volta del figlio, a dover provare le ragioni per le quali non è ancora riuscito a concludere gli studi o non è riuscito ancora a reperire un'occupazione. Malgrado i contrasti della giurisprudenza di legittimità, prima esposti, si può concludere che su un punto la giurisprudenza è univoca: la valorizzazione dell'impegno del figlio maggiorenne nell'attività di studio, di formazione e nella successiva ricerca di un'occupazione e il biasimo per qualsiasi forma di rendita parassitaria.

Sotto il profilo della giurisprudenza di legittimità, il **Cons. Francesca Ceroni**¹⁰, interviene sul tema da ultimo in discussione, soffermandosi sulla "prossimità" della prova.

Sostiene che tale criterio deve essere quantomeno bilanciato con quella che è la situazione di svantaggio processuale del giovane adulto sul quale graverebbe la prova del perdurare del suo diritto al mantenimento.

Rimane perplessa sulla possibilità di tirar fuori, proprio nel giudizio che verte su diritti indisponibili, il criterio della "prossimità" della prova che invece è stato enucleato per i diritti patrimoniali.

Ritiene non sia condivisibile l'affermazione del collegio contenuta nella sentenza n. 17183 del 2020 secondo la quale il figlio, raggiunta la maggior età, perde automaticamente il diritto al mantenimento, salvo dimostrare al giudice di averne diritto e cita sentenze successive, a tale pronuncia, che invece mantengono fermo l'obbligo al mantenimento con il raggiungimento della indipendenza economica. Si vedano la n. 29977 del 2020 e la 20202 del 2021.

La domanda da porsi è la seguente: se il figlio maggiorenne non diventa mai economicamente autosufficiente significa che i genitori dovranno per sempre mantenerlo?

C'è un limite che il legislatore dovrebbe stabilire in via autonoma e astratta. Se il legislatore non adempie a tale necessità, allora il giudice della nomofilachia con un rigore granitico dovrebbe indicare il limite di età oltrepassato il quale si presume l'autosufficienza, affinché si dirimi il contenzioso e si circoscrivono queste oscillazioni giurisprudenziali.

Una giovane donna o uomo a trent'anni debbono poter provvedere a loro stessi, salvo dimostrare, ricadendo legittimamente, in questo caso, l'onere della prova sul giovane adulto, circostanze eccezionali che giustificano ancora il permanere del loro mantenimento.

Quali sono i criteri di riferimento che il giudice di merito e di legittimità devono prendere in considerazione? In primis il criterio dell'età: secondo la giurisprudenza per valutare la spettanza del diritto al mantenimento deve essere utilizzato un rigore proporzionalmente crescente all'età dei

¹⁰ Sostituto Procuratore della Corte di Cassazione.

beneficiari. Criterio che deve essere coordinato con due principi generali: il primo è quello della funzione educativa del mantenimento e il secondo è quello della citata autoresponsabilità.

Il primo principio sta ad indicare che l'obbligo è finalizzato a traghettare il figlio nella società e ad inserirlo nel mercato del lavoro quindi se cessa la funzione educativa, intesa in senso anglosassone, inerente al percorso formativo dell'individuo, cessa anche l'obbligo al mantenimento.

Il secondo principio generale dell'autoresponsabilità significa che ciascuna persona adulta normodotata deve provvedere a sé stessa.

L'evoluzione del diritto vivente, su questi temi (pensiamo all'assegno divorzile), richiama sempre più il principio di autoresponsabilità, che a fronte di questa evoluzione sociale e giurisprudenziale, dovrebbe sempre far fede al principio di solidarietà sociale, diritto di rango costituzionale, e controbilanciare autoresponsabilità e solidarietà.

A tal riguardo, questo bilanciamento, nell'ambito dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti, può tornare utile soprattutto per bilanciare gli interessi e gli obblighi dei figli e del loro genitore. Nella nostra elaborazione dell'an e del quantum del mantenimento del figlio bisognerebbe anche guardare alla situazione economico patrimoniale degli obbligati.

Mentre si dimostra evidente che il percorso formativo scelto dal figlio debba essere in linea con le condizioni economiche dei genitori, la giurisprudenza aggiunge un'ulteriore precisazione: che non ha alcun rilievo la situazione economico patrimoniale del genitore giacché il diritto e l'obbligo de quibus si fonderebbero sulla situazione del figlio e non sulle capacità reddituali del coniugato.

Relativamente alle condizioni economiche dei genitori la dott.ssa Ceroni ricorda un caso concreto citando un passaggio della sentenza n. 17183 del 2020: “valorizzando il riferimento della capacità economica contributiva del genitore l'obbligo va mantenuto se il figlio sta progredendo positivamente sul percorso formativo prescelto comportando tale arricchimento personale anche un indiretto beneficio alla società”, viene sottolineato come in tale passaggio si manifesti il bilanciamento tra principio di autoresponsabilità e di solidarietà.

Altro tema da trattare è quello della legittimazione iure proprio del genitore. Anche qui la giurisprudenza risulta consolidata nel ritenere che il genitore convivente avesse una legittimazione iure proprio concorrente con quella del figlio. La questione è risultata maggiormente complessa nel caso in cui il figlio, crescendo, vada a vivere fuori casa soprattutto per motivi di studio e c'è chi rilevava che non sussistendo più la convivenza il genitore non aveva più legittimazione nella richiesta; in tali casi era il figlio maggiorenne, non più convivente, che doveva chiedere il mantenimento direttamente al genitore.

La Cassazione con sentenza n. 29967 del 2020, su questo tema, ritiene che la madre rimanga legittimata iure proprio nonostante il figlio viva fuori sede all'università per gran parte dell'anno.

Si trattava di una madre che chiedeva l'aumento dell'assegno di mantenimento a carico del padre proprio perché il figlio si era iscritto al primo anno di università fuorisede e aveva delle spese ulteriori. Il Tribunale aveva rigettato la domanda rilevando che l'abitazione del figlio maggiorenne con la madre già affidataria era cessata e che il figlio faceva rientro presso l'abitazione materna solo durante le festività. La Corte d'Appello ha riformato la decisione del Tribunale e ha ritenuto sussistente la legittimazione iure proprio e concorrente della madre a chiedere l'aumento al contributo del mantenimento del figlio e motiva: “il figlio fa sempre capo al genitore con cui coabita per reperire le risorse necessarie per soddisfare le sue esigenze a cui non può provvedere autonomamente”. La Suprema corte conferma la legittimazione attiva del genitore: “pur in assenza di coabitazione abituale o prevalente perché comunque quel genitore provvede materialmente alle esigenze del figlio anticipando ogni esborso necessario per il suo sostentamento presso la sede di studio”.

Quando il figlio è convivente la giurisprudenza è pacifica sulla legittimazione iure proprio del genitore.

Viene, inoltre, menzionata la sentenza n. 17380 del 2017 la quale dichiara che non sussiste nel giudizio litisconsorzio necessario tra genitore richiedente e il figlio. La sentenza n. 32529 del 2018 fa una precisazione ritenendo che il diritto al mantenimento nei confronti del figlio maggiorenne rappresenti un diritto indisponibile la cui rinuncia, pertanto, non sarebbe valida e in nessun caso potrebbe

spiegare effetto sulla posizione giuridica soggettiva del genitore affidatario quale autonomo destinatario dell'assegno.

In ultimo alcune considerazioni de iure condendo.

La prima trae origine proprio da questa ultima riflessione sulla indisponibilità dei diritti. Ritiene che tutti debbano fare lo sforzo insieme a dottrina e avvocati, affinché il legislatore si solleciti nel ritenere che il giudizio ordinario di cognizione risulti insufficiente per riconoscere e disciplinare i diritti indisponibili, sottolineando la diversità ontologica dei diritti in gioco.

La seconda riflessione origina dall'esigenza di deflazionare il contenzioso, aumentando la prevedibilità delle decisioni giurisdizionali al fine di non essere sopraffatti dal contenzioso. Il giudice della nomofilachia dovrebbe fare lo sforzo di dare dei principi chiari trasformandoli in istruzioni formulabili ex ante e che potrebbero davvero dare la possibilità di risultati che sono sempre prevedibili ad un contenzioso che non accenna a diminuire.

Gli interventi della seconda parte della mattinata, relativi al tema dell'assegnazione della casa familiare, sono quindi coordinati dal **Sostituto P.G. Giovanni Giacalone**.

Prende, per primo, la parola il **Pres. Raffaele Sdino**¹¹, il quale afferma che l'istituto dell'assegnazione della casa familiare è un istituto in qualche modo proteiforme perché affonda i suoi presupposti in tematiche di carattere personale - esistenziale e di cui invece le ricadute hanno una natura strettamente economico - patrimoniale. Per convenzione daremo per scontato che la giurisprudenza di merito in larghissima prevalenza abbia ragione a ritenere che l'istituto dell'assegnazione trovi il suo fondamento soprattutto nell'interesse dei figli e che l'interesse dei figli sia quello a preservare un habitat naturale, il loro centro di interessi. Si crea, dunque, un nesso inscindibile tra le scelte del giudice sulla collocazione dei figli e l'assegnazione della casa.

Tuttavia, l'assegnazione della casa presenta anche una grandissima rilevanza economica, per questo motivo, sarebbe opportuno che i giudici specificino nei loro provvedimenti il valore dell'assegnazione. In particolare, nei centri urbani medio grandi il valore del godimento della casa è particolarmente elevato. Su redditi medi la locazione di una casa può essere un terzo o addirittura avvicinarsi alla metà del reddito.

L'aspetto più interessante è quando viene assegnata al genitore A (a esempio, la madre), la casa che invece è del padre. Per cui la madre collocataria, in questo caso, si troverà con un risparmio notevole del canone di locazione e il padre dovrà trovare un nuovo alloggio sobbarcandosi del peso di un canone di locazione.

Nel caso, poi, in cui la casa sia gravata da un mutuo cosa può succedere? Normalmente accade che la casa sia in comproprietà fra i coniugi, la banca ha cointestato il mutuo e la rata è (o dovrebbe essere) pagata da entrambi.

Nel provvedimento giudiziale non dovrebbe imporsi, secondo il relatore, al coniuge non collocatario il pagamento della rata del mutuo ma invece limitarsi a tenerne conto nella quantificazione dell'assegno. Infatti, il pagamento della rata, assicurando il godimento della casa familiare, finisce con l'integrare il mantenimento in via indiretta.

Orbene, il problema più grande che affronta il giudice della famiglia è la tutela dei minori e cioè la scelta del genitore collocatario.

L'istituto dell'assegnazione nasce in un mondo di affido monogenitoriale, prima dell'affido condiviso, che via via ha visto tante evoluzioni fino a quella attuale della giurisprudenza, assolutamente prevalente, che stabilisce che anche se l'affidamento è condiviso, ci sarà un genitore collocatario prevalente per cui l'istituto dell'assegnazione finisce con l'essere a favore del genitore con cui vivranno i figli, anche se, c'è una tendenziale spinta verso l'affidamento condiviso paritetico ovvero con i tempi paritari. Va anche osservato che nella prassi è molto rara la richiesta di collocamento dei figli da parte

¹¹ Presidente di sezione presso il Tribunale di S.M.C.V.

del padre perché la collocazione paritaria, i tempi permanenti, presuppongono una totale riorganizzazione della vita familiare per poter accudire la prole.

La questione vera da porsi è che tra la legge e la realtà sociale c'è uno scarto notevole, perché così come le Sezioni unite in tema di assegno divorzile hanno ricordato che la condizione della donna non è affatto paritaria rispetto a quella dell'uomo, in termini di opportunità, in riferimento al mondo del lavoro, è anche vero che l'insufficienza degli asili nido, degli strumenti a tutela della famiglia e la scarsa flessibilità del mondo del lavoro non consente con facilità ai padri di assumere un ruolo paritario rispetto alle mamme. Quasi sempre i padri che lavorano avranno particolare difficoltà di organizzazione cosicché la scelta della collocazione prevalente presso la madre risponderà a un'esigenza reale e soprattutto a quanto già accaduto prima della crisi della famiglia per cui, quasi sempre, il giudice sceglie il genitore che già prima della crisi teneva con sé i figli più tempo.

Muovendo, inoltre, un'autocritica, se lo stato delle cose rimanesse sempre invariato nulla cambierebbe mai. I giudici dovrebbero avere una funzione propositiva verso i padri, almeno verso i più partecipi; l'avvocatura e la magistratura dovrebbero promuovere un maggiore coinvolgimento dei padri a cui dovrebbero seguire delle riforme anche da parte delle aziende e del legislatore per favorire questa possibilità.

Per quanto riguarda i figli minori, c'è una stretta incidenza tra una scelta che riguarda il genitore collocatario, che si basa sul genitore che abbia le migliori competenze genitoriali e l'ascolto del minore, che in tale frangente si rivela fondamentale. L'ascolto del minore, infatti, dovendo guidare il giudice nell'individuazione del genitore con cui lo stesso vivrà, è una fase processuale caratterizzata da riflessioni anche di ordine psicologico per la tutela del "best interest" del minore.

Dunque, una fase processuale, già di per sé particolarmente delicata, è la premessa di notevoli conseguenze di ordine patrimoniale.

Il tema è esacerbato quando riguarda la scelta del figlio maggiorenne, economicamente non autosufficiente, perché gli effetti prodotti dalla sua volontà, che si reputa non sindacabile da parte del giudice, vanno incontro a degli aspetti critici: innanzitutto, qualora scelga un genitore diverso da quello con cui ha sino ad allora vissuto determina il venir meno dell'assegnazione vista la cessata coabitazione ma anche dell'obbligo di mantenimento. Quel genitore, dunque, spesso il più debole ovvero frequentemente la madre perde un doppio vantaggio economico diretto e indiretto: l'assegnazione della casa e l'assegno di mantenimento per il figlio che spesso va a coprire anche esigenze generali della famiglia.

Altro aspetto che restringe l'area di tutela dei figli maggiorenni è quello dell'autosufficienza economica del ragazzo e va sottolineato come, nel caso in cui il figlio non abbia provato le ragioni per le quali non abbia raggiunto l'autosufficienza, perde non solo il diritto al mantenimento ma anche alla casa.

Veniamo ora alla verifica del requisito della coabitazione, data la pluralità di modelli di organizzazione familiare. Si pensi agli allontanamenti dei figli per motivi di lavoro o di studio che non sono così facilmente inquadrabili.

Quando le Sezioni unite hanno suggerito i criteri per riconoscere o negare l'assegno divorzile, nel concetto di patrimonio si è data particolare rilevanza alla disponibilità della casa. La revoca dell'assegnazione si traduce sempre in una maggiore difficoltà economica della donna (caso più frequente) e quindi intesa a giustificare un aumento o riconoscimento dell'assegno divorzile.

La revoca dell'assegnazione impatta anche sull'assegno di mantenimento del figlio perché se il figlio non è ancora autosufficiente ma, per qualche ragione, non abita più con la madre il padre potrà chiedere la revoca dell'assegnazione ma ciò comporterà un aumento dell'assegno di mantenimento del figlio dato che lo stesso, non potrà più contare sulla casa e dovrà sopportare non solo le spese universitarie ma anche quelle di un eventuale alloggio.

L'istituto dell'assegnazione non è affatto un aspetto marginale nel nostro ragionamento e nell'economia di questo incontro di studi, perché presenta una doppia natura sul piano psicologico ed economico. Questa stretta interdipendenza fa sì che i comportamenti dei genitori e dei figli siano in qualche modo ispirati proprio dalle stesse conseguenze economiche.

Le questioni, dunque, dovrebbero essere affrontate isolatamente ma rilette in maniera unitaria così da accertare l'effettiva portata delle condotte processuali ed extraprocessuali.

