

LA CRISI DEL RAPPORTO MATRIMONIALE TRA  
SEPARAZIONE E DIVORZIO: EVOLUZIONE DEL SISTEMA E  
PROSPETTIVE DI RIFORMA

*THE CRISIS OF THE MARRIAGE RELATIONSHIP BETWEEN  
SEPARATION AND DIVORCE: EVOLUTION OF THE SYSTEM AND  
PROSPECTS FOR REFORM*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 38-75*



Antonino  
ASTONE

ARTÍCULO RECIBIDO: 22 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

**RESUMEN:** Il contributo si propone di indagare criticamente il rapporto tra separazione e divorzio nell'ambito dei rimedi alla crisi coniugale, tenendo conto dell'evoluzione del sistema positivo. Dopo un'analisi del rapporto tra separazione e divorzio nei principali ordinamenti europei, si evidenzia che nell'ordinamento italiano la separazione diventa, nella maggior parte dei casi, una fase di transizione che porta allo scioglimento del matrimonio. La coesistenza nell'ordinamento italiano di entrambi i rimedi non è ispirata ad una logica alternativa, poiché per molti versi la distinzione tra separazione e divorzio ed i relativi profili normativi sono ancora evidenti. Pertanto, sulla base di un'interpretazione sistematica della normativa vigente, si propone di ricorrere a una regolamentazione unitaria della crisi coniugale, con un esito inevitabile: il divorzio immediato.

**PALABRAS CLAVE:** Separazione; divorzio; rimedi; alternativa'.

**ABSTRACT:** *The contribution aims to critically investigate the relationship between separation and divorce in the context of remedies for the marital crisis, taking into account the evolution of the positive system. After an analysis of the relationship between separation and divorce in the main European legal systems, it is highlighted that in the Italian legal system, separation becomes, in most cases, a transition phase that leads to the dissolution of marriage. The coexistence in the Italian legal system of both remedies is not inspired by an alternative logic, since in many ways the distinction between separation and divorce and the related regulatory profiles are still clear. Therefore, on the basis of a systematic interpretation of the regulations in force, it is proposed to resort to a unitary regulation of the marital crisis, with an inevitable outcome: immediate divorce.*

**KEY WORDS:** Separation; divorce; remedies; alternatives.

**SUMARIO.- I. LA REGOLAMENTAZIONE DELLA CRISI FAMILIARE NEL NUOVO MILLENNIO.- II. LA PRIVATIZZAZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI E DELLA GESTIONE DELLA CRISI CONIUGALE.- III. I RIMEDI ALLA CRISI MATRIMONIALE IN ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE EUROPEE: UN'ANALISI COMPARATA.- IV. SEPARAZIONE E DIVORZIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.- 1. DALLA SEPARAZIONE PER COLPA AL DIRITTO POTESTATIVO ALLA SEPARAZIONE.- 2. SCIoglimento DEL MATRIMONIO E NECESSITÀ DI UNA PREGRESSA SEPARAZIONE. RILIEVI CRITICI.- V. IL REGOLAMENTO DELLA CRISI DELLA CONVIVENZA TRA UNITARIETÀ E DIFFERENZIAZIONE. NECESSITÀ DI UN TRATTAMENTO OMOGENEO DELLE ESPRESSIONI DELLA SOLIDARIETÀ NELLA CRISI CONIUGALE.- VI. INTERPRETAZIONE SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA DELLA CRISI MATRIMONIALE ED ALTERNATIVITÀ DEI RIMEDI. L'INEVITABILE APPRODO AL DIVORZIO IMMEDIATO.**

---

## **I. LA REGOLAMENTAZIONE DELLA CRISI FAMILIARE NEL NUOVO MILLENNIO.**

Agli inizi del nuovo millennio può ritenersi superata la denunciata "fissità del nostro quadro normativo"<sup>1</sup> in materia di regolamentazione della crisi familiare e dei rapporti di famiglia; ed infatti la legge n. 54 del 2006 con la previsione, in via prioritaria e salvo l'esistenza di situazioni ostative, dell'affidamento condiviso e dell'assegnazione della casa familiare avuto riguardo all'interesse dei figli, ha configurato diversamente ed in termini unitari i provvedimenti relativi alla prole -anche quella nata fuori del matrimonio- in ogni caso di dissoluzione della coppia genitoriale, quindi sia in caso di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, che in caso di nullità o annullamento dello stesso. Sempre con riferimento all'interesse dei figli il legislatore del 2006, al fine di ridurre la conflittualità tra i coniugi, ha altresì previsto che il giudice possa valutare l'opportunità, sempre che i coniugi lo consentano, di rimettere gli stessi ad un mediatore qualificato per raggiungere un accordo. Ed ancora il d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modifiche dalla legge 10 novembre 2014 n. 162, ha introdotto due nuove modalità per ottenere la separazione personale, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, senza la mediazione giudiziale: la convenzione di negoziazione assistita (art. 6), conclusa dai coniugi, assistiti ciascuno da un avvocato diverso, e l'accordo concluso dai coniugi innanzi al Sindaco, quale Ufficiale dello stato civile, con l'assistenza facoltativa degli avvocati (art. 12).