Appare necessario ragionare, inoltre, su come possa darsi una tutela processuale al figlio maggiorenne che non partecipa, di regola, al processo sebbene la decisione del giudice incida direttamente su di lui.

La sessione volge verso la chiusura con l'esame degli aspetti processuali e probatori relativi al diritto di abitazione, con due relazioni sviluppanti i temi delle prove esperibili e del confine tra diritti disponibili e indisponibili.

Interviene, per primo, il **Prof. Claudio Cecchella**¹² il quale apre la discussione su un tema poco arato dalla dottrina processualistica, che presenta scarsi sviluppi di diritto positivo e si configura come diritto vivente di matrice giurisprudenziale: la duplice natura di un processo, nelle controversie di famiglia e minorili, avente per oggetto situazioni indisponibili. Argomento di particolare interesse, non solo, per ragioni di carattere strettamente processuale, di diversificazione dalle regole di un processo dispositivo che non si adattano a un processo che ha per oggetto situazioni indisponibili; ma soprattutto, perché dietro i diritti indisponibili vi sono diritti personali di persone fragili ovvero i diritti del minore, del coniuge che si trova in una posizione di debolezza, inferiorità, diritto dell'incapace, diritti di persone che meritano la massima tutela.

Il diritto positivo, purtroppo, non aiuta in questa distinzione tra diritti disponibili e indisponibili.

Sicuramente giova far riferimento alla presenza obbligatoria necessaria del p.m. nel processo, la lettura dell'art. 70 c.p.c. e le sue estensioni dovute alla Corte costituzionale e alla legge sul divorzio che prevedono, appunto, che le cause matrimoniali comprese quelle di separazione personale dei coniugi, le cause sullo stato e la capacità delle persone, comportino la partecipazione necessaria del p.m. e sono procedimenti che hanno per oggetto situazioni indisponibili. A queste si aggiunge la sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 1996: "le cause dei genitori naturali che comportano provvedimenti relativi ai figli", l'art. 5, primo comma, L. n. 898/1970 (sul divorzio) e il richiamo di essa all'interno della legge sulle unioni civili, sulle convivenze, comma 25, della L. n. 76/2016 e ovviamente anche le controversie in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale e di scioglimento dell'unione civile.

Abbiamo quindi un quadro che in base all'art. 70 c.p.c. prevede un'amplissima estensione di ipotesi di diritti indisponibili in materia familiare.

Presentano sicuramente situazioni di carattere indisponibile lo stato e la capacità, probabilmente tutti i diritti che fanno capo al minore, sia quelli personali che economici, quindi anche il contributo di mantenimento ai minori e alcuni diritti personalissimi dei coniugi: uguaglianza, libertà di genere, integrità fisica e morale.

L'ambito, invero, nel quale si è manifestato il riconoscimento di una possibilità di disporre sul piano negoziale di diritti, riguarda i diritti economici: il mantenimento in costanza di matrimonio, il contributo di separazione, l'assegno di divorzio o l'assegno in caso di scioglimento dell'unione con qualche dubbio forse sull'erogazione una tantum di questi assegni che sconfinerebbe ancora nell'indisponibilità. Per tali diritti non vi è un divieto assoluto di negoziabilità e di possibilità di transigere.

Fatta questa delimitazione fondamentale si pone il problema di capire se e come il processo reagisca quando ha ad oggetto questi diritti, fuoriuscendo dagli schemi dei principi del processo dispositivo. Ancora una volta, come il legislatore non aiuta nell'individuazione delle categorie in materia familiare e minorile appartenenti all'uno e all'altro genere non aiuta, neppure, sul piano delle regole processuali; difatti non esiste un insieme di regole processuali che consente di individuare le regole da applicare al processo su situazioni indisponibili.

Vige in realtà una diversificazione di riti che caratterizza la famiglia e la materia minorile, una serie di previsioni che riguardano tutti i possibili tipi di procedimenti: ad esempio lo status rientra nel

¹² Professore ordinario di diritto processuale civile presso l'Università di Pisa.

rito ordinario, la separazione e il divorzio nel procedimento speciale bifasico sommario, i minori nati fuori dal matrimonio seguono invece rito camerale.

Leggendo la giurisprudenza, scopriamo che esiste un diritto giurisprudenziale vivente che affida questi diritti a regole diverse rispetto a quelle vigenti su situazioni disponibili o del processo dispositivo.

Quali sono le deroghe caratterizzanti tale dissomiglianza? Essenzialmente due, una terza discutibile: (i) principio della domanda viene fortemente attenuato per cui il giudice si trova a dover tutelare l'interesse del minore anche con iniziative ufficiose; (ii) deroga al principio dell'allegazione dei fatti al processo, non più riservata rigorosamente alle parti ma risulta consentita anche l'iniziativa del giudice nella ricerca di fatti rilevanti su cui fondare il proprio giudizio.

L'accentuazione, invece, di poteri istruttori del giudice non è caratteristica del processo che abbia ad oggetto situazioni indisponibili, questo spiegherebbe i molteplici processi vertenti su situazioni disponibili, come in materia di locazioni o contratti affini o la materia del diritto del lavoro, nei quali c'è un'accentuazione dei poteri istruttori del giudice.

L'iniziativa probatoria del giudice nella individuazione dei mezzi probatori è avulsa dalla distinzione tra processo su situazioni disponibili e indisponibili, basti pensare che l'art. 281 ter c.p.c. riconosce nel giudizio monocratico una nuova iniziativa in materia di prova testimoniale del giudice.

Gli elementi, dunque, caratterizzanti il processo su situazioni indisponibili si risolvono in una compressione forte del principio della domanda, un dilagare dell'iniziativa del giudice nell'ambito di una ricerca dei fatti storici rilevanti, piuttosto che un'ampia iniziativa istruttoria.

Merita menzione, inoltre, la mancata previsione dei termini di decadenza e preclusioni all'iniziativa difensiva delle parti quando il processo ha ad oggetto situazioni di carattere indisponibili.

Questo aspetto presenta una certa importanza visto che la deroga alle decadenze e preclusioni in ambito familiare è oggetto di giurisprudenza della Suprema corte sul tema delle impugnazioni.

L'appello, invero, riunifica la diversificazione dei riti che ha caratterizzato il primo grado in regole che si ispirano essenzialmente al rito camerale rivelandosi, in tale fase, estremamente più liberale.

Ricordiamo, a tal proposito, l'ordinanza n. 27284 del 2020 della Suprema corte che proprio nel procedimento in materia familiare ha ritenuto non applicabili le preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c., il divieto di nova in appello, consentendo una certa liberalità nel dedurre mezzi probatori ad iniziativa delle parti ancorché non dedotti nel giudizio di primo grado.

Anche la giurisprudenza della Cassazione in materia di assegno divorzile ha invitato il giudice di rinvio a rimettere nei termini le parti nella possibilità di dedurre nuovi mezzi probatori e allegazioni.

Tale liberalizzazione del processo familiare e minorile, da decadenze e preclusioni, non sarebbe solo caratteristica della materia di diritti indisponibili ma anche, in un certo senso, di diritti disponibili.

A conclusione dell'esposizione il Prof. Cecchella pone ulteriori riflessioni: in cosa si estrinseca la ricerca dei fatti del giudice nelle controversie familiari? Sussiste un'applicazione di mezzi probatori dissimile rispetto alle caratteristiche del processo comune?

Uno dei canali attraverso cui il giudice individua i fatti, vista questa accentuazione dei poteri che lo caratterizza, è tramite l'aiuto di una consulenza tecnica che nell'ambito della famiglia e dei minori fuoriesce dallo schema del codice del 1940.

La consulenza tecnica, nel processo in questione, si distingue per l'individuazione e ricerca dei fatti assorbendone la funzione di prova, come ad esempio le consulenze tecniche di carattere patrimoniale in cui si va alla ricerca spesso di fatti rilevanti sul piano reddituale patrimoniale per la determinazione del contributo al mantenimento; altro profilo interviene sull'introduzione di mezzi istruttori tipici nuovi che sono inseriti nell'ambito del processo familiare: le indagini di polizia tributaria, l'ascolto dei minori, le indagini patrimoniali che il giudice può compiere all'interno di banche dati dell'amministrazione finanziaria, sono tutti strumenti di accentuazione del potere del giudice in cui il giudice può esercitare; la possibilità di andare alla ricerca di fatti rilevanti fuori dall'allegazione delle parti.

Inoltre, un'altra serie di norme interessanti sotto il profilo della distinzione processuale prospettata, sono le norme che prevedono la possibilità di andare oltre le dichiarazioni dei redditi delle parti prodotte in causa perché quando si parla di determinazione del contributo economico del genitore,

verso il figlio, l'art. 337 ter c.c. prescrive che il giudice provvede se ritiene che siano insufficientemente documentati i patrimoni, redditi, dei genitori senza che vi sia stata una effettiva contestazione, perciò il principio di non contestazione sancito dall'art. 115 c.p.c. non si applicherebbe nell'ambito delle situazioni di diritti indisponibili. Di contro, l'art. 5, nono comma, della legge sul divorzio, in caso di assegno divorzile prevede la possibilità di indagine su redditi o patrimoni solo se vi è contestazione di una delle parti sulla verità delle dichiarazioni prodotte dall'altro.

Infine, il processo su situazioni indisponibili merita una diversa costruzione se pensiamo alla nuova funzione che potrebbero assumere due parti necessarie: quella del curatore speciale (oggetto del disegno di legge discusso al Senato) e la presenza del p.m.; se queste figure fossero ripensate come parti che assumono iniziative effettive nel processo ne conseguirebbe una moderazione in merito ai poteri del giudice sulla domanda e sull'allegazione dei fatti.

Il disegno di legge citato distingue un processo su situazioni disponibili e indisponibili, questa costruzione, dunque, ricavata dal diritto vivente potrebbe presto diventare un'esperienza di diritto positivo.

L'ultima relazione della mattinata è affidata al **Pres. Francesco Antonio Genovese**¹³, che apre la sua trattazione menzionando la sentenza n. 18287 del 2018 ed affermando che le situazioni patrimoniali di cui è necessario occuparsi in relazione al processo si intrecciano fortemente con il diritto vivente.

La citata pronuncia richiede l'accertamento dell'inadeguatezza dei mezzi dell'ex coniuge istante e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive. Il giudizio deve essere espresso alla luce di una valutazione comparativa delle condizioni economico patrimoniali delle parti in considerazione del contributo fornito nella vita familiare, nella formazione del patrimonio comune, nonché quello personale di ciascuno dei coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto.

Sulla base di questa sintesi per capi del principio delle Sezioni unite, i giudici di merito hanno di fronte l'esame di alcuni corollari della pronuncia: ogni matrimonio è una storia a se stante, ciò viene ripreso anche nella sentenza n. 4215 del 2021 laddove prevede che i giudici di merito debbano ponderare "l'intera storia coniugale e delle prognosi future, tenendo conto anche delle attribuzioni e degli introiti che abbiano compensato il sacrificio, delle aspettative professionali del richiedente che ha realizzato l'esigenza perequativa".

Il riferimento alla storia coniugale dei singoli matrimoni è fondamentale per il giudice di legittimità che, in primis, deve servirsi di detta ricostruzione in fatto per capire su cosa misurarsi. Tale ricostruzione deve porre al centro dell'analisi il programma coniugale se esistito, oppure, se mai è esistito, illustrare una processualità che lasci intravedere attività svolte per facta concludentia. Ciò risulta necessario al fine di capire se ci sono stati sacrifici, rinunce, limitazioni da parte dell'uno a vantaggio dell'altro, fatti che hanno un rilievo economico indubbio.

Questa ricostruzione si presenterebbe come una preconditione del giudizio attinente ai rapporti patrimoniali, al fine di comprendere se i diritti, oggetto di tali rapporti, presentino o meno un carattere di disponibilità.

In merito a situazioni disponibili e indisponibili occorre far riferimento agli elementi che emergono dal tessuto legislativo. Lo stesso legislatore ha previsto una vasta serie di ampi poteri ufficiosi anche rispetto a situazioni che gli sembrano del tutto disponibili.

A tal proposito, con l'ordinanza n. 11795 del 2021, è stata elaborata una teorica dei diritti "a disponibilità attenuata" laddove si pone, appunto, in evidenza il rapporto tra la natura dell'assegno e la portata di tali diritti e se questi incidano o meno solo su un'area assistenziale dello stesso.

Indirettamente, di recente, lo hanno ribadito anche le Sezioni unite nella sentenza n. 9004 del 2021 che riguardava gli effetti del riconoscimento dell'efficacia della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso che sia intervenuto dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di cessazioni

¹³ Presidente di sezione della Prima sezione civile della Corte di cassazione.

degli effetti civili ma prima che sia diventata definitiva la successiva decisione in ordine alle conseguenze economiche. Questa decisione non comporta la cessazione della materia del contendere laddove bisogna determinare le competenze economiche tra gli ex coniugi, ai fini dell'accertamento delle spettanze e liquidazione dell'assegno divorzile. Ulteriore conferma della non piena disponibilità della materia.

Veniamo ora all'area dei poteri ufficiosi di cui l'art. 4, sesto comma, e l'art. 6, nono comma, della legge sul divorzio, l'art. 706 c.p.c. in tema di separazione. Particolarmente pregnante è il nono comma dell'art. 5 il quale recita: "in caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria".

Il relatore espone una riflessione pratica: bisogna, anzitutto, verificare a livello di merito quali sono i protocolli che i giudici osservano nelle indagini incaricate alla polizia tributaria: queste andrebbero mirate, più specificamente, all'anagrafe dei rapporti patrimoniali e bancari, per tale motivo sarebbe utile un protocollo d'intesa con la guardia di finanza al fine di rendere questo strumento più efficiente e mantenere saldo il principio di concentrazione delle tutele.

Per concludere, giova ricordare tre importanti decisioni della Cassazione che hanno stabilito quali sono i principi che regolano l'accertamento ufficioso a mezzo di polizia tributaria:

La prima n. 6087 del 1996 sulla globalità dei poteri, il loro fondamento e l'estensione di questi. Parliamo di deroga alle regole generali dell'onere della prova, di norme intese a sancire l'uso di poteri istruttori per finalità pubblicistiche e la loro applicabilità anche al processo di revisione delle disposizioni concernenti l'assegno di divorzio quindi anche all'art. 9.

La seconda sentenza n. 9756 del 1996 secondo cui questo principio va rapportato a quello di non contestazione e di esso va fatto un uso essenziale e parsimonioso.

Un terzo principio è racchiuso nella sentenza n. 8417 del 2000 laddove emerge il limite alla discrezionalità nell'accesso alle indagini di polizia tributaria. La discrezionalità incontra un limite quando, in certi casi, esiste un vero e proprio obbligo e questo vero e proprio obbligo è giustiziabile anche in sede di legittimità.

Successivamente non può non rilevarsi che la Corte non ha dato peso al possibile rilievo dell'obbligo alle indagini patrimoniali e ha più volte parlato di una discrezionalità rilevante solo sotto il profilo della motivazione; il Pres. Genovese non crede che questa fosse la linea originaria e più corretta.

In ordine alla estensione del potere di ricognizione da parte del giudice di merito, anche attraverso questi poteri ufficiosi, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito tutta l'area della ricognizione: la necessità delle sopravvenienze attive e passive.

Brevemente sul problema del diritto transitorio e sulla reintegrazione dei poteri di allegazione della prova. Proprio tenuto conto dei diritti "a responsabilità limitata" si può spiegare la decisione che nel cassare reintegra le parti nel potere di allegazione. Questa linea di pensiero, alla luce dell'importante arresto dato dalle Sezioni unite, consente alle parti di essere rimesse nel loro potere di allegazione della prova altrimenti vanificandosi tale diritto.

Terza sessione – giovedì 16 settembre 2021

Coordinamento: Dott. G. Giacalone

Diritto europeo e internazionale privato

Il Presidente Giacinto Bisogni, Presidente di Sezione della Prima sezione civile della Corte di Cassazione, cultore della materia dei rapporti internazionali, introduce gli interventi incrociati tra accademia e giurisprudenza: egli specifica come l'articolazione di questa sessione abbia carattere internazionale, ma anche transnazionale, nonché europea, in quanto si tratta di situazioni familiari in cui i componenti della famiglia appartengono a paesi di origine diversa e che, per la grande circolazione che c'è in Europa, si spostano tra famiglie entrambe in crisi.

Ciò comporta che, nell'ambito dell'applicazione di un diritto sia europeo che nazionale, vi è la necessità individuare il giudice competente; osserva, inoltre, che la tematica appena richiamata ha

oramai un'elaborazione dottrinale ventennale ed invita ad un'articolazione, anche ragionata, della tavola rotonda passando la parola ai relatori.

Il primo relatore ad intervenire è la **Dott.ssa Cristina Campiglio**¹⁴, ed introduce il tema a lei assegnato, definendolo come trasversale e focalizzato sulla delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità; trattasi quindi non di un tema squisitamente internazionalprivatistico. Il topic in ogni caso, consente alla Prof.ssa di aggiungere brevi cenni in merito al riconoscimento dei provvedimenti dei tribunali sharaitici, in particolare sui provvedimenti relativi al ripudio, che invece riprendono un tema prettamente internazionalprivatistico.

Le tematiche che saranno affrontate spaziano dalle ricadute economiche delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale, sino ad una brevissima osservazione sul Regolamento Bruxelles II-bis (n. 2201/2003) in materia di giurisdizione e riconoscimento delle sentenze in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, rivisto dal Recast del 2019. A ciò si aggiungono brevi considerazioni su cosa sia accaduto a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

Per quanto riguarda la materia matrimoniale il Recast del Regolamento Bruxelles II – bis non incide, nel senso che oltre una modifica prettamente formale, esso si focalizza su tematiche inerenti alla responsabilità genitoriale ed in particolare sulla sottrazione internazionale di minore. Per quanto riguarda la Brexit, è noto che il 31 dicembre 2020 si è concluso il periodo transitorio, ossia quel periodo lasciato al Regno Unito per trovare un accordo con l'Unione Europea, in relazione a tutti quei settori che sono coperti da regolamenti comunitari e che quindi resterebbero privi di una normativa comune con l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea.

Naturalmente questo accordo avrebbe dovuto trovarsi anche per quanto riguarda la materia matrimoniale, tuttavia, come specifica la Dott.ssa Campiglio, di fatto, non è stato posto in essere alcun accordo su questi temi, con la conseguenza che, a parte i procedimenti già avviati (che continuano a vedersi applicate le regole di cui al Regolamento Bruxelles II- bis per quanto riguarda la giurisdizione), si ritorna alla disciplina pre-comunitarizzazione del diritto internazionale privato, cioè a vecchie convenzioni internazionali. In ogni caso, per ciò che concerne specificamente i rapporti patrimoniali in realtà nulla cambia in quanto i Regolamenti inerenti tale materia sono stati adottati nell'ambito di una cooperazione rafforzata a cui il Regno Unito non ha partecipato.

Quanto al riconoscimento delle sentenze di separazione e divorzio, torna invece applicabile la convenzione dell'Aja del 1° giugno 1970 che, da un lato fa salvo un vecchio trattato bilaterale del 1964, dall'altro prevede un procedimento "normale" di riconoscimento, disciplinato dalla legge di diritto internazionale privato n. 218 del 1995. L'altra convenzione che viene richiamata dalla relatrice è quella dell'Aia del 23 novembre 2007, sull'esazione internazionale di prestazioni alimentari nei confronti di figli e altri membri della famiglia.

Nel trattare il tema delle sentenze ecclesiastiche di nullità, si premette che il Regolamento Bruxelles II-bis fa salva una serie di trattati internazionali e in particolare il Concordato Lateranense del 1929, che è stato modificato con l'accordo di Villa Madama nell'anno 1984. Con questo accordo del 1984 – come è stato riconosciuto dalle Sezioni Unite della Cassazione sin dagli anni 90 - è venuta meno la riserva di giurisdizione a favore dei Tribunali ecclesiastici, per quanto riguarda il giudizio di nullità del matrimonio concordatario, per cui allo stato attuale sussiste una giurisdizione concorrente tra giudice ecclesiastico e giudice civile.

Quanto al riconoscimento delle sentenze emanate dal giudice ecclesiastico, fondamentale è la legge n. 121 del 1985 con cui è stata data esecuzione all'accordo del 1984, legge si occupa espressamente della delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale affinché queste sentenze possano produrre effetti in Italia. Queste sentenze possono essere riconosciute in Italia, su domanda delle parti o di una di esse, ad opera della Corte d'Appello. In tale contesto, la Corte d'Appello deve compiere una verifica, in quanto il riconoscimento è subordinato al soddisfacimento di alcuni requisiti: il primo

¹⁴ Professoressa ordinaria di diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Pavia, nonché diritto internazionale privato e processuale, autrice di una serie di pubblicazioni importanti in materia.

riguarda la competenza, il secondo riguarda il rispetto del diritto di difesa del convenuto ed il terzo richiede che ricorrano le altre condizioni richieste dalla Legge Italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere. La Corte d'Appello in tale sede può adottare provvedimenti economici provvisori, in quanto di solito la sentenza ecclesiastica non contiene provvedimenti di carattere economico.

Dunque la disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi derivanti dagli effetti civili del matrimonio concordatario resta di competenza dello Stato. Nella giurisprudenza si è ormai consolidato l'orientamento per cui al matrimonio concordatario dichiarato nullo viene esteso il regime previsto per il matrimonio putativo, quindi si applica l'articolo 129 bis del codice civile. Il provvedimento con cui la Corte d'Appello dispone queste misure economiche è provvisorio e ha natura anticipatoria, in quanto è subordinato all'accertamento del diritto all'assegno da parte del richiedente. Il provvedimento di cui si discute è per sua natura inidoneo a conseguire efficacia di giudicato.

Ciò posto, riguardo alle ricadute economiche delle sentenze di delibazione la Dott.ssa Campiglio ha diversificato quattro ipotesi: (i) il caso in cui sia pendente un giudizio di separazione; (ii) il caso in cui ci sia un giudicato già di separazione; (iii) il caso in cui sia pendente un giudizio di divorzio; (iv) il caso di un giudicato di divorzio.

Nel caso di pendenza di giudizio di separazione, il riconoscimento degli effetti civili della sentenza ecclesiastica di nullità non è precluso in quanto il giudizio e la sentenza di separazione hanno petitum e causa petendi, nonché conseguenze giuridiche, del tutto diversi rispetto al giudizio e alla sentenza di nullità (Cass., n. 3378/2012). Viceversa, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di delibazione, è venuto meno il vincolo coniugale ed è quindi cessata la materia del contendere in ordine alla domanda di separazione e segnatamente alle correlate statuizioni in ordine all'addebito e all'assegno di mantenimento (Cass., n. 17094/2013 e n. 30496/2017).

Diverso è il caso di giudicato di separazione, che non scioglie, anzi presuppone la permanenza del vincolo matrimoniale, e determina solo una sospensione dei doveri di natura personale, lasciando invece permanere aspetti di natura patrimoniale (obbligo di mantenimento della moglie). Dunque a fronte del venir meno del vincolo matrimoniale, presupposto dell'obbligo di mantenimento, conseguente alla dichiarazione ecclesiastica di nullità del vincolo, non possono resistere le statuizioni economiche contenute nella sentenza di separazione, ancorché divenuta cosa giudicata (Cass., n. 11553/2018).

La sentenza di delibazione della decisione ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario non determina la cessazione della materia del contendere nel pendente giudizio di divorzio per quanto concerne i provvedimenti in ordine all'affidamento e al contributo al mantenimento dei figli minori (Cass., n. 15558/2011).

Nel caso infine di giudicato di divorzio, in un primo tempo la Cassazione ha ritenuto che la pronuncia di divorzio non impedisse il successivo riconoscimento della sentenza ecclesiastica di nullità, che travolgeva il provvedimento di divorzio con tutte le relative pronunce, comprese quelle di natura economica. Con la sentenza n. 4202/2001 però la Corte ha mutato prospettiva. Pur riconoscendo che giudizio di nullità e giudizio di divorzio presentano differenti petitum e causa petendi (essendo il primo volto ad ottenere l'accertamento della invalidità originaria del matrimonio-atto con effetti ex tunc, il secondo incidente sul matrimonio-rapporto ex nunc e riguardante l'eventuale riequilibrio tra le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi da realizzarsi attraverso il riconoscimento di un contributo in favore di uno di loro), e che dunque la sentenza di divorzio non ostacola la delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità, ha ritenuto che – relativamente ai capi del provvedimento di divorzio contenenti statuizioni di natura economica - debba essere applicata la regola per cui, una volta accertata con sentenza passata in giudicato la spettanza di un diritto, questa non può formare oggetto di un nuovo giudizio. In altre parole si stabilisce la permanenza dei provvedimenti economici accessori al divorzio anche in presenza della riconosciuta nullità del matrimonio.

La posizione è stata ribadita dalla Cassazione in molte occasioni (tra altre v. Cass. n. 21331/2013): dunque l'assegno divorzile permane se il giudizio di delibazione interviene dopo il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio. Da ultimo, con sentenza n. 9004/2021, depositata in data 31 marzo 2021, le sezioni unite della Corte hanno stabilito che la delibazione della sentenza

ecclesiastica di nullità del matrimonio religioso, intervenuta dopo il passaggio in giudicato della pronuncia di divorzio ma prima che sia divenuta definitiva la disgiunta decisione in ordine alle relative conseguenze economiche (nella fattispecie la decisione di primo grado era infatti stata impugnata al riconoscimento dell'assegno divorzile), non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile avente ad oggetto lo scioglimento del matrimonio, il quale dunque può proseguire ai fini dell'accertamento della spettanza e della liquidazione dell'assegno divorzile.

Le SU proseguono così nel cammino di transizione verso un ordine matrimoniale compiutamente laico della Repubblica (pur nel rispetto degli obblighi concordatari contratti con la Chiesa cattolica) affermando l'irrinunciabilità della tutela del coniuge debole.

La Prof.ssa Campiglio affronta infine il tema dei ripudi islamici. Come le sentenze ecclesiastiche di nullità, i provvedimenti di ripudio islamico non contengono di regola misure di carattere patrimoniale a favore della parte economicamente debole (moglie): solo eccezionalmente queste figurano ma operano per lo più a partire da un momento successivo (tipicamente dal momento in cui la moglie ha notizia del ripudio).

Non essendoci una specifica un'intesa tra lo Stato italiano e la comunità islamica che – sul modello dell'Accordo con la Santa Sede – preveda la possibilità, in sede di riconoscimento, di adottare provvedimenti economici, nelle sentenze di riconoscimento nulla è previsto al riguardo: in rari casi si fa riferimento – per suffragare la richiesta di riconoscimento – all'avvenuta restituzione della dote da parte della moglie (App. Venezia, 9 aprile 2015) o alla disponibilità di costei a rinunciare al saldo della dote (App. Roma, 9 luglio 2013). Ovviamente, a fronte di atti di ripudio, nel nostro ordinamento il punto principale è la loro riconoscibilità e, nello specifico, la loro compatibilità con l'ordine pubblico internazionale.

Al riguardo vale la pena di cogliere qui l'occasione per ricordare due recente sentenze della Cassazione. Con sentenza n. 16804/2020 la Suprema Corte ha respinto il ricorso contro la decisione della Corte App. Roma che ha ordinato la cancellazione della trascrizione della sentenza (non definitiva) di divorzio pronunciata dal Tribunale sciaraitico di Nablus (Palestina). I giudici romani hanno infatti ritenuto la sentenza straniera contraria all'op per violazione dei diritti di difesa della moglie. La Cassazione condivide la decisione: avendo di fatto il marito ripudiato la moglie, è altresì ravvisabile una discriminazione nei confronti della moglie.

Viene invece accolto il ricorso avverso la sentenza di App. Bari che ha ordinato la cancellazione della trascrizione della sentenza di divorzio della Corte suprema di Teheran. La decisione (n. 17170/2020) si basa non tanto sul fatto che i giudici baresi abbiano utilizzato una concezione ormai superata dell'op (non comprensiva dei valori sovranazionali) e abbiano violato il divieto di riesame del merito (arrivando ad equiparare il divorzio iraniano al ripudio) quanto sulla mancata considerazione dell'op processuale e in particolare del rispetto del contraddittorio. I giudici iraniani avevano rispettato il contraddittorio come pure l'uguaglianza delle parti, ed avevano accertato la dissoluzione dell'unione matrimoniale.

Il Presidente Bisogni, nell'offrire un commento riguardo le sentenze provenienti da Tribunali Sharaitici, in particolare sulla sentenza n. 16804 dell'anno 2020, citata dalla precedente relatrice, esplica come in tale occasione, la volontà era di vagliare la possibilità di verificare se di fatto c'era una bilateralità della possibilità di ripudio, anche implicita. Il Presidente, inoltre, al fine di proporre uno spunto sul tema cita un precedente meritevole di menzione, quale quello riguardante la Corte Suprema del Canada.

Nel caso di specie, si trattava della Comunità ultra ortodossa di Montreal Ebraica, che prevede l'applicazione di una norma che consente solo all'uomo, ossia al marito, di ripudiare. Tuttavia, trattandosi di un contesto sociale evoluto, era radicata una prassi di stipulare degli accordi in base ai quali su richiesta della moglie il marito era tenuto a cedere il ripudio. In tale circostanza, la violazione di questi accordi era stata impugnata davanti a Tribunali Civili in sede risarcitoria. In quel caso, la Corte Suprema ha riconosciuto la validità di questi accordi e quindi ha ritenuto che questi ultimi, essendo destinati a creare una sostanziale bilateralità, avessero un fondamento giuridico.

Interviene, quindi, il secondo relatore, **Dott. Giuseppe Buffone**¹⁵, che si concentra su un aspetto specifico del Regolamento Europeo sulla famiglia, che costituisce anche l'occasione per riflettere sull'importanza dei contenuti semantici, allorché si passi da una lingua all'altra. Trattasi di aspetto che ha un impatto pratico ed operativo soprattutto sulle funzioni dei giudici e degli avvocati. Gli aspetti specifici su cui si concentra l'intervento del Dott. Buffone riguardano il tema degli accordi conclusi dai coniugi in materia di separazione e divorzio, un risultato da attribuire anche all'iniziativa e all'intervento, nel negoziato, della delegazione italiana.

Per affrontare il tema occorre effettuare una breve premessa sulla cornice normativa; infatti attualmente si è abituati a riferirsi al Regolamento Europeo della famiglia, ossia il cd. Bruxelles II-bis, il Regolamento n. 2201 dell'anno 2003; questo Regolamento, con efficacia dall'anno prossimo è abrogato e sostituito dal nuovo Regolamento Europeo della famiglia, il n. 1111 dell'anno 2019. Quest'ultimo ha rappresentato un importante risultato a livello europeo, in quanto, è un Regolamento adottato a seguito di procedura speciale legislativa che richiede l'unanimità ed è stato rinegoziato con l'ingresso nell'Unione europea di nuovi Stati membri e, dunque, di nuove sensibilità sul diritto di famiglia; per questi motivi, all'inizio, la possibilità di raggiungere un accordo per avere il consenso di tutti gli Stati, appariva particolarmente difficile.