---

<sup>1</sup> L'espressione è di QUADRI, E.: "Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive", *Fam. dir.*, 2009, p. 1060.

• **Antonino Astone**

Professore associato di Diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina, abilitato alla prima fascia

Un ulteriore intervento relativo alla vicenda estintiva del rapporto matrimoniale si registra inoltre con la l. n. 55 del 2015, che ha ridotto il termine di durata della separazione personale dei coniugi necessario per proporre la domanda di divorzio; oggi infatti, ai fini dell'estinzione del vincolo, la separazione deve protrarsi per dodici mesi dalla data di comparizione dei coniugi davanti al Presidente del Tribunale nella separazione personale contenziosa, e per sei mesi in caso di separazione consensuale, decorrenti dalla data dell'udienza presidenziale o dalla data di certificazione dell'accordo di separazione raggiunto in sede di negoziazione assistita o dalla data dell'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile<sup>2</sup>. L'occasione sarebbe stata invece propizia per riflettere sulla opportunità di considerare ancora la separazione quale presupposto del divorzio. Con il medesimo provvedimento normativo, che ha introdotto il c.d. divorzio breve, si è inoltre modificato il dies a quo dello scioglimento della comunione legale dei beni in caso di separazione personale dei coniugi, coincidente con la data in cui il Presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati o da quella di sottoscrizione del verbale di separazione consensuale, purchè segua l'omologazione delle condizioni come prospettate dai coniugi. Anche la recente legge delega 26 novembre 2021, n. 206, di riforma della giustizia civile e familiare, come si dirà oltre, incide significativamente sui procedimenti di separazione personale dei coniugi, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modificazione delle relative condizioni.

## II. LA PRIVATIZZAZIONE DELLE RELAZIONI FAMILIARI E DELLA GESTIONE DELLA CRISI CONIUGALE.

Questo vento riformatore, per molti versi ancora debole, era comunque necessario al fine di adeguare la disciplina della patologia del rapporto matrimoniale alle trasformazioni economico-sociali intervenute nonché per partecipare al dialogo europeo *in subiecta materia*. In questa direzione anche altre esperienze giuridiche hanno registrato interventi significativi in materia di crisi dei rapporti familiari, realizzando un distacco netto della comunità familiare rispetto al passato ed alla concezione pubblicistica dei rapporti che ruotano intorno alla stessa<sup>3</sup>. Alla

2 In realtà già a partire dal 2002, nel corso della XIV legislatura, si cominciò a discutere in Parlamento della riduzione del termine richiesto per proporre domanda di divorzio. In questa direzione il 28 febbraio del 2002 è stata presentata, su iniziativa dell'on. Montecchi, una proposta di legge nella cui relazione introduttiva si afferma che "la disciplina del divorzio nel nostro Paese appare molto rigida rispetto alle effettive dinamiche sociali e culturali che il legislatore deve saggiamente accompagnare e che il termine di tre anni dall'inizio della separazione per lo scioglimento del matrimonio non serve in alcun modo come deterrente per la prosecuzione di esperienze di coppia ormai logorate ed invece funziona come intralcio per la formalizzazione delle ulteriori scelte di vita che nel frattempo sono maturate". La proposta non ha avuto seguito e, sulla base delle medesime argomentazioni, il 6 maggio del 2008, durante la XVI legislatura è stata presentata, su iniziativa dell'on. Paniz, altra proposta di legge sottoposta alla discussione del Parlamento il 21 maggio 2012.