La suddetta difficoltà è aumentata quando la delegazione italiana ha portato, nell'ambito del negoziato, un argomento che non era oggetto della proposta originaria della Commissione europea e che incontrava diverse idee e soprattutto diversi ordinamenti giuridici: la questione degli accordi sullo status ed inoltre che tipo di circolazione giuridica hanno questi accordi, sia nell'ipotesi in cui ne venga richiesto il riconoscimento in Italia e l'atto si sia formato in altro Stato membro, sia nell'ipotesi in cui al contrario, sia l'accordo italiano a dover essere fatto valere all'estero; questo poi con riferimento a ciò che accade con il Regolamento di nuova matrice che viene potremmo chiamare Bruxelles III. Come punto di partenza, trattando il tema dello status, quindi nell'ambito della disciplina della circolazione giuridica a livello europeo, le decisioni sullo status sono sottoposte a riconoscimento e non ad esecuzione, quindi sono due istituti giuridici distinti che seguono un regime, anche nell'ambito della disciplina europea, diversificato.

C'è da dire sulla circolazione, che già oggi nel Bruxelles II-bis, che non riguarda soltanto le decisioni, ma anche gli atti pubblici e gli accordi, concentrandosi sul profilo degli accordi, l'argomento particolarmente contrastato durante il negoziato verteva sulla possibilità di accettare e riconoscere, dunque eseguire, accordi in materia familiare. La disciplina al riguardo usa una parola distonica rispetto alla natura giuridica dell'accordo, perché vengono chiamati "private divorce", come se fossero divorzi privati; in realtà la definizione più consona è quella di divorzi extra giudiziali, perché vengono ad essere celebrati senza l'intervento di un giudice, ma hanno comunque una procedura riconosciuta da una base normativa. Questi accordi in materia familiare possono riguardare status, responsabilità genitoriale e regimi patrimoniali. Ponendo uno sguardo alla nostra disciplina nazionale, si è abituati a conoscere questa tipologia di accordi, ma quali altri Stati membri hanno un'analoga situazione? Una minoranza.

Infatti, sono solo Francia, Slovenia, Portogallo, Estonia, Romania, Lettonia. Ciò che accomuna la disciplina di questi Stati è la previsione di una procedura extra giudiziale per ottenere lo scioglimento del matrimonio, in genere divorzio. Secondo queste discipline, è possibile: 1) ottenere un divorzio consensuale, tramite un atto controfirmato dagli avvocati, che è trascritto dal notaio; 2) ottenere un divorzio direttamente di fronte a un notaio; 3) ottenere un divorzio tramite l'intervento di un ufficio pubblico, come l'ufficiale di stato civile. Dunque, alcuni panorami ordinamentali danno la possibilità ai cittadini europei di concludere questi accordi, sullo status.

Questa possibilità è prevista pure in Italia, a seguito della introduzione, nel 2014, della "negoziata assistita da avvocati" e delle procedure semplificate dinanzi all'ufficiale di Stato Civile.

¹⁵ Magistrato addetto alla Rappresentanza permanente d'Italia presso la UE.

Al riguardo, i dati Istat dell'anno 2021 indicano che a fronte del 70% di divorzi consensuali quasi la metà sono extra giudiziali, nel caso di specie trattasi di un campione di 30.000 divorzi immessi nell'ordinamento che circolano come accordi che fanno conseguire ai coniugi una pronuncia sullo status ed effetti sullo stesso, in assenza di una pronuncia giudiziale. Il relatore pone inoltre dei quesiti, ossia sulla possibilità che questi accordi circolino fuori dall'Italia e viceversa, e se sia possibile dunque applicare il Bruxelles II-bis. In realtà, il Dott. Buffone sottolinea che c'è, nell'attuale regolamento CE 2201/2003, una norma dedicata, l'articolo 46, il quale fa riferimento ad accordi conclusi tra le parti che hanno efficacia esecutiva nello Stato Membro e sono riconosciuti alle stesse condizioni previste per le decisioni.

Tuttavia, questa norma è stata oggetto di interpretazioni diverse: in particolare, la Commissione Europea ha ritenuto che il testo inglese, parlando di "agreement enforceable", richiami l'istituto dell'"enforcement", cioè della esecuzione che riguarda gli accordi sui minori e non quelli sullo status. Questa differenza, non è apprezzabile nel lessico italiano dove l'efficacia esecutiva si riconosce agli accordi di genitorialità o agli accordi sullo status, i quali sono accordi che producono effetti nello Stato Membro; tuttavia, nell'ambito della disciplina usata a livello uninominale, il termine "enforceable" richiamerebbe non gli accordi sullo status ma quelli sulla responsabilità genitoriale. Ossia, alla luce dell'articolo 46 gli accordi che possono circolare sono solo quelli che hanno ad oggetto la responsabilità genitoriale, ma non quelli sullo status.

Se questa fosse la conclusione, allora gli accordi di cui stiamo parlando non ricadrebbero nel campo di applicazione del Bruxelles II-bis. In questo contesto, alcuni Stati membri hanno preso però posizione, alla luce della introduzione di questi accordi nell'ordinamento; il primo è stato la Francia, che sulla base dei suoi accordi conclusi con gli avvocati, ha introdotto una circolare, che prevede che questi accordi rientrino nel campo di applicazione di Bruxelles II-bis. Anche l'Italia si è allineata alla Francia, con una circolare ministeriale, che ha risolto il problema di chi rilascia il certificato, indicando la Procura nel caso di accordo di negoziazione assistita per il suddetto rilascio; mentre se si conclude l'accordo dinanzi ad un Ufficiale di stato civile è lui stesso a doverlo rilasciare.

Dunque, la conclusione è stata che questo Regolamento si applica anche ai nostri accordi. Sulla questione ha influito una decisione della Corte di Giustizia (20 dicembre 2017 – causa C-372/16, Soha Sahyouni contro Raja Mamisch) dove i giudici europei hanno affermato, in un obiter dictum, che "diversi Stati membri hanno introdotto nei loro ordinamenti giuridici, dopo l'adozione del regolamento Roma III, la possibilità di pronunciare divorzi senza l'intervento di un'autorità statale. Tuttavia, l'inclusione dei divorzi privati nell'ambito di applicazione di detto regolamento richiederebbe un riassetto che ricade nella competenza del solo legislatore dell'Unione. In tal senso, alla luce della definizione della nozione di «divorzio» di cui al regolamento n. 2201/2003, risulta dagli obiettivi perseguiti dal regolamento n. 1259/2010 che esso ricomprende unicamente i divorzi pronunciati da un'autorità giurisdizionale statale, da un'autorità pubblica o con il suo controllo)".

Stando così le cose, l'indicazione che proveniva dalla giurisprudenza è che serviva l'intervento del. In questo contesto si è arrivati al Regolamento n. 1111, travagliato sotto quest'aspetto, che interviene risolvendo la questione definitivamente, cioè modificando la norma sul 46. Per quanto riguarda i problemi che si pongono, il primo è che la disciplina per raggiungere un compromesso, ha dato la possibilità agli Stati dissenzienti, in un certo senso, che non hanno i divorzi extragiudiziali, di rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione sulla base di due ragioni specifiche che sono quelle principali, in particolare per ciò che riguarda i bambini, in quanto non si può riconoscere l'accordo se al minore non è stata data la possibilità di essere ascoltato.

Ora nella negoziazione assistita del nostro ordinamento, al momento, non è prevista espressamente la possibilità di dover ascoltare il bambino, quindi in un certo senso non c'è questa scappatoia; in Francia, ad esempio, c'è una casellina di testo nella quale si attesta che il minore è stato ascoltato.

L'intervento si conclude, facendo cenno ad un'iniziativa legislativa già preannunciata dalla Commissione Europea che toccherà ancora una volta il tema degli accordi, nell'ambito di temi più delicati, in quanto si tratterebbe di un'iniziativa legislativa orizzontale che riguarda il riconoscimento

reciproco della genitorialità tra gli Stati membri, dunque occorrerà vedere come ed in che misura si arriverà ad un accordo che al momento è molto difficile ipotizzare.

Il **Presidente Bisogni** mette in risalto l'intervento del precedente relatore, osservando come sia interessante confrontare delle culture giuridiche, anche processuali, differenti. Per quanto concerne l'audizione del minore, il Presidente offre uno spunto di riflessione sul fatto che, sul tema, i Paesi di Germania e Francia sono sempre stati in grande divisione, anche nel regolamento Bruxelles II-bis sull'ascolto del minore, seppur sia possibile ritenere che l'ascolto del minore, in tutte le controversie che lo concedono, sia principio generale.

Dopo questa breve considerazione, il Presidente Bisogni presenta la seconda sessione, che tratterà gli aspetti economici della crisi della famiglia transnazionale ed in cui verranno presi in considerazione i Regolamenti n. 4 dell'anno 2009 sulle obbligazioni alimentari ed il n. 1103 dell'anno 2016 sui regimi patrimoniali tra coniugi.

A seguito dell'introduzione del tema, prende la parola la **Prof.ssa Ilaria Viarengo**¹⁶, che precisa che il suo intervento non verterà su un'analisi dettagliata dei due Regolamenti richiamati, ben noti bensì sull'individuazione di taluni aspetti critici, anche alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia, che iniziano ad esserci soprattutto in materia di alimenti. Ciò detto, da quando il Trattato di Amsterdam ha attribuito alla Comunità Europea la competenza normativa in materia di diritto internazionale privato processuale, sottraendola ai Paesi Membri, si è sviluppato un cospicuo corpus normativo che, partendo dal divorzio si è esteso anche agli aspetti economici sia dei rapporti familiari che delle successioni, oltre ai vari aspetti della cooperazione giudiziaria civile con riguardo al minore.

L'estremo dinamismo delle istituzioni comunitarie ha portato tuttavia a una frammentazione della regolamentazione delle relazioni familiari, affrontate in regolamenti diversi e risolte sulla base di criteri, sia per la giurisdizione sia per la legge applicabile, che possono portare a esiti non coincidenti e che probabilmente è uno dei maggiori problemi che si rivela dall'analisi della prassi di applicazione dei regolamenti comunitari. Infatti, prosegue la Prof.ssa Viarengo emerge che nel caso di crisi del vincolo coniugale le questioni da trattare sono disciplinate da regolamenti diversi, dunque il giudice chiamato a svolgere il loro coordinamento può scontrarsi con delle difficoltà e soprattutto il coordinamento può portare alla competenza di giudici diversi, rispetto al giudice della separazione e del divorzio.

In questo quadro già composito, si inseriscono i nuovi Regolamenti in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, ossia i Regolamenti n. 1103 e n. 1104 del 2016, che hanno avuto un complesso iter legislativo, a causa della irriducibile opposizione da parte di alcuni Stati, costringendo l'Unione a scegliere inevitabilmente la strada della cooperazione rafforzata. Il Regolamento n. 1103/2016 ed il Regolamento n. 4/2009 seguono lo stesso modello, ossia uniscono in un unico testo norme relative a tutti i settori della cooperazione giudiziaria civile.

Centrale è la questione della concentrazione dei procedimenti giudiziari, al fine di far sì che l'autorità giurisdizionale competente in merito agli effetti patrimoniali del matrimonio coincida con quella chiamata a pronunciarsi sullo scioglimento o annullamento del vincolo a norma del regolamento (UE) n. 2201/2003. Il medesimo intento di coordinamento è perseguito, anche se con minor successo, sotto l'aspetto della legge applicabile, al fine di sottoporre questioni tra di loro connesse alla medesima legge. La necessità di favorire una concentrazione dei procedimenti giudiziari è perseguita in modo espresso nell'art. 5 del regolamento 1103/2016.

Nulla è detto nel regolamento con riguardo al coordinamento con le azioni in materia alimentare, nonostante siano strettamente correlate a quelle concernenti la liquidazione del regime patrimoniale e problemi di qualificazione possano sorgere tra le due categorie. Tale obiettivo può tuttavia in concreto realizzarsi attraverso il combinato disposto fra l'art. 5 del regolamento n. 2016/1103 e l'art. 3 lett c del regolamento n. 4/2009 che attribuisce giurisdizione al giudice competente a conoscere di un'azione

¹⁶ Professoressa ordinaria di diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Milano.

relativa allo stato delle persone qualora la domanda di alimenti sia accessoria a tale azione, salvo che tale competenza si fondi unicamente sulla cittadinanza di una delle parti.

In proposito, la Prof.ssa Viarengo menziona la sentenza della Corte di Giustizia, 5 settembre 2019, C-468/18, R. c. P, in cui viene valorizzata, di fatto, la scelta iniziale del genitore che rappresenta il minore creditore di alimenti, di concentrare tutto il complesso dei capi di domanda dinanzi allo stesso giudice, laddove, nell'interesse superiore del minore, intenda mantenere la sua domanda iniziale in materia di obbligazioni alimentari a favore del minore dinanzi al giudice che statuisce sul divorzio. Alla luce di quanto sopra, la Prof.ssa Viarengo pone l'attenzione su un altro problema, quello della litispendenza, in particolare sulle conseguenze della violazione della litispendenza.

In tale ambito richiama in particolare il caso Liberato in cui la Corte di Giustizia ha chiarito che la violazione della norma sulla litispendenza non è motivo di diniego al riconoscimento della decisione, come indicato nel Considerando 56 del Regolamento Bruxelles II-ter. A ciò si aggiunge, l'assenza di informazioni sullo status della litispendenza, problema che sussiste non solo nell'ambito del diritto di famiglia ma anche in quello civile commerciale; sul punto, il Recast del Regolamento Bruxelles II-bis in materia civile commerciale ha introdotto il meccanismo di scambio di informazioni.

Riguardo la legge applicabile, vi sono delle possibili divergenze, in quanto la legge applicabile ai rapporti patrimoniali potrebbe essere diversa dalla legge applicabile al divorzio o agli obblighi alimentari, proprio in relazione alla scelta del Regolamento sui regimi matrimoniali di prevedere all'art. 26, come criterio principale di collegamento, la residenza abituale comune subito dopo la conclusione di un matrimonio, tuttavia ciò può essere superato con la conclusione di un accordo tra le parti.

Da ultimo, sempre nell'ambito del tema della legge applicabile, la Prof.ssa si esprime sulla questione della auspicabile coincidenza tra forum e ius, obiettivo specifico del Regolamento n. 1106/2016 (art. 7), che viene perseguito attraverso la possibilità delle parti di concludere un accordo di scelta del foro a favore di tribunali dello Stato Membro della legge applicabile. Quanto alla materia alimentare è di interesse la sentenza del 7 giugno 2018, C-83/17, KP c. LO, sulla interpretazione della locuzione «non possa ottenere alimenti», contenuta nell'articolo 4, paragrafo 2, del Protocollo dell'Aia del 2007, ai sensi del quale la legge del foro si applica quando il creditore non possa ottenere gli alimenti in base alla legge della propria residenza abituale prevista in via principale.

Il Presidente Bisogni, propone una considerazione generale sull'intervento, in quanto ritiene che la nascita di un corpus iuris così imponente in materia di diritto internazionale privato e oramai euro unitario, si accompagni ad una presa di distanza dalla possibilità di armonizzare il diritto di famiglia sostanziale, aggiungendo però che paradossalmente vi sia stata un'ampia diffusione di normative a livello processuale. Il Presidente ritiene che sembrerebbe una sorta di utopia pensare che intervenire sul diritto internazionale privato comporti una neutralità rispetto al diritto sostanziale ed introduce, quindi, il successivo relatore, **Dott.ssa Paola Amisano**¹⁷, la quale tratterà delle ricadute che possono avere sull'aspetto pratico le questioni patrimoniali, in particolare per quanto riguarda l'applicazione dei Regolamenti adottati in sede di cooperazione rafforzata.

La **Dott.ssa Amisano**, partendo dalla constatazione che la Commissione, in un'epoca di sfide e di globalizzazione per l'Unione Europe, ha creato una fondazione che si è occupata di fare un di sondaggio, in particolare rivolto ai cittadini dell'Unione Europea, per chiedere quali sono, secondo loro, gli obiettivi su cui l'Unione dovrebbe concentrarsi, al secondo posto, è stata indicata proprio la questione della regolamentazione patrimoniale. Da ciò ne deriva l'esigenza di utilizzare delle norme di adattamento di strumenti di diritto internazionale privato, per cercare di rendere uguale gli effetti dell'applicazione degli istituti nei vari ordinamenti.

Il Regolamento n. 1103 dell'anno 2016 è sicuramente innovativo sotto almeno tre profili, innanzitutto regola per la prima volta a livello sovranazionale e specificamente su scala globale,

¹⁷ Giudice del Tribunale di Asti.

la soluzione ai procedimenti transfrontalieri che hanno ad oggetto in particolare le questioni connesse allo scioglimento del matrimonio. È un Regolamento che segue il modello del Regolamento n. 4 dell'anno 2009, come struttura ed impostazione, infatti è una matrice il Regolamento alimenti perché questo è universale, in quanto si applica anche agli Stati non membri con la possibilità di rinvio anche a leggi di Stati terzi; è un Regolamento unitario perché prescinde dalla localizzazione del bene, basta che quel bene sia ricompreso nel regime di scioglimento di quell'unione familiare; è completo perché riguarda definizioni che sono svincolate dall'applicazione dei singoli istituti previsti dagli ordinamenti giuridici nazionali.

Ciò detto la ratio di armonizzazione e di concentrazione processuale, che sta alla base di questa disciplina, prende bene dal fatto che il presupposto di questa regolamentazione sta nel fatto che normalmente sono inseparabili i profili che riguardano lo scioglimento dello status rispetto a quelli che riguardano lo scioglimento patrimoniale, dunque le due cause diventano inseparabili in qualche modo e allora il Regolamento assume una valenza particolarmente pregnante, consentendo la scelta della legge applicabile, la scelta del foro, anche alla luce delle ultime pronunce delle Sezioni Unite, sulla funzione e declinazione delle funzioni dell'assegno divorzile, in particolare con l'affermazione cruciale della natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco. In Italia è già da almeno cinquant'anni che l'intersezione tra famiglie e accordo tra autonomia privata è un tema trattato dalla dottrina, ed il superamento del principio di inderogabilità dei diritti e degli obblighi nascenti al matrimonio ha trovato un'evoluzione con le convenzioni matrimoniali, inoltre anche con le convenzioni atipiche e con l'apertura giurisprudenziale da parte del Tribunale di Torino sui patti prematrimoniali.

La Dott.ssa sostiene che questo raffronto tra tematiche interne e regolamentazione sovranazionale sia molto interessante, ma che tuttavia non si possa pensare di aver concluso lo studio delle fattispecie con elementi di estraneità nel regime patrimoniale coniugale avendo studiato il Regolamento n. 4 dell'anno 2009 e il n. 1103 dell'anno 2016, perché in dottrina si è ben sottolineato che si parla di gestione di una crisi sovranazionale, che si presenta a geometria variabile; infatti sono tantissime le fonti che vengono in esame complessivamente, nel valutare le questioni genericamente intese di crisi separative sovranazionali.

A parte le carte fondamentali e ferme le questioni che riguardano il riconoscimento e l'esecuzione, la **Dott.ssa Amisano** ritiene che non sia possibile sapere se il regime patrimoniale ed in generale le questioni che attengono il matrimonio nell'ambito appunto familiare, possano essere ricomprese su due grandi livelli: da un lato, infatti, ci sono i doveri di contribuzione ai bisogni della famiglia; dall'altro tutte le questioni del regime cosiddetto secondario, che regolano la distribuzione della ricchezza patrimoniale tra i coniugi. In questa seconda famiglia, ci possono essere vari negozi giuridici e questi negozi possono comportare vari effetti, ecco che allora i Regolamenti citati si possono intersecare con il Bruxelles I in materia civile commerciale, ad esempio con la regolamentazione di una donazione, senza contare la questione dello scioglimento della comunione legale a fronte del fallimento di uno dei coniugi.

La complessità va però ricostruita alla luce della novità di questi Regolamenti, infatti secondo la relatrice le problematiche si possono porre sullo stesso piano, nel senso che le medesime problematiche sono anche degli spunti che gli stessi Regolamenti hanno teso a risolvere. Al riguardo, i punti nodali sono tre, ossia il problema delle fonti, il problema di coordinamento delle fonti ed il problema di circolazione delle fonti secondarie. Il primo problema è il reperimento della legge straniera applicabile, questa è una problematica attuale, certamente di non facilissima risoluzione anche per gli operatori del diritto (anche compresi notai).

Ecco allora che la conoscenza di un diritto internazionale materiale uniforme impone l'obbligo di una conoscenza davvero complessa e vasta. I problemi di coordinamento sono evidenti e la difficoltà principale è la qualificazione degli istituti giuridici, fermo che i criteri di collegamento sono diversi e sono strutturati in maniera diversa. Inoltre, la Relatrice ritiene che le problematiche di frammentazione rappresentano bene lo spezzettamento di queste questioni patrimoniali che potrebbero avere ad oggetto *professio iuris* differenti sulla donazione, sull'obbligazione di tipo responsabilità genitoriale familiare,

sull'obbligazione o altro titolo contrattuale della famiglia, con differenti soluzioni di forum e di ius, che il Regolamento tenta di risolvere.

Per quanto riguarda il problema delle fonti di secondo grado, il Regolamento apre alla possibilità di una circolazione di una serie di atti giuridici che non sono più soltanto le decisioni definitive su cui c'è del riconoscimento o l'esecuzione e su cui tendenzialmente il Regolamento si pone in linea di continuità con le altre misure sovranazionali. Sotto questo punto di vista, vi è il problema del riconoscimento di convenzioni private che già hanno dei problemi a circolare nell'ambito civile commerciale, in quanto la direttiva sulla mediazione non è completamente attuata, e ha proprio delle problematiche per poter raggiungere una circolazione effettiva; nella materia della responsabilità genitoriale, ad esempio un accordo di trasferimento del minore, o sui diritti di visita, questi accordi in genere richiedono alle parti di adire un'autorità giurisdizionale fingendo una lite che non c'è per poter far circolare quell'accordo, questo è chiaramente un effetto che si dovrebbe cercare di evitare.

Gli atti pubblici, a livello euro unitario sono sottoposti a regimi profondamente diversi, basta pensare che la scrittura autenticata privata non è prevista in tutti gli ordinamenti; inoltre per i registri immobiliari esiste una regolamentazione internazionale su questi aspetti, dunque è evidente che per far circolare accordi sul regime patrimoniale della famiglia occorre avere degli accordi matrimoniali trascritti, pubblicizzati, perché la circolazione presuppone la pubblicità al fine della tutela del terzo.

La relatrice inoltre espone un altro problema, spesso trattato, ossia che la convenzione matrimoniale per essere trascritta e pubblicizzata deve ricevere un'annotazione, e quindi presuppone un atto matrimoniale che sia stato trascritto, ma questo presuppone la residenza di almeno uno dei coniugi; su questo punto la Regolamentazione è positiva, in quanto vi è l'articolo 28, nel regolamento n. 1103 che prevede la tutela del terzo e fa salva la buona fede del terzo che conosceva o avrebbe dovuto conoscere quella determinata *professio iuris* da parte dei coniugi, allora l'onere della prova è a carico dei coniugi ed il criterio di collegamento utilizzato è la legge del foro dell'avvenuta transazione; quindi il Regolamento è centrale ma va coordinato.

Al fine del coordinamento, occorre tener conto innanzitutto dei *petita*, come criterio di riferimento del divorzio che è l'unica procedura della crisi separativa sulla quale ci si può confrontare a livello sovranazionale; rapporti genitoriali e la grande famiglia dei rapporti patrimoniali. Sullo status, la primaria fonte è certamente il regolamento Bruxelles II-bis, che andrà valutato a seconda del quando è stato instaurato il procedimento, questo per quanto riguarda la giurisdizione; sulla legge applicabile, invece, c'è il regolamento Roma Tre, dunque occorre individuare, se c'è un accordo in materia tra i coniugi e poi a cascata è possibile applicare i criteri di cui all'articolo 8, che poi comunque chiudono il sistema. In merito al riconoscimento e all'esecuzione, è possibile menzionare l'Aia 70 per gli Stati Extra UE.

L'altro radicamento importante è quello della responsabilità genitoriale sulle due pronunce, sui due profili che aiutano a trovare il giudice ed eventualmente a collegare anche gli altri *petita*; per la responsabilità genitoriale occorre individuare il Regolamento Bruxelles II-bis o il Recast, art. 8, tuttavia non ci sono convenzioni su questo; c'è la residenza del minore e la legge applicabile è Aia 96 e lì la *lex fori* tendenzialmente, salvo articolo 15, è la legge dello Stato con il collegamento più stretto, quindi c'è la ratio di tutelare il minore.

Per quanto riguarda le questioni patrimoniali, le stesse si suddividono in tre grandi famiglie; sono tre le questioni che riguardano le obbligazioni di mantenimento tra i coniugi legate allo scioglimento e alla distribuzione della ricchezza nell'ambito nella crisi matrimoniale, le questioni che riguardano obbligazioni di tipo strettamente alimentare e le questioni successorie che sono quelle nelle quali il giudice è chiamato a determinare la quota di spettanza sulla base di un asse ereditario. Queste questioni sono esclusive di quel giudice lì, non riguardano le questioni patrimoniali della famiglia in senso stretto, ecco perché, e qui aiuta molto la giurisprudenza della Corte di Giustizia che già si è occupata della definizione delle obbligazioni alimentari, i rapporti patrimoniali che ci interessano nell'ambito di questo Regolamento sono un insieme molto ampio di rapporti, perché hanno a che fare con quelle norme cogenti, dispositive, facoltative, che regolano in senso lato non solo i rapporti tra coniugi ma anche con i terzi, salva la responsabilità genitoriale.

Per tutti gli effetti che possono derivare dalla crisi separativa, nell'ambito del grande tema degli accordi, occorre tener conto che un accordo è tale se ha tre requisiti, ossia una professio iuris sul foro, sul regime patrimoniale della famiglia che è stato scelto, che potrebbe rinviare ad un ordinamento diverso dal nostro, occorre la legge applicabile a questo rapporto. L'accordo deve essere scritto, non c'è una disciplina analitica che riguarda l'accordo, la relatrice sottolinea come sia interessante il raccordo con il Regolamento n. 4 dell'anno 2009 per quanto riguarda la comunicazione elettronica, considerata supporto durevole e forma scritta; tuttavia le problematiche che riguardano un accordo che rinviano ad un ordinamento anche molto lontano da quello della cittadinanza residenza delle parti, queste situazioni potrebbero mutare nel tempo e dare luogo alla necessità di cambiamenti, dunque si pone il problema del cambiamento della legge nel tempo.

La **Dott.ssa Amisano** si esprime sostenendo che le situazioni che possono portare delle problematiche sono numerose, ma la tenuta, la portata applicativa, effettiva, di questo Regolamento e le semplificazioni con altri regolamenti, potranno emergere soltanto nella tenuta che gli operatori di diritto sapranno dare a questa valutazione, che tende nella sua complessità a far coincidere il foro della causa separativa con la causa patrimoniale, dunque il giudice della separazione o del divorzio è lo stesso che si occupa delle domande che riguardano gli stessi coniugi. La Dott.ssa Amisano inoltre segnala una pronuncia della corte di merito che ha citato il Regolamento n. 1103 dell'anno 2016, prima che si potesse applicare, che applica una convenzione matrimoniale tedesca e che se avesse potuto applicare il Regolamento n. 1103 avrebbe potuto trarne beneficio, prima di tutto in termini di concentrazione.

Il caso è il seguente, trattasi di coniugi tedeschi che si sono sposati in Germania e hanno deciso di trasferirsi in Italia, qui hanno acquistato un terreno e su questo terreno il marito ha costruito una casa per la moglie, dunque causa radicata ad hoc di ripetizione delle somme spese per la ristrutturazione della casa; la moglie si difende eccependo una serie di controprestazioni, ma soprattutto produce la convenzione matrimoniale tedesca; qui è interessante perché attraverso un giudizio delle norme di diritto internazionale privato facendo già riferimento ante litteram al nostro Regolamento che avrebbe agevolato la controversia, comunque il giudice riesce a riconoscere la ripetizione sulla base di un istituto che è quello delle elargizioni matrimoniali, che è un istituto degli anni 70 di origine tedesca, che le parti avevano scelto per la verifica della convenzione sulla questione patrimoniale delle parti, ed è interessante che qui il giudice abbia verificato i tre presupposti di cui sopra.

Il **Presidente Bisogni** si esprime sull'intervento, ritenendo che quest'ultimo ha messo in evidenza il grado di complessità che il diritto in Europa sta assumendo, individuando una certa analogia con quello che è avvenuto nel secolo scorso agli Stati Uniti. Infatti, sono stati fatti anche degli studi sulla complessità cognitiva del sistema giuridico paragonata alla cognizione in termini scientifici di conoscenza. Sul punto, il sistema nordamericano statunitense era uno dei più complessi e gareggiava con la complessità della cognitivtà scientifica, tuttavia quello che si è creato è il famoso american law institute, come una sorta di mediatore codificatore del diritto.

Il Presidente ritiene che sarà necessario arrivare in Europa a simili conclusioni, in quanto è un problema di conoscenza per gli operatori del diritto e questo problema è ingigantito anche da quello linguistico, presente in Europa.

Il **Prof. Salvatore Patti**¹⁸, chiamato ad intervenire subito dopo la Dott.ssa Amisano, si occupa degli accordi in vista del divorzio e, in particolare, si soffermerà sui limiti posti all'autonomia privata, effettuando un confronto con esperienze straniere e operando distinzioni tra accordi conclusi in occasione del matrimonio o al momento in cui si è già verificata la crisi.

¹⁸Professore ordinario di diritto privato presso l'Università "Sapienza" di Roma.

Egli segnala che l'intervento si ricollegherà ad alcune parole del Prof. Quadri, il quale ha introdotto i lavori, e dell'Avvocato Generale che ha invitato ad una riflessione sulla nullità degli accordi prematrimoniali, in quanto potrebbero essere necessari mutamenti di indirizzo in questa materia.

Anzitutto, secondo il Prof. Patti, nel panorama italiano dovrebbe essere inserito un regime patrimoniale analogo a quello tedesco della comunione degli incrementi. Infatti, data la crisi che ha conosciuto il regime di comunione legale dei beni, il modello tedesco, che garantisce la separazione dei patrimoni durante il matrimonio, ma anche il riequilibrio delle posizioni in caso di divorzio, potrebbe essere apprezzato. Questa considerazione lo spinge a prendere brevemente in esame l'articolo 161 c.c., norma che ha determinato una netta divergenza di opinioni tra gli interpreti. In base al suddetto articolo non è possibile che i rapporti patrimoniali siano regolati dagli usi o da una legge straniera, ad es., da quella francese, ma bisogna inserire nell'atto, come clausola, l'equivalente di ciò che detta la norma straniera.