3 MORACE PINELLI, A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 60 ss., ma sul punto già SESTA, M.: *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, contributo che introduce la ristampa dell'opera di Cicu, *Il diritto di famiglia*, 1978, p. 20. In questa prospettiva, afferma A. Rocco il cui

tutela di un non ben definito interesse superindividuale della famiglia -garantito e rafforzato dalla indissolubilità del matrimonio- è subentrata la prioritaria considerazione dei diritti fondamentali dei suoi membri, che passa attraverso l'attribuzione di una rilevanza sempre maggiore a soluzioni concordate della crisi ed un ridimensionato ruolo della colpa nella definizione delle vicende disgregative del rapporto coniugale<sup>4</sup>. Intesa la comunità familiare non più come istituzione bensì come formazione sociale, la cui essenza riposa sulla reciproca affectio e sulla solidarietà, si valorizzano le peculiari esigenze di tutela dei suoi componenti attribuendo loro ampia autonomia nella costituzione, gestione e cessazione del rapporto<sup>5</sup>, informato sempre di più ai valori di autodeterminazione e negozialità<sup>6</sup>. Si assiste ad una sempre più marcata privatizzazione delle relazioni familiari e della gestione della crisi coniugale in particolare<sup>7</sup>, realizzandosi anche in questo ambito la transizione dallo status, di cui la famiglia è terreno elettivo, al contratto, id est all'attribuzione ai soggetti di poteri di autonomia sempre più consistenti<sup>8</sup>. In questa direzione si muove altresì la codificazione europea del diritto di famiglia, che prevede la possibilità per gli ex coniugi di raggiungere un accordo sulle

---

pensiero è richiamato da (a cura di M. BESSONE.-G. ALPA – A. D'ANGELO, -G. FERRANDO-. M. R. SPALLAROSSA: *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995, p. 13, che il matrimonio è istituto non creato a beneficio dei coniugi bensì "atto di dedizione e sacrificio degli individui nell'interesse della società di cui la famiglia è nucleo fondamentale".

- 4 Sul punto anche FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, P.: *Famiglia e matrimonio* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO), I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1249.
- 5 In questa direzione anche FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, II° ed., in *Trattato di dir. civ. comm.* Cicu-Messineo, Milano, 2015, p. 62. Sulla nozione di famiglia in funzione strumentale alla tutela dei suoi membri e sulla reciproca affectio tra gli stessi BIANCA, C. M. : voce "Famiglia (diritti di)", *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 73.
- 6 E' quanto emerge dalla parte motiva della sentenza della Corte di Cassazione del 22 gennaio 1994 n. 657, *Fam. dir.*, 1994, p. 139, con nota di CARBONE, V.: "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)". Affermano i giudicanti che "l'accordo di separazione non si scinde in una duplice tipologia di clausole strutturalmente differenziate ("processuali" o "extraprocessuali"), ma è atto unitario ed essenzialmente negoziale, soggetto a controllo ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.), tanto che in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia".
- 7 Significative al riguardo le riflessioni di FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 59 ss.; MANTOVANI, M.: voce "Separazione personale dei coniugi", *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Torino, 1992, p. 5; in tal senso AL MUREDEN, E.: *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 9 ss.
- 8 Sul passaggio dallo status al contratto in generale MAINE, H. S : *Dallo status al contratto*, in (a cura di S. RODOTA', ), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 211; POCAR, V.- RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5 e ss., e 49 ss., i quali rilevano che "lo status rappresenta l'elemento portante del modello della famiglia che si traduce nell'istituzione, caratterizzata dalla continuità nel tempo e dal sovraordinamento delle sue funzioni e della sua stessa ragion d'essere rispetto agli individui che la compongono". La qualifica della famiglia come istituzione, si osserva, implica che "i membri della famiglia non possono agire secondo i loro desideri e che le loro condotte sugli aspetti essenziali sono programmate, sicchè esse sfuggono alla libertà delle scelte individuali. L'idea della famiglia istituzione nella quale gli obblighi prevalgono sulle pretese, i doveri sui diritti, l'iscrizione di responsabilità sull'assunzione delle responsabilità-rimanda prevalentemente a una dimensione di staticità, al suo permanere nel tempo al di là delle vicende dei singoli membri...dai membri della famiglia, secondo il ruolo assegnato sulla base delle loro identità giuridiche, ci si attende dunque un certo comportamento e l'espressione formale di tale comportamento è appunto lo status".

conseguenze patrimoniali della cessazione del vincolo<sup>9</sup>. La visione essenzialmente privata della relazione coniugale, costituente l'esito del descritto processo di transizione, si esprime, su un piano generale, nel potere attribuito alle parti del rapporto coniugale di impedire ogni e qualsivoglia ingerenza esterna nella gestione delle questioni familiari sia in costanza di rapporto che nel momento patologico dello stesso.