Il Prof. Patti spiega l'origine di questa norma: il legislatore francese ha voluto evitare un rinvio generico agli usi e alle norme di altri paesi, in particolare ha stabilito che le parti devono prevedere nell'atto una regola concreta, in modo da evitare che il giudice debba seguire l'evoluzione dell'ordinamento di un altro paese ed eventualmente la modifica della norma straniera, in quanto la norma è diventata clausola contrattuale. La dottrina italiana si è divisa in merito all'interpretazione dell'art. 161 c.c., ritenendo alcuni studiosi che il contenuto delle leggi straniere o degli usi possa servire soltanto a modificare i regimi previsti dal diritto italiano, mentre altri sostengono che la norma consentirebbe la previsione pattizia di regimi atipici.

Di conseguenza, questa norma – in genere trascurata – potrebbe essere utilizzata al fine di consentire un'ampia esplicazione dell'autonomia privata. Per quanto concerne gli accordi in vista del divorzio, il relatore, avendo preso parte ai lavori della Commissione Europea (CEFL) che ha elaborato i principi in materia di divorzio, ricorda il principio 2-10, posto tra quelli relativi allo scioglimento del matrimonio, che ha ad oggetto gli accordi sul mantenimento dell'ex coniuge. In linea di principio, la Commissione è stata favorevole agli accordi, che possono riguardare anche il profilo quantitativo dell'assegno da pagare.

Il Prof. Patti ricorda, ancora, che in base all'ultima frase del principio 2-10, la competente autorità deve controllare la validità dell'accordo di mantenimento. In definitiva, non si prevede la nullità (in ogni caso) degli accordi, ma un controllo da parte del giudice. Originariamente, nel nostro ordinamento ha prevalso l'idea della nullità, da inquadrare in una visione della famiglia caratterizzata da elementi di diritto pubblico e dalla disegualianza dei coniugi. Dal superamento di questa visione di tipo pubblicistico della famiglia, deriva un maggiore spazio dell'autonomia negoziale, che presuppone una eguaglianza effettiva. Poiché l'ordinamento italiano è pervenuto a questa situazione di eguaglianza, il relatore ritiene che siano venute meno le ragioni che imponevano la nullità degli accordi in esame. In Inghilterra gli accordi sono validi ma non sono vincolanti per il giudice; tuttavia, in questo paese, si riscontra una tendenza recente che dovrebbe condurre ad una modifica legislativa al fine di attribuire maggiore peso agli accordi e quindi per limitare la discrezionalità del giudice. Il quadro è più complesso negli Stati Uniti: volendo tracciare una linea di fondo, occorre distinguere tra gli Stati che conoscono il regime di comunione dei beni e quelli che non prevedono la comunione di beni ma impongono una equa distribuzione dei beni in caso di divorzio, a prescindere dalla loro intestazione in capo ad uno o all'altro coniuge.

Negli Stati Uniti sono intervenuti diversi atti normativi, nei quali si riscontra uniformità circa la necessità della forma scritta dell'accordo e della sottoscrizione di entrambe le parti. In ogni caso il giudice tutela la parte debole, quando questa dimostra che la sua volontà era viziata, ad esempio in assenza di una adeguata disclosure circa la situazione finanziaria dell'altra parte. Inoltre, in genere, si reputa l'accordo non valido se esso esclude del tutto il supporto del coniuge. Altri parametri utilizzati per valutare se l'accordo sia lecito, riguardano il periodo di riflessione di cui ha disposto il coniuge per accettare la proposta relativa all'accordo, poiché si vogliono evitare accordi «a sorpresa».

In tale ambito il relatore ha prestato attenzione ad un dettaglio fondamentale, ossia che quando l'accordo viene stipulato prima del matrimonio domina tra le parti un certo ottimismo, si potrebbe dire

che il sentimento prevale sulla ragione, mentre si ha una fattispecie ben diversa se gli accordi vengono conclusi dopo che la crisi è nata, in quanto muovono da un conflitto concreto e le situazioni patrimoniali sono determinate e note. Con riferimento agli Stati Uniti, riassumendo, è quindi possibile sostenere che il principio sia quello della validità degli accordi, sottoposti ad un controllo giudiziario, che si esplica soprattutto nei confronti degli accordi cosiddetti «a sorpresa», in quanto il giudice verifica se c'è stata una corretta informazione e, in generale, si avverte l'esigenza di tutelare il coniuge economicamente più debole.

Peraltro, anche quando sono state rispettate tutte le regole di formazione del consenso, si effettua un controllo che esamina in concreto la regolamentazione degli interessi, tenendo conto in particolare delle circostanze sopravvenute. Il giudice negli Stati Uniti ha dunque la possibilità di valutare il contenuto degli accordi alla luce delle circostanze, di suggerire delle modifiche e di imporre una soluzione diversa da quella concordata. Anche in Francia, nel settore in esame, si avverte una forte tendenza verso un maggiore spazio dell'autonomia negoziale. Sembra interessante fare ancora un cenno all'ordinamento tedesco, in quanto la possibilità di stipulare accordi aventi ad oggetto l'obbligo di mantenimento è prevista in un paragrafo del BGB, il 1585 lett. c. Questo paragrafo presuppone l'eguaglianza dei coniugi, collegando ad essa l'esplicazione di un'autonomia privata del tutto piena.

La Corte Costituzionale tedesca, intervenuta all'inizio del secolo, e la Corte Suprema hanno fissato un principio favorevole all'autonomia dei coniugi, ma allo stesso tempo si prevede un controllo da parte del giudice. Quindi anche quest'ordinamento contempla la libertà di stipulare gli accordi ma altresì impone una valutazione in concreto del loro contenuto. La valutazione dell'accordo avviene in base a due paragrafi del BGB, il 138 che stabilisce la nullità degli accordi contrari al buon costume e il 242 che disciplina il principio di buona fede. Un esempio di accordo che contrasta con il buon costume è quello che porta il coniuge ad una condizione di bisogno tale da dover fare ricorso al sistema previdenziale. Il controllo, abitualmente, si svolge comunque alla luce del principio di buona fede e la Corte Suprema ha ravvisato una serie di casi concreti in cui una clausola dell'accordo si può considerare contraria al suddetto principio, ad esempio quando occorre tutelare interessi dei figli.

Una particolare tutela è inoltre stabilita nel caso della donna non coniugata che pur di sposarsi, essendo in attesa di un bambino, accetta un accordo svantaggioso. In definitiva, il relatore ritiene che il quadro internazionale mostri una regola generale favorevole alla validità di questi accordi, ma anche la necessità che essi siano sottoposti ad un controllo contenutistico, e sottolinea l'esigenza di distinguere tra quelli stipulati prima del matrimonio o, comunque, della crisi e quelli conclusi dopo il suo inizio. Il controllo contenutistico è basato sul principio di buona fede. Da ultimo, il relatore sostiene che occorre conciliare l'autonomia delle parti con la giustizia delle soluzioni concordate per tutelare la parte debole.

Il Prof. Patti espone un'ultima considerazione in merito agli accordi nel caso della convivenza, in quanto occorre tener conto dell'enorme diffusione di questo fenomeno, e si chiede per quale motivo tra i conviventi molto spesso non venga utilizzato il contratto, ritenendo che la causa sia rinvenibile soprattutto in un fattore culturale.

Il **Presidente Bisogni** si complimenta per l'intervento del precedente relatore, in quanto ha offerto considerazioni antropologiche e sociologiche, in particolare sulla trasformazione che ha subito il diritto di famiglia, diventando più pubblico e non privato. Inoltre ritiene che non vi è soltanto una resistenza giuridica oltre che culturale, sulla possibilità di superare la refusione nei confronti degli accordi negoziali, ma anche una diffidenza per il diritto della famiglia.

Il Presidente cede, quindi, la parola alla **Dott.ssa Alessandra Arceri**¹⁹, il cui intervento verterà sull'analisi della recente sentenza delle Sezioni Unite, in materia di trasferimenti immobiliari e sulla possibilità per i coniugi di inserire nelle conclusioni congiunte di divorzio, nel verbale di separazione, delle clausole che abbiano effetto immediatamente traslativo.

¹⁹ Giudice del Tribunale di Bologna.

La **Dott.ssa Alessandra Arceri**, introduce l'intervento sottolineando come abbia notato anche negli interventi precedenti dei riferimenti alla crescente importanza che l'autonomia negoziale sta assumendo nel panorama internazionale. A tal riguardo infatti, la relatrice ritiene che l'ultima sentenza delle Sezioni Unite dell'anno 2021 sul trasferimento immobiliare, deve essere citata in quanto ha posto un punto fermo nell'ambito di un contrasto che si era creato soprattutto in sede di giurisprudenza di merito.

La relatrice apre il suo intervento ponendo un dubbio, in quanto per quanto riguarda gli strumenti di diritto internazionale soprattutto relativi alla famiglia, il dubbio sorto è se questi regolamenti possano avere una certa influenza sui trasferimenti immobiliari in sede di divorzio, proprio perché questi regolamenti vanno sotto il profilo patrimoniale a disciplinare principalmente l'obbligo di mantenimento, gli accordi sulla legge applicabile e il regime patrimoniale. In realtà, la relatrice specifica che questi trasferimenti non appartengono a nessuno di questi settori, nel senso che non si tratta di accordi sul regime patrimoniale famiglia, ma sono accordi sui generis. Infatti la Cassazione fin dagli anni 70 ha affermato che agli stessi va attribuita una causa abbastanza variabile, ma che è stata individuata da un lato come una causa transattiva, dunque al fine di evitare l'insorgere di contrasti; dall'altro individuata in una finalità definitoria della crisi familiare, che non può essere ridotta a mera soddisfazione dell'obbligo di mantenimento.

Ciò che tuttavia preme sottolineare alla Dott.ssa Arceri, è che essi non si possono catalogare in nessuna una delle categorie individuate. Essi sono dei contratti che si inseriscono come delle gemme incastonate nell'accordo separativo del divorzio a conclusioni congiunte. Inoltre, nel caso della revocatoria disciplinata dal codice civile si è posto il problema di vedere se questi accordi cadono o fanno cadere, se impugnati per revocatoria, anche tutta la separazione. Sul punto la Cassazione ha affermato che si tratta di revocatoria nella separazione, dunque se viene impugnato un trasferimento all'interno di questi accordi, ciò che cade è il trasferimento e non l'intera separazione, sebbene con la sentenza n. 2788 dell'anno 1991 avesse affermato che in questo percorso che ha portato ad un'inversione della quota di importanza tra ruolo pubblicistico e ruolo dell'autonomia negoziale in questi procedimenti, avesse affermato che ogni coniuge ha diritto di subordinare il proprio consenso alla separazione ad un conveniente assetto dei propri interessi, dal punto di vista patrimoniale. Inoltre, nell'anno 2003 ha statuito che questi accordi sono soggetti alla disciplina dei contratti e li ha anche sottratti alla regola del *rebus sic stantibus*, dunque i trasferimenti non sono soggetti a revoca, né a revisione.

Dal punto di vista della forma, trattandosi di trasferimenti immobiliari devono comunque soddisfare i requisiti per una finalità essenziale del nostro ordinamento, ossia di trascrizione. Questo problema della forma è già stato risolto in modo aperto dalla sentenza della Cassazione che risale al 15 maggio del 1997, la n. 4306, con la quale è stato ritenuto che questi atti traslativi, perché contenuti nel verbale, sono dei veri e propri atti pubblici in quanto la loro previsione si inserisce in un atto redatto dall'autorità giudiziaria, come potere di attestare con forza di pubblica fede ciò che avviene.

Il problema è insorto successivamente, in quanto si sono sviluppati orientamenti di svariati Tribunali che avevano riscontrato un'eccessiva rischiosità nell'affidare all'autorità giudiziaria questi trasferimenti, ritenendo invece, sulla scorta della differenza tra contenuto essenziale ed eventuale della separazione, che questi trasferimenti facessero parte del contenuto eventuale, dunque l'autorità giudiziaria non avesse il potere di attestare con forza di atto pubblico il contenuto di questa statuizioni, sulla base di ciò gli orientamenti dei Tribunali italiani si sono divaricati.

Nei Tribunali italiani è prevalsa la tesi bifasica, vale a dire che davanti all'autorità giudiziaria debba essere effettuato soltanto un impegno al trasferimento, il quale è tutelabile in caso di inadempimento con l'azione ex art. 2932. I Tribunali che facevano riferimento alla tesi bifasica hanno ritenuto di poter individuare conferma della loro impostazione in una norma, ossia l'articolo 29, comma 1 bis della L. 52 del 1985.

La prima parte della norma è diretta a prevedere l'obbligo di inserire nell'atto di trasferimento la cosiddetta dichiarazione di conformità oggettiva, ovvero la fedeltà della situazione dei fatti ai dati catastali; la seconda parte della norma prevede una conformità soggettiva, ovvero in riferimento agli

intestatari, e fa riferimento al notaio. Proprio in merito a questo riferimento al notaio, la questione è stata portata dinanzi alle Sezioni Unite, le quali hanno richiamato la sentenza del 1997 sopra menzionata ed è stato affermato che il suddetto articolo 29 non è indirizzato unicamente al notaio, in quanto l'attestazione di conformità soggettiva è propria dell'atto notarile, ma viceversa non occorre per tutti gli altri atti – di natura giudiziale - che importano il trasferimento, ai quali peraltro, da ultimo con specifico riferimento alle sentenze ex art. 2932 c.c., la Cassazione ha reputato pacificamente estensibile la ridetta normativa, senza trovare alcun ostacolo nel riferimento al “notaio” ivi contenuto.

Dunque, questo articolo non è applicabile soltanto all'atto notarile ed è possibile arrivare alla conclusione, a parere della relatrice, che questa norma non è affatto ostativa al praticare i trasferimenti immobiliari. La Dott.ssa Arceri, dopo aver effettuato dei richiami alle modalità seguite dal Tribunale di Bologna, conclude l'intervento ritenendo che le sembra maggiormente anti processuale la tesi che ritiene i trasferimenti attuabili, piuttosto che quella che li ostacola.

Quarta sessione – venerdì 17 settembre 2021

Coordinamento: Dott. R.G. Conti

L'assetto economico delle unioni civili e delle coppie di fatto in crisi

La quarta ed ultima sessione viene introdotta dalla **Prof.ssa Fausta Scia**²⁰, la quale ha subito evidenziato che quello del rapporto patrimoniale tra conviventi e uniti civilmente in caso di crisi rappresenta un tema particolarmente delicato, del quale si continua a discutere molto, nonostante l'approvazione della legge n. 76 del 2016, avendo quest'ultima contribuito a chiarire solo in parte i numerosi dubbi che da sempre riguardano la materia in esame, sulla quale, non a caso, la giurisprudenza ha avuto modo di intervenire in molteplici occasioni nel corso del tempo. Una delle questioni più delicate in proposito riguarda proprio la possibilità di continuare ad invocare – in particolare con riferimento alla posizione delle coppie di fatto in crisi - gli approdi cui era pervenuta la giurisprudenza prima della entrata in vigore della legge Cirinnà, allo scopo di tentare di colmare almeno alcune delle lacune presenti nella legge stessa.

Fatte queste brevi considerazioni iniziali che già annunciano la difficoltà della materia oggetto dell'incontro e la serie di provvedimenti giurisprudenziali cui si farà riferimento lungo il dibattito, ha preso la parola il Cons. Giuseppe De Marzo relazionando sull'assetto patrimoniale della coppia con particolare riferimento allo svolgimento di attività di impresa tra conviventi.

Nell'ambito della regolazione patrimoniale di soggetti non uniti in matrimonio, emerge il tema del venir meno dell'impresa e/o della collaborazione del convivente rispetto all'attività di impresa del partner. La legge Cirinnà, avvertendo l'esigenza di dare una risposta alle istanze che sollecitavano l'applicazione dell'art. 230 bis ai conviventi, ha introdotto una previsione ad hoc (l'art. 230 ter c.c.), che, differenziando la posizione del convivente rispetto alla posizione del partner dell'unione civile, riconosce al primo diritti con contenuto patrimoniale ma non quei diritti gestionali e amministrativi che l'art. 230 bis attribuisce al familiare che partecipi all'impresa familiare, escludendo altresì il diritto al mantenimento.

Si attribuiscono, quindi, i diritti che verranno fatti valere al momento della cessazione dell'impresa o dell'apporto collaborativo del convivente di fatto. Tale presupposto non è indicato in modo inderogabile dalla norma, ma è stata desunta come regola ordinaria dalla giurisprudenza di legittimità a proposito dell'applicazione dell'art. 230-bis; pertanto, le parti possono pattiziamente regolare in modo diverso le loro condizioni.

Per quanto concerne i rapporti soggettivi, l'art. 1, comma 37, della legge Cirinnà prescrive che per l'accertamento della stabile convivenza tra due soggetti, si faccia riferimento alla dichiarazione anagrafica. Sul punto, ci si è chiesti se tale dichiarazione sia da considerare una prova esclusiva o piuttosto una prova superabile da prova contraria. È preferibile l'opinione che non si tratti di prova insuperabile, anche se la giurisprudenza di merito ha optato per la soluzione opposta, perché il tenore

²⁰ Ricercatrice di diritto privato e docente di diritto di famiglia nell'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

sfumato del comma 37 fa pensare che lo scopo della norma sia quello di agevolare la prova e non individuare un mezzo di prova unico.

La finalità è quella di garantire tutela al soggetto debole del rapporto per cui ogni formalismo sul piano probatorio potrebbe finire per offuscare tale finalità perseguita dal legislatore.

Venendo ai presupposti oggettivi, nell'art. 230 ter scompare il riferimento alla famiglia e si fa riferimento a chi presta stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa. L'impresa a cui si riferisce il disposto normativo non è un luogo bensì è da intendersi come evocativo di una correlazione funzionale tra l'attività prestata e l'attività imprenditoriale del partner.

Non sono previsti diritti di carattere gestorio perché non c'è una famiglia e il contenuto dei diritti patrimoniali consiste nella partecipazione agli utili dell'impresa, ai beni acquisiti con essa e agli incrementi dell'azienda.

Questi diritti sono commisurati al lavoro prestato: in particolare, la partecipazione agli utili nell'art. 230-bis è commisurata alla qualità e alla quantità del lavoro prestato e il criterio pare utilizzabile anche con riguardo all'art. 230-ter. D'altra parte, non deve accertarsi una diretta correlazione tra lavoro e utili prodotti.

Tuttavia, diversi sono ancora i problemi irrisolti. Invero, poiché quella familiare è un'impresa individuale di chi la esercita e tutti i diritti dei partecipanti non la trasformano in impresa collettiva, non si può avere impresa familiare se questa è svolta in forma societaria con terzi.

Ci si chiede allora se sia configurabile la collaborazione del convivente di fatto nell'impresa familiare che il partner ha con altri congiunti. Se il contenuto dei diritti patrimoniali di cui all'art. 230 bis c.c. prevede la ripartizione degli utili calcolati al netto del mantenimento erogato in favore dei familiari, non dovrebbe essere allora precluso al convivente di fatto di partecipare all'impresa familiare che il partner abbia con altri congiunti.

A questo punto, tornando alla preoccupazione destata dalle lacune insite nella legge n. 76 del 2016, la Prof.ssa Scia ha offerto un panorama giurisprudenziale relativo al periodo precedente all'entrata in vigore della legge.

In materia di successione nel contratto di locazione, la Corte Cost. con la sentenza n. 404 del 1988 ha affermato il diritto di successione del convivente in caso di morte del conduttore. Con le pronunce nn. 204/2003 e 7/2010, la medesima Corte ha invece negato la successione in caso di cessazione della convivenza ove non vi siano figli. Sul punto è intervenuto il legislatore, estendendo il diritto di successione del convivente al caso di recesso dal contratto di locazione da parte del conduttore, quindi, evidentemente, anche al caso di rottura della convivenza, a prescindere dalla presenza di figli (comma 44 legge 76/2016).

Il legislatore non ha, invece, disciplinato i rapporti patrimoniali tra conviventi nel caso in cui le parti non stipulino un contratto di convivenza, per cui si ritiene che sul punto si debba fare riferimento alle precedenti pronunce della giurisprudenza. Deve, quindi, ritenersi ancora attuale l'indirizzo favorevole alla applicabilità della disciplina in materia di obbligazioni naturali di cui all'art. 2034 cc, con l'effetto di determinare l'irripetibilità delle prestazioni eseguite dal convivente in ottemperanza di doveri morali o sociali. La giurisprudenza si è orientata anche per l'applicazione dell'art. 2041 c.c. tutte le volte in cui le prestazioni tra conviventi siano non proporzionali e adeguate e vadano oltre i doveri di carattere morale di mutua assistenza e collaborazione. Questo orientamento giurisprudenziale è stato seguito anche successivamente all'entrata in vigore della legge 76/2016.

Invero, la pronuncia n. 14732 del 2018 della S. C. ha ritenuto applicabile l'art. 2041 c.c. con riferimento al caso di un convivente che aveva dedicato tempo e denaro alla costruzione di un immobile quale casa familiare ma, in quanto costruito sul suolo di proprietà esclusivo dell'altro, per il principio dell'accessione, era diventato di proprietà del partner.

Di tenore analogo, la pronuncia n. 21479/2018, che ha ritenuto l'esborso effettuato dal convivente di fatto decisamente elevato rispetto alle proprie capacità economiche nell'ambito di una relazione breve e non connotata da agiatezza. La dazione appariva dunque estranea alle spese necessarie per la vita quotidiana, comportando un ingiustificato arricchimento del partner.

Cass. 4659/2019 ha ritenuto fondata la domanda proposta ai sensi dell'art. 2041 dall'ex convivente nei confronti dell'altro, avente ad oggetto la corresponsione di un indennizzo per il contributo economico dato alla costruzione di un immobile intestato solo a quest'ultimo.

Tra le pronunce recenti merita un richiamo la sentenza dell'1 luglio 2021 n. 18721 con cui la Suprema Corte ha escluso il diritto alla ripetibilità delle somme versate dall'ex convivente che aveva effettuato delle modifiche e/o miglioramenti alla casa familiare, trattandosi di prestazione adeguata alle circostanze e proporzionale al patrimonio e alle condizioni sociali del solvens.

Si segnalano, inoltre, le pronunce giurisprudenziali, sia anteriori sia posteriori all'entrata in vigore della legge 76/2016, secondo le quali il convivente di fatto nella casa familiare è un detentore qualificato e dunque legittimato all'esercizio dell'azione di spoglio sicché la posizione dell'altro convivente non gli consente di estrometterlo in via di fatto (Cass. 17214/2013, Cass. 10377/2017, Trib. Torino, 3.2.2021, n. 478).

La Prof.ssa Scia è poi passata ad una sintetica analisi della disciplina attualmente vigente, soffermandosi sui tre aspetti della legge 76/2016 che si ritiene presentino maggiori criticità:

il comma 65 in tema di obbligo di corresponsione degli alimenti all'ex convivente per un periodo proporzionale alla durata della convivenza; si discute circa la scelta del criterio della proporzionalità: alcuni lo ritengono opportuno perché espressione del principio di autoresponsabilità, mentre altri lo considerano in contrasto con la natura assistenziale dell'assegno. Anche la posizione del convivente nell'ordine degli obbligati ex art. 433 c.c. è controversa stante la sua collocazione al 6° grado, dopo il suocero e la suocera e solo prima dei fratelli e delle sorelle;

il comma 50 sul contratto di convivenza: al riguardo ci si chiede come mai il legislatore non abbia previsto la possibilità delle parti di disciplinare nel contratto anche le conseguenze della crisi e ci si chiede, quindi, se l'elenco contenuto nel comma 53 sia da considerare o meno tassativo.

il comma 42 prevede il diritto di abitazione del convivente superstite nella casa familiare per due anni o per un periodo pari alla durata della convivenza ma non oltre 5 anni. In proposito, si discute circa la effettiva assonanza tra la disciplina di cui al comma 42 della legge 76/2016 e quella di cui al comma 2 dell'art. 540 c.c. (in quest'ultima non sono previsti limiti temporali).

Quanto alle unioni civili, c'è una tendenziale omologazione al matrimonio, anche se il legislatore ha scelto di differenziare, almeno sotto il profilo formale, i due istituti.

Vengono dunque elencate le principali differenze intercorrenti tra la disciplina del matrimonio e quella delle unioni civili e viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla estensione alle coppie omosessuali in crisi della disciplina prevista per la rottura del matrimonio (v. Trib. Pordenone, 13.3.2019).

La **Dott.ssa Franca Mangano**²¹, ha quindi affrontato il tema della mancanza della disciplina dei rapporti patrimoniali alla fine della relazione di convivenza notando come nel corso della prima approvazione della legge Cirinnà, alcune disposizioni in tal senso sono venute meno.

Invero, il regime per i conviventi di fatto è limitato dal comma 65 e dal comma 44 che, come si è esposto, prevede la successione nel contratto di locazione anche nel caso di recesso del convivente superstite.

Tale disciplina scarna e limitata ha dato luogo a diverse problematiche applicative.

Un primo caso è quello in cui la richiesta di alimenti venga rivolta dall'ex convivente di fatto al convivente legato ancora da vincolo matrimoniale. Ci si chiede se la disciplina minima possa essere applicata.

Un ulteriore quesito riguarda la possibilità di richiedere gli alimenti anche dopo la cessazione della convivenza e cioè in una fase temporale non necessariamente contigua alla fine della relazione. Sul punto, con una pronuncia del Tribunale di Milano del 2017, i giudici di merito hanno negato tale possibilità lasciando una lacuna della materia e dando il senso della povertà della tutela del convivente alla cessazione del rapporto di convivenza.

²¹ Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia.

Gli studiosi si sono quindi chiesti se il contratto di convivenza sia in grado di supplire alla limitata disciplina sostanziale introdotta dal legislatore.

Il contratto di convivenza così com'è disciplinato è espressione di autonomia negoziale dei conviventi piuttosto limitata.

In realtà il contratto di cui all'art. 50 è valido solo tra chi non ha precedenti vincoli matrimoniali.

Vi è una disposizione che afferma la nullità dei termini e delle condizioni apposte al contratto di convivenza e che dunque configura il contratto di convivenza come un contratto puro.

L'interpretazione da condividere di tale disposizione è sicuramente restrittiva nel senso che la nullità di termini e condizioni riguarda il contratto nel suo complesso e non deve essere mai limitativo del diritto di libertà. Sembra condivisibile, dunque, che la nullità di queste clausole del contratto non si esplica nei riguardi di singoli contenuti.

Ancora, il contratto di convivenza disciplina soltanto aspetti patrimoniali e ci si chiede se possa disciplinare i profili personali e/o il rapporto con i figli. Sul punto, si ritiene che i principi imperativi costituiscano un limite alla possibilità di convenire una disciplina che possa poi non essere conforme agli interessi personali o della prole.

Tuttavia, tale modo di valorizzare l'autonomia negoziale per colmare le lacune dell'ordinamento non può essere un esempio nell'ambito dell'istituto divorzile.

I rapporti patrimoniali della famiglia tra solidarietà e autoresponsabilità

Introduce il tema la **Dott.ssa Gabriella Luccioli**²², seguendo il titolo della tavola rotonda, i principi di solidarietà e di autoresponsabilità, nella molteplicità delle loro declinazioni e applicazioni, costituiranno il filo conduttore del dibattito.

Peraltro, la stessa composizione di questa tavola rotonda lascia intendere che la riflessione non si svilupperà solo sul piano tecnico giuridico, ma implicherà valutazioni di tipo sociologico.

I principi di solidarietà ed autoresponsabilità sono stati reiteratamente invocati dalla giurisprudenza a fondamento sia di indirizzi consolidati sia di orientamenti innovativi, e spesso il richiamo dell'uno o dell'altro con riferimento al medesimo testo normativo ha portato a soluzioni del tutto diversificate.

Tale constatazione rende evidente che si tratta di principi da utilizzare con prudenza, in quanto segnati da ampi margini di approssimazione e densi di implicazioni metagiuridiche, e quindi suscettibili di rivestire portata diversa e di assumere connotazioni ideologiche, riflettendo pregiudizi più o meno consapevoli.

Chi parla crede che nell'attuale fase storica la scommessa stia non tanto nella prevalenza dell'uno o dell'altro principio, ma nel conseguimento di un equo temperamento tra una visione che conferisce valore crescente ai diritti fondamentali della persona e la necessità di realizzare una giusta convivenza di tale valore con altri principi ed interessi di rango costituzionale, nessuno dei quali può assumere una posizione di assoluta prevalenza, se non quello di dignità.

Procedendo ad una opportuna diversificazione dei rapporti tra adulti da quelli tra genitori e figli, per quanto concerne il primo ordine di relazioni non è infrequente nella giurisprudenza più recente il richiamo al principio di autoresponsabilità. Espressione significativa di tale indirizzo è la nota sentenza Lamorgese n. 11504 del 2017 che, distaccandosi da un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato, subordinò la spettanza dell'assegno di divorzio all'applicazione del criterio unico della non titolarità di redditi sufficienti a garantire l'indipendenza economica, con un completo azzeramento dei parametri di quantificazione indicati dal comma 6 dell'art. 5, ed in particolare di quelli diretti a garantire la funzione compensativa dell'assegno.

Tale decisione, come è noto, sostituì ad un criterio relativo, concreto e specifico, che aveva riguardo alle condizioni economiche di una determinata coppia ed al contesto in cui essa era inserita, un criterio di carattere generale, astratto ed assoluto, identificato nell'autosufficienza di una persona singola

²² Già Presidente titolare della prima sezione civile della Corte di cassazione.

e priva di passato, così riducendo significativamente gli spazi per il riconoscimento dell'assegno. Detta sentenza, nell'adombrare che l'interpretazione consolidata in giurisprudenza da circa 27 anni determinasse una sorta di illegittima locupletazione o una rendita parassitaria del richiedente, cui occorreva porre subito termine, si ispirava chiaramente a valutazioni di tipo etico/economico, celando dietro il richiamo al principio di autoresponsabilità considerazioni di ordine prettamente ideologico.

La successiva pronuncia delle S.U. n. 18287 del 2018, nel porre rimedio agli effetti distorsivi dell'incauto overruling del 2017, si è reiteratamente riferita al principio di solidarietà lì dove - affermando che i criteri di cui alla prima parte del comma 6 dell'art. 5 della legge sul divorzio integrano il parametro di riferimento per decidere sia sulla attribuzione che sulla quantificazione dell'assegno - ha attribuito rilevanza preminente al contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune e di quello personale di ciascuno dei coniugi, così dandosi carico della funzione perequativa/compensativa dell'assegno, che si affianca a quella assistenziale. Le Sezioni Unite hanno in tal modo restituito rilievo e dignità al vissuto della coppia prima dello scioglimento del matrimonio, ritenendo che non possa esistere cesura tra la situazione attuale del coniuge richiedente ed il suo percorso matrimoniale, atteso che il divorzio pone termine al vincolo, ma non azzera il passato e non sopprime le conseguenze attuali delle modalità con le quali la vita in comune si è dispiegata. Esse hanno così recuperato il valore della solidarietà postconiugale, ponendo gli artt. 2 e 29 Cost. alla base dei rapporti economici dei coniugi anche dopo lo scioglimento del vincolo.

Preme soltanto evidenziare che detta sentenza evoca il principio di autoresponsabilità che connota la definizione e condivisione dei ruoli familiari associandolo al richiamato valore della solidarietà postconiugale, intesa come solidarietà del caso concreto, secondo la definizione di Massimo Bianca.