Con riferimento a questo momento del rapporto l'autonomia attribuita ai coniugi si manifesta nel potere attribuito a ciascuno di essi di sottrarsi ad una convivenza divenuta, indipendentemente da profili di colpa, intollerabile, con una valutazione dei possibili comportamenti contrari ai doveri matrimoniali confinata in una prospettiva di esclusivo determinismo causale del fallimento dell'unione<sup>10</sup>. L'accordo, espressione del principio di uguaglianza cui le relazioni familiari sono improntate, diviene allora fonte autonoma e/o concorrente di regolamentazione della crisi coniugale sia nei rapporti tra i coniugi che rispetto ai figli. In questa direzione è significativo l'accordo di separazione consensuale, sospensivo di alcuni effetti del rapporto coniugale, attraverso il quale i coniugi definiscono le condizioni della loro vita separata, in particolare le conseguenze personali e patrimoniali, la cui efficacia è subordinata al controllo giudiziale di omologazione, diretto a verificare la corrispondenza delle pattuizioni riguardanti il mantenimento e l'affidamento dei figli con l'interesse degli stessi. Condizioni sempre modificabili qualora mutino le circostanze sulle quali le stesse si fondavano. Si tratta di un negozio giuridico di diritto familiare autonomo e perfetto cui sono applicabili, nei limiti della compatibilità, le norme sui vizi del consenso<sup>11</sup>.

9 Par. 2.10 dei Principles of European family law regarding divorce and maintenance dove si afferma "(1) Spouses should be permitted to make an agreement about maintenance after divorce. The agreement may concern the extent, performance, duration and termination of the maintenance obligation and the possible renoucement of the claim to maintenance. (2) Such an agreement should be in writing. (3) Notwithstanding paragraph 1, the competent authority should at least scrutinise the validity of the maintenance agreement".

10 Cass., 2.09.2022, n. 25966, *Diritto & Giustizia* 2022, 5 settembre, secondo cui "la dichiarazione di addebito implica la prova che irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile esclusivamente al comportamento di uno o di entrambi i coniugi, consapevolmente e volontariamente contrario ai doveri nascenti dal matrimonio, ovvero sia che sussista un nesso di causalità tra i comportamenti addebitati ed il determinarsi dell'intollerabilità dell'ulteriore convivenza. Tale principio è stato ritenuto applicabile anche all'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale, la quale, costituendo una violazione particolarmente grave, normalmente idonea a rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, è stata ritenuta di regola sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge responsabile, a meno che non si accerti, attraverso un'indagine rigorosa ed una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, che l'infedeltà non ha costituito la causa efficiente della crisi coniugale, essendosi manifestata in presenza di un deterioramento dei rapporti già irrimediabilmente in atto, in un contesto caratterizzato da una convivenza divenuta ormai meramente formale".

11 In tal senso Trib. Milano, 27.03.2013, *Giur. merito*, 2013, 7-8, p. 1557, secondo cui "la separazione consensuale trova la sua unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al presidente del tribunale (atteso che l'art. 158 c.c. fa dipendere la separazione dal solo consenso dei coniugi) e la successiva omologazione agisce come mera condizione di efficacia dell'accordo, di per sé già integrante un negozio giuridico perfetto ed autonomo". Rileva il giudice che il decreto di omologazione viene emesso nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione e si sostanzia in un provvedimento con il quale il tribunale, esercitato positivamente il proprio controllo sull'osservanza del rito e sulla conformità delle clausole convenzionali sottopostegli dai coniugi alle norme imperative che regolano la materia ed all'ordine pubblico, imprime efficacia giuridica all'accordo già intervenuto tra le parti. L'accordo di separazione, prosegue il giudice, costituisce pertanto un atto essenzialmente negoziale, espressione della capacità

L'accordo è parimenti idoneo a determinare lo scioglimento del vincolo coniugale qualora i coniugi presentino domanda congiunta di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, indicando compiutamente le condizioni inerenti alla prole ed ai relativi rapporti economici e sottoponendo al vaglio giudiziale l'esistenza dei presupposti di legge per la cessazione del vincolo e la rispondenza delle condizioni pattuite all'interesse dei figli. In questo caso tuttavia, a differenza di quanto avviene nella separazione consensuale, il potere di autonomia, certamente esistente, si atteggia in modo diverso esprimendosi in un atto avente una duplice natura: per un verso ricognitiva dei presupposti richiesti per lo scioglimento del matrimonio e negoziale per altro verso, per quanto attiene alle condizioni riguardanti la prole ed i rapporti economici<sup>12</sup>. L'autonomia delle parti può inoltre esprimersi in questo ambito attraverso la possibilità di disporre la corresponsione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione, con esclusione di