In questa visione solidarietà, autodeterminazione ed autoresponsabilità non si pongono più in termini antitetici, ma si integrano nella prospettiva di un modello di famiglia aderente all'evoluzione della società e del costume.

Ed anche l'ordinanza n. 28995 del 2020, che ha sollecitato la remissione alle Sezioni Unite della questione della automaticità o meno della cessazione dell'obbligo di versamento dell'assegno divorzile nel caso di nuova convivenza del beneficiario, nel dubitare della correttezza dell'orientamento più recente incline all'automatismo degli effetti estintivi ha evocato la funzione compensativa dell'assegno, e quindi il principio di solidarietà postconiugale.

È agevole riscontrare nell'ordinanza di remissione la ricerca di un punto di equilibrio tra il principio di autoresponsabilità e quello di solidarietà postconiugale, sul rilievo che se pure il primo chiama gli ex coniugi che costituiscono una stabile convivenza con soggetti terzi a scelte consapevoli di vita anche a detrimento di pregresse posizioni di vantaggio, tuttavia esso non può sterilizzare il secondo, persistendo in ragione della funzione perequativa/compensativa dell'assegno l'esigenza di riconoscere all'ex coniuge economicamente più debole un livello reddituale adeguato al contributo fornito all'interno della disciolta comunione - tanto più consistente nei matrimoni di lunga durata e con la presenza di figli - nella prospettiva di un modello di unione coniugale incentrata sulla parità dei ruoli in essa rivestiti, che proietta la sua operatività anche nella definizione degli assetti economici postconiugali.

Spetta ora alle Sezioni Unite decidere se ribadire il principio di automatismo dell'effetto estintivo o affidare al giudice del caso concreto l'accertamento del diritto alla conservazione dell'assegno divorzile, dopo aver verificato che esso abbia svolto in passato una funzione perequativa/compensativa.

Resta peraltro la difficoltà di configurare l'assegno di divorzio che, secondo la legge, va corrisposto senza limiti di tempo (salvi ovviamente provvedimenti successivi di modifica o di revoca) come strumento idoneo a compensare i sacrifici compiuti da uno dei coniugi nell'interesse del nucleo familiare.

Quanto ai rapporti tra genitori e figli, fermo l'obbligo costituzionalmente imposto dall'art. 30 comma 1 ai genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, la questione più dibattuta concerne la durata dell'obbligo di mantenimento della prole oltre la maggiore età. Come è noto, con ordinanza n. 17183 del 2020 la Cassazione, richiamando in termini assorbenti il principio di autoresponsabilità del figlio

maggiorenne, ha affermato che detto obbligo cessa di diritto al raggiungimento della maggiore età e che spetta al figlio ultradiciottenne agire in giudizio per il riconoscimento del relativo diritto, dimostrando in via autonoma di non essere in colpa per il suo stato di perdurante dipendenza economica.

Va innanzi tutto rilevato che tale summa divisio tra prima e dopo il compimento dei 18 anni appare stridente con il più elementare buon senso e produce l'effetto di liberare automaticamente a quella data da ogni dovere di contribuzione il genitore non convivente e di costringere il figlio a promuovere un separato giudizio, con i suoi costi e i suoi tempi, per dimostrare, accollandosi il relativo onere, non solo di aver curato con ogni possibile impegno la propria preparazione, ma anche di avere con pari impegno operato nella ricerca di un lavoro.

È facile osservare in contrario che non è ravvisabile alcuna estinzione o sospensione del diritto al mantenimento al sopraggiungere della maggiore età, atteso che sul piano assiologico i doveri verso i figli nascono dalla filiazione e prescindono dall'esistenza di poteri nei loro confronti.

Inoltre, l'impostazione seguita nell'ordinanza in esame determina una inammissibile differenziazione tra figli di genitori separati o divorziati e figli di genitori uniti e comporta sostanzialmente che nelle more sia accollato unicamente sull'altro genitore convivente (generalmente la madre) il peso del mantenimento del giovane.

Ed ancora, imporre al figlio maggiorenne la ricerca di qualsiasi lavoro e l'attivazione in qualunque direzione per raggiungere una qualche autonomia significa ignorare che costituisce preciso dovere dei genitori, ovviamente nei limiti delle loro possibilità economiche, rispettare le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni della prole, secondo il chiaro disposto degli artt. 147 e 315 bis, primo comma, c.c.

Evocare in modo così pressante il principio di autoresponsabilità dimenticando quel valore di solidarietà che dà senso alle relazioni familiari significa aderire ad una visione dell'impegno dovuto dalle giovani generazioni con la quale si può in linea astratta anche convenire, ma che stride fortemente con la drammatica realtà del nostro Paese e con le enormi difficoltà dei giovani di realizzare le proprie aspirazioni lavorative e anche di inserirsi comunque nel mercato del lavoro; significa insomma perdere di vista quel ruolo di sensore sociale che il giudice è chiamato ad assumere al fine di enucleare dalla realtà i diritti delle persone.

Va altresì considerato che autoresponsabilità significa anche responsabilità verso se stessi, significa rispetto delle scelte personali difficili, che talvolta richiedono tempi lunghi di preparazione (pensiamo al concorso in magistratura), che magari non sono coronate da successo al primo tentativo, a fronte delle quali si pone il dovere dei genitori, sempre ovviamente che ne abbiano la capacità economica, di supporto e di incoraggiamento in nome del principio di solidarietà; significa rispetto per le legittime aspirazioni e le specifiche attitudini dei figli, che costituiscono presupposto per la realizzazione della loro dignità.

Si tratta insomma di riconoscere quel diritto al futuro dei giovani che la Costituzione riconosce e garantisce.

Fortunatamente la giurisprudenza della Cassazione sembra aver messo da parte i principi enunciati nella richiamata ordinanza n. 17183 del 2020. Le ordinanze 2020 n. 19077, 2020 n. 21752 e 2021 n. 23318 sono infatti tornate all'orientamento originario, secondo il quale il giudice non può a priori fissare un termine finale all'obbligo di versamento dell'assegno, dovendo la cessazione di esso accertarsi a posteriori in conseguenza di fatti sopravvenuti idonei a determinare tale effetto, con onere della prova a carico del genitore onerato.

A fronte delle richiamate incongruenze del sistema vigente appare evidente la necessità di una complessiva e sistematica rivisitazione da parte del legislatore degli assetti economici postmatrimoniali, che superando l'impostazione attuale che pone l'assegno di divorzio come unico strumento disponibile per la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra le parti dia finalmente spazio - superando le note resistenze della giurisprudenza - agli accordi privati dei soggetti interessati, introducendo nel nostro ordinamento i pre-nuptial agreements in vista della crisi familiare.

A detto intervento, da lungo tempo sollecitato da molti osservatori, induce anche la scarsa applicazione del regime di comunione legale tra i coniugi, che nella prospettiva del legislatore del 1975

costituiva espressione della massima solidarietà familiare ed integrava valido strumento per la realizzazione dell'istanza paritaria e per la valorizzazione del lavoro di cura all'interno della famiglia. Le statistiche sul punto evidenziano l'alto tasso di impopolarità e l'obsolescenza di tale regime patrimoniale, determinata anche dall'incremento del numero delle separazioni e dei divorzi, che induce i nubendi a favorire il regime separatista, così da evitare i complessi problemi giuridici attinenti allo scioglimento della comunione.

Prende, quindi, la parola il **Prof. Michele Sesta**²³, il quale relaziona in merito all'assegnazione della casa familiare nella fase fisiologica e patologica del rapporto di coppia.

La solidarietà è la comunità familiare, la autoresponsabilità è la posizione dell'individuo che deve farsi avanti coi propri mezzi.

La disciplina legale in esame risalente agli anni '70 rifletteva una società nettamente differente da quella moderna. Nel 1975 il legislatore ha diviso la problematica in due filoni:

Rapporti patrimoniali primari e cioè il momento contributivo affidato all'accordo tra le parti per sostenere la famiglia onde il principio di solidarietà trovava la massima espressione;

Rapporti patrimoniali secondari ossia relativi alla distribuzione della ricchezza accumulata e non consumata.

I relatori precedenti hanno notato come maggiore spazio dovrebbe essere riconosciuto all'autonomia dei coniugi. Tuttavia, se si pensa alla possibilità di scelta della separazione come regime patrimoniale tra i coniugi prevista dall'art. 162 comma 2 cc, è del tutto evidente che tale scelta venga effettuata senza alcun tipo di garanzia a monte. Invero, non v'è un consenso informato e neanche un vaglio del consenso di tali scelte. Oltretutto, manca anche il controllo del giudice ex post.

Quando si fa riferimento ad una maggiore autonomia dei coniugi, non può che trattarsi di un'autonomia controllata.

Il regime dei rapporti patrimoniali come è disciplinato nel suo insieme risulta inadeguato e ciò spiega anche le ragioni del travaglio che ha interessato la materia dell'assegno di divorzio.

La sentenza della Suprema Corte del 2017 ha messo in contrapposizione i principi di solidarietà e autoresponsabilità, quest'ultimo è espressamente enunciato all'art. 1569 del BGB secondo cui, dopo il divorzio, ognuno deve farsi carico del proprio mantenimento.

Le S.U. del 2018, di fronte ad una rottura del vecchio indirizzo, hanno ripreso l'orientamento del '70 insistendo però sulla durata del matrimonio, durata che necessariamente era esclusa nell'orientamento precedente concependo il matrimonio come legame indissolubile.

Alla luce di quanto esposto, è chiaro quindi che il margine di discrezionalità del giudice di merito diventa amplissimo.

Lo strumento dell'assegno, che è l'unico di cui il giudice dispone, non è il più adatto per svolgere una perequazione effettiva, ma è necessario un intervento legislativo che disciplini meglio i rapporti patrimoniali in caso di cessazione del matrimonio, regolando altresì la materia della casa familiare che assolve all'obbligo primario degli sposi di coabitazione.

Interviene a questo punto l'**Avv. Maria Giovanna Ruo** del foro di Roma²⁴. La relatrice, riportando dati derivanti dalle più recenti statistiche, nota come l'Italia è un paese di anziani il cui numero cresce esponenzialmente e non ci si accorge che all'interno della compagine familiare è necessario costruire regole per cui i figli adulti e indipendenti prestino aiuto ai genitori.

Un tema rilevante è quello relativo alla assegnazione della casa familiare. L'istituto intende tutelare i soggetti vulnerabili della famiglia in caso di crisi della coppia. La disciplina di tale materia riflette la visione della famiglia che il legislatore e dunque la società del tempo aveva in mente. Si trattava di un contesto sociale in cui i matrimoni si celebravano in giovane età, la maggior parte della popolazione aveva figli e una casa che veniva ereditata dalla prole.

²³ Ordinario di diritto privato presso l'Università Alma Mater di Bologna.

²⁴ Presidente della Camera Nazionale Avvocati per la famiglia ed i minori.

Oggi però i rapporti interpersonali sono più complessi: le relazioni non portano necessariamente alla celebrazione del vincolo matrimoniale quanto piuttosto si consolidano attraverso un periodo di convivenza. È solo poi grazie all'aiuto della famiglia di origine e spesso di parenti rientranti in una famiglia allargata che le giovani coppie possono accedere ad un mutuo per l'acquisto di una casa.

Pertanto, il genitore al quale viene assegnata la casa familiare avrà poi altre famiglie titolari degli stessi diritti che però verranno private di risorse economiche.

Sarebbe dunque auspicabile che la casa venisse assegnata nell'interesse dei figli, ma tenendo presente anche l'interesse di eventuali altri figli assicurando tutela a pari diritti.

Nel caso di convivenza more uxorio del genitore assegnatario con un terzo, è necessario considerare lo spostamento di ricchezza sine titulo che si verifica dal genitore comproprietario non assegnatario al terzo convivente con cui l'assegnatario usufruisce del bene casa, ricavando quest'ultimo un'utilità economica (si pensi al soggetto che vive in casa del convivente assegnatario e affitti la propria casa).

Questo istituto costituisce un nodo di elevata conflittualità con coinvolgimento dei figli nella lotta post coniugale per rimanere o rientrare nel possesso dell'abitazione.

Per quanto attiene al tema dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente, nonostante la dubbia sentenza a cui ci si riferiva pocanzi, è indubbio che il dovere di mantenimento non finisca a 18 anni. Ciò perché la responsabilità genitoriale comprende un insieme di diritti e doveri inscindibilmente connessi e il dovere di mantenimento è a sua volta connesso con quello di educazione e formazione dei figli e deve seguire fino a quando il percorso di formazione non si ritenga concluso.

È quindi intervenuta la **Prof.ssa Chiara Saraceno**²⁵, la relatrice ha concentrato la relazione sulle asimmetrie tra uomini e donne nel mercato del lavoro offrendo un punto di vista differente sui principi di solidarietà e autoresponsabilità.

Partendo da una definizione di verità familiare, ci si accorge subito come si tratti di un concetto difficile da definire. La famiglia è l'ambito più denso di valori, aspettative ma anche mutamenti e diversità culturali.

La sentenza del 2017, a cui i precedenti relatori hanno fatto più volte riferimento, si basava su un'idea di cambiamenti della coppia che voleva trovare un approdo normativo.

Vi è anche da notare come la riduzione del numero di matrimoni è dovuta anche all'invecchiamento della popolazione con, al contrario, un aumento delle seconde nozze.

Anche in Italia una percentuale crescente di matrimoni è preceduta da almeno un anno di convivenza le quali sono anche sempre più feconde posto che 1 bambino su 3 nasce all'interno di una convivenza e non nel matrimonio.

In Paesi come Svezia e Olanda il matrimonio è sempre più concepito come un rito di conferma piuttosto che un rito di passaggio.

Per quanto attiene al regime patrimoniali tra coniugi, la Prof.ssa Saraceno nota come il fenomeno della minoranza che sceglie la comunione dei beni parte sempre più da una scelta delle donne. Tuttavia, non è vero che sono pochi i matrimoni in cui c'è asimmetria nelle disponibilità economiche. Ancora oggi in Italia ci sono donne che rinunciano al matrimonio per il lavoro ma è un Paese in cui l'arrivo di un figlio divarica le possibilità economiche tra uomini e donne.

Allora, più che solidarietà, come si diceva prima, si tratta di compensare la partecipazione dell'uno e dell'altro all'interno della coppia perché se i mariti possono stare sul mercato del lavoro senza occuparsi della famiglia è perché c'è qualcuno che se ne occupa al loro posto.

La Prof.ssa Saraceno ha ricordato come nella tavola rotonda si è fatto spesso riferimento al principio di solidarietà e si è chiesta: ma siamo sicuri che la solidarietà si realizzi all'interno del matrimonio? Purtroppo, alla luce anche delle statistiche più recenti, non è detto che all'interno della famiglia tutti i componenti abbiano lo stesso tenore di vita.

²⁵ Professoressa di sociologia della famiglia e honorary fellow presso il Collegio Carlo Alberto di Torino.

Riallacciando le fila del discorso, il **Cons. Giovanni Giacalone**, Sostituto Procuratore Generale della Corte di Cassazione, a chiusura dell'incontro-dibattito e nel ringraziare i relatori che allo stesso hanno preso parte, riconosce l'indeterminatezza del disposto normativo della materia in esame che rende dunque necessario ed inevitabile l'intervento della giurisprudenza.

Quanto alla concessione di un maggior spazio all'autonomia delle parti, il Consigliere ritiene che si debba procedere con prudenza stante la delicatezza della materia e la necessità di prevedere altresì il consenso informato circa le possibili conseguenze di tale riconoscimento oltreché un ulteriore controllo del giudice sulle scelte dei soggetti della coppia.