---

dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente, ponendosi come "uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia", mentre al giudice è attribuito un mero potere/dovere di controllo nell'ambito della procedura di omologazione, destinata a definirsi non certo con una sentenza costitutiva dei rapporti tra i coniugi separati bensì, e solo, con un decreto che si connota come semplice condizione di efficacia del consenso già manifestato. Si afferma inoltre che l'esclusione della natura contrattuale dell'accordo di separazione ed il suo inquadramento nella categoria negoziale comportano la non operatività delle norme proprie del contratto che trovano ragione nella specifica natura di questo e, tuttavia, "non esclude che possano applicarsi, nei limiti della loro compatibilità, le norme del regime contrattuale che riguardano in generale la disciplina del negozio giuridico o che esprimono principi generali dell'ordinamento, come quelle in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti". Consegue che l'esito di siffatta ricostruzione è l'applicabilità alla separazione consensuale delle norme generali relative alla disciplina dei vizi della volontà, entro i limiti di compatibilità con la specificità di tale negozio di diritto familiare, dovendosi escludere "la possibilità per ciascuno dei coniugi di far valere il proprio diritto e di contestare l'eventuale vizio del consenso mediante la via interna del procedimento camerale e, in specie, attraverso la mera unilaterale revoca del consenso in precedenza prestato in funzione di ostacolo alla successiva omologazione dell'accordo che si assume non più conveniente o, in taluni casi, inficiato da vizio della volontà". Si supera per molti versi il precedente orientamento che ammetteva la revocabilità del consenso prestato dai coniugi davanti al Presidente del Tribunale e fino all'intervento del decreto di omologa. Sul punto Cass., 24.08.1990, n. 8712, *Giust. civ.*, 1990, p. 2826, secondo cui "l'atto giudiziario di controllo imprime efficacia giuridica al negoziato privato: l'art. 158 c.c., invero, dispone che la separazione per il solo consenso dei coniugi "non ha effetto" senza l'omologazione del tribunale; e l'art. 711 c.p.c. stabilisce che per mezzo dell'omologazione la separazione consensuale "acquista efficacia". Così, il titolo negoziale può cedere, per giurisprudenza costante, ad una pronuncia giudiziale di separazione; le specifiche condizioni in esso formulate sono modificabili con procedimento autonomo per circostanze sopravvenute, secondo la clausola legale "rebus sic stantibus" (art. 711, u.c. c.p.c., in rel. all'art. 710, nov. dalla l. 29 luglio 1985, n.331); il regime della revocabilità - bilaterale o unilaterale - del consenso prestato dai coniugi fino al momento della omologazione è concettualmente subordinato alla definizione del rapporto intercorrente fra l'atto negoziale e il decreto". Sulla natura negoziale dell'accordo di separazione in dottrina MANTOVANI, M.: voce "Separazione personale dei coniugi", cit., p. 28. Sulle possibilità di impiego della categoria negoziale nei rapporti familiari in anni risalenti SANTORO PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. giur.*, 1945, p. 3.

- 12 In questa direzione Cass., 24.07.2018, n. 19540, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, secondo cui "l' accordo sottoscritto alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva con riferimento ai presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale, la cui sussistenza è soggetta a verifica da parte del tribunale, avente pieni poteri decisionali al riguardo, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici, nel cui merito il tribunale non deve entrare, a meno che le condizioni pattuite non si pongano in contrasto con l'interesse dei figli minori; la revoca del consenso da parte di uno dei coniugi, mentre risulta irrilevante sotto il primo profilo, in quanto il ritiro della dichiarazione ricognitiva non preclude al tribunale il riscontro dei presupposti necessari per la pronuncia del divorzio, è inammissibile sotto il secondo, dal momento che la natura negoziale e processuale dell'accordo intervenuto tra le parti in ordine alle condizioni del divorzio ed alla scelta dell'iter processuale esclude la possibilità di ripensamenti unilaterali, configurandosi la fattispecie non già come somma di distinte domande di divorzio o come adesione di una delle parti i alla domanda dell'altra, ma come iniziativa comune e paritetica, rinunciabile soltanto da parte di entrambi i coniugi".

ogni altra pretesa di contenuto economico, e previo controllo giudiziale di equità. (art. 5, comma 8, l. div.). Parimenti in unica soluzione, su accordo delle parti, può avvenire la corresponsione dell'assegno periodico a carico dell'eredità ai sensi dell'art. 9 bis della legge sul divorzio. Ed ancora, l'autonomia dei coniugi nella fase patologica del rapporto può esplicarsi attraverso l'accordo fra i genitori in ordine all'affidamento dei figli, al loro mantenimento ed alle concrete modalità di esercizio della responsabilità genitoriale<sup>13</sup>.

Trattasi nei casi esaminati di esercizio di attività negoziale attraverso la quale i coniugi prospettano un assetto di interessi, produttivo di effetti giuridici soltanto a seguito della mediazione dell'ordinamento giuridico -secondo la dinamica propria della negozialità-nella misura in cui non si ravvisi un contrasto con i valori formali e sostanziali del sistema<sup>14</sup>, che in subiecta materia si specificano nell'interesse superiore della prole e, in una prospettiva più ampia, dei soggetti deboli del rapporto.

L'accordo dei coniugi ha modo di esplicarsi anche nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita, assumendo i medesimi contenuti di quello raggiunto nell'ambito della separazione consensuale o del divorzio su domanda congiunta<sup>15</sup>.

In realtà potrebbe ipotizzarsi una vis espansiva dell'autonomia dei soggetti al punto da consentire loro, anche sulla base di quanto si registra in altre esperienze giuridiche, di stipulare accordi prematrimoniali, al fine di regolare le conseguenze di una eventuale crisi<sup>16</sup>, rinunciando, per esempio, reciprocamente al mantenimento spettante al verificarsi dei presupposti indicati dall'art. 156 c.c. o, viceversa, prevedendo la corresponsione di un assegno di mantenimento, pur in difetto dei presupposti legislativamente richiesti ed in ragione del contributo prevalente dato alla conduzione familiare. Medesimo contenuto potrebbe avere un accordo diretto a regolare le conseguenze economiche della cessazione del vincolo<sup>17</sup>. Occorre tuttavia rilevare che nell'ordinamento giuridico italiano la possibilità di stipulare accordi prematrimoniali aventi ad oggetto l'assegno di mantenimento o quello divorzile o accordi temporalmente collocati nello spatium temporis intercorrente tra la separazione ed il divorzio, al di fuori del vaglio giudiziale, pur se auspicata dalla dottrina, non è ammessa dalla giurisprudenza,

13 In questa direzione ALPA, G. - BARGELLI, E.: "Premessa : i rimedi alla crisi familiare", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, P.: *Famiglia e matrimonio* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO), cit., p. 1231.

14 Sul punto SCALISI, V.: *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 58.

15 RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 235; SESTA, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam. dir.*, 2015, p. 296.

16 Significativo in questa direzione la proposta di legge a firma dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, presentato il 18 marzo 2011 dal titolo "Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970 n. 898 in materia di patti prematrimoniali".

17 AL MUREDEN, E.: *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 397.

che ne dichiara la nullità. In particolare si afferma la nullità degli accordi conclusi in sede di separazione, con i quali i coniugi fissano il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio, per illiceità della causa, perchè stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.. L'invalidità riguarda non soltanto gli accordi che escludono o limitano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe condizionare e/o determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>18</sup>. L'orientamento richiamato è condivisibile nella misura in cui pone l'accento sulla necessità di tutelare il coniuge debole, tuttavia sarebbe opportuno non assumere posizioni preconcepite in ordine alla invalidità di tali accordi, occorrendo verificare se l'interesse perseguito, con la regolamentazione degli effetti di una eventuale futura crisi del rapporto, sia in concreto meritevole di tutela. In questa direzione è evidente che un accordo che non garantisca una adeguata tutela al coniuge debole non potrebbe superare il vaglio giudiziale di meritevolezza.

Il problema si pone anche con riferimento ad accordi che si presentino in astratto migliorativi rispetto alla tutela legislativamente offerta ai coniugi; bisogna infatti verificare il grado di consapevolezza che i soggetti hanno al momento della conclusione di accordi prematrimoniali, o comunque preventivi alla fase patologica del rapporto, ed in questa logica sarebbe opportuno, sulla scorta di quanto avviene in altri ordinamenti, supportare l'esercizio dell'autonomia privata sì da assicurare ai soggetti un esercizio responsabile della stessa, che valuti le possibili conseguenze delle scelte operate<sup>19</sup>.

### III. I RIMEDI ALLA CRISI MATRIMONIALE IN ALCUNE ESPERIENZE GIURIDICHE EUROPEE: UN'ANALISI COMPARATA.

Accertata la rilevanza attribuita all'autonomia dei soggetti anche nella fase patologica del rapporto matrimoniale, occorre a questo punto verificare, attraverso uno sguardo comparatistico, la funzione che i rimedi alla crisi coniugale assolvono nei vari sistemi giuridici. In termini più espliciti bisogna accertare se ed in che misura i due rimedi alla crisi del rapporto si presentino alternativi, rimettendo ai coniugi la scelta della modalità di risoluzione della crisi coniugale attraverso la richiesta di separazione o di scioglimento e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio. L'alternatività presuppone una identità di regolamentazione sia delle cause che delle conseguenze - sul piano dei rapporti personali e con

18 Limitandosi alle statuizioni più recenti Cass., ord., 26.04.2021, n. 11012, *Resp. civ. prev.*, 2021, 4, p. 1339, ma negli stessi termini già Cass., 30.01.2017, n. 2224, in *Giuda al dir.*, 2017, 9, p. 82.

19 In questa direzione AL MUREDEN, E.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 441.

i figli e su quello dei rapporti patrimoniali- dei due rimedi. Consapevoli che le esperienze giuridiche europee che passeremo in rassegna non sono culturalmente e socialmente omogenee.

Nella esperienza giuridica italiana, si anticipa sin da adesso, la separazione, nelle varie forme nelle quali può essere pronunciata, in quanto attesta il venir meno della comunione di vita materiale e spirituale tra coniugi, rappresenta il presupposto legittimante la domanda di scioglimento del matrimonio, eccettuate le altre ipotesi non strettamente inerenti ad una crisi coniugale in senso stretto, e non soltanto fonte di regolamentazione delle condizioni della vita separata.<sup>20</sup>

Il sistema giuridico tedesco non prevede invece la separazione legale, già presente nel codice civile in quanto espressiva del venir meno della comunione materiale e spirituale di vita dei coniugi, attribuendo piuttosto rilevanza alla separazione di vita dei coniugi, quale situazione di fatto che, protrattasi nel tempo, fa presumere la disgregazione del rapporto coniugale e costituisce nel contempo il fondamento della domanda di scioglimento del matrimonio, oltre ad essere produttiva di effetti nei rapporti patrimoniali tra i coniugi. Pertanto, anche in questa esperienza giuridica, così come in quella italiana, la separazione (di fatto) acquista una funzione strumentale rispetto allo scioglimento del matrimonio e, a seguito delle già rilevate riforme intervenute nell'ordinamento italiano, si accorciano le distanze tra il modo di atteggiarsi dei due rimedi, rimettendosi in entrambi gli ordinamenti ai coniugi la definizione della crisi del rapporto e dei conseguenti effetti, senza che occorra quale passaggio obbligato la mediazione giudiziale. Accertata la disgregazione dell'unione coniugale, sulla base del protrarsi nel tempo della separazione di vita, è possibile proporre domanda di divorzio senza che assumano più rilevanza ai fini della pronuncia, a differenza di quanto avveniva in passato, eventuali responsabilità nel fallimento del rapporto di coniugio. Qualora la mancanza di comunione di vita materiale e spirituale si sia protratta per tre anni è possibile lo scioglimento del vincolo su domanda di uno solo dei coniugi; il consenso di entrambi consente invece di ritenere sufficiente a fare presumere il fallimento del matrimonio la mancata convivenza protratta per un solo anno. Presupposto, di fatto e giuridico nello stesso tempo, è quindi l'accertato venir meno dell'*affectio coniugalis*. Sistematicamente incoerente è invece la previsione di un ostacolo allo scioglimento del vincolo derivante dalla tutela di un superiore interesse della prole o dalla opposizione dell'altro coniuge ex par. 1568 BGB.

In presenza di fatti particolarmente gravi posti in essere da un coniuge nei confronti dell'altro e lesivi della sua dignità, quali umiliazioni e maltrattamenti ma anche condotte violative del dovere di fedeltà, è sufficiente, con una evidente

20 FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1249.

curvatura sanzionatoria, anche un periodo di separazione più breve per proporre domanda di divorzio.

L'esperienza francese prevede viceversa entrambi i rimedi avverso la crisi del rapporto matrimoniale, fondati sul medesimo presupposto del fallimento dell'unione coniugale. La separazione personale (*séparation de corps*), reintrodotta nel sistema con finalità dichiaratamente compromissorie, era configurata all'origine come rimedio utilizzabile dai cattolici in ragione del solo effetto sospensivo di taluni obblighi nascenti dal vincolo matrimoniale, che come sacramento rimaneva indissolubile; la stessa può però divenire mero presupposto del successivo scioglimento del matrimonio, ciò in quanto si consente ad uno dei coniugi di chiedere, in presenza di una separazione protrattasi per due anni, la conversione in divorzio<sup>21</sup>. Si tratta tuttavia di un percorso non necessario, essendo il ricorso alla separazione rimesso alla scelta dei coniugi e rimanendo su un piano generale i due rimedi quali soluzioni alternative, identiche essendo le cause che giustificano il ricorso all'uno o all'altro rimedio nonché le conseguenze sul piano personale e patrimoniale, con la ovvia differenza che uno sospende e l'altro fa venir meno definitivamente il rapporto coniugale. Sono quattro le cause di separazione e divorzio nell'ordinamento francese ex artt. 229 e 296 c.c. : due (il mutuo consenso e l'accettazione della separazione richiesta dall'altro coniuge) sono espressive della volontà, condivisa da entrambi i coniugi, di porre fine al rapporto matrimoniale, pur diversificandosi al loro interno in quanto attraverso il mutuo consenso i coniugi definiscono compiutamente i loro rapporti personali e patrimoniali e quelli con i figli e sottopongono al giudice per la relativa omologa gli accordi raggiunti; in caso di separazione proposta da un coniuge ed accettata dall'altro si conviene soltanto sull'intervenuto fallimento del rapporto coniugale, accettazione peraltro sottoposta al vaglio giudiziale, che ne verificherà la consapevolezza e serietà, ma difetta un accordo sui rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, rimesso all'autorità giudiziaria a seguito di una procedura contenziosa.

Le altre due (alterazione definitiva del legame coniugale e colpa, *rectius* violazione dei doveri coniugali) sono fondate sulla richiesta unilaterale senza il consenso dell'altro coniuge. Se proposte in giudizio entrambe, una in via principale e l'altra in via subordinata, verrà esaminata prima la domanda di separazione per colpa e, in caso di rigetto della stessa, potrà pronunciarsi la separazione o il divorzio per alterazione definitiva del legame coniugale pur in assenza di una pregressa separazione tra coniugi<sup>22</sup>. L'esistenza della colpa non sembra tuttavia produttiva di conseguenze sul piano patrimoniale, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, poiché le *pension alimentaire*, in caso di separazione,

21 A riguardo HAUSER, J.-HUET-WEILLER, D. : *La famille. La dissolution de la famille*, in *Traité Ghestin*, L-G-D-J, 1991, p. 507.

22 FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1259.

non è subordinata per nessun verso all'assenza di colpa in capo al richiedente. Nel giudizio di divorzio invece il giudice potrà equitativamente non attribuire la prestation compensatoire in caso di colpa esclusiva del coniuge richiedente, ed in questo caso, così come nel caso in cui la domanda di divorzio si fondi sull'alterazione definitiva del legame coniugale, potrà proporsi da parte del coniuge non in colpa un'azione di responsabilità civile. Il divorzio rimane tuttavia in quel contesto lo strumento principale di risoluzione del conflitto, come dimostrato sul piano processuale dalla prevalenza della domanda di divorzio su quella di separazione, ove siano giudizialmente attivati entrambi i rimedi sul presupposto della cessazione dell'unione coniugale e di comportamenti rimproverabili ad uno dei coniugi<sup>23</sup>. Con un evidente favor nei confronti del divorzio su base consensuale e per quello acceptè. In questa direzione la legge del 18 novembre 2016 n. 1547 (modernisation de la justice du XX<sup>e</sup> siècle) ha previsto una procedura consensuale stragiudiziale del divorzio per mutuo consenso per scrittura privata controfirmata dagli avvocati, che assistono le parti.

Separazione e divorzio si configurano anche nell'ordinamento giuridico inglese quali strumenti alternativi, legati al dato oggettivo di una crisi nel rapporto coniugale e, in caso di divorzio, della rottura della convivenza coniugale, senza attribuire rilevanza alcuna alle ragioni di tale rottura e quindi ad eventuali colpe nel fallimento dell'unione coniugale. In questa direzione si muove il Family Law Act del 1996, che esprime il proprio favore per una composizione stragiudiziale della crisi, configurando come residuale l'intervento dell'autorità giudiziaria<sup>24</sup>. Entrambi i rimedi sono destinatari della medesima regolamentazione, divenendo così la separazione tanto un'alternativa di cui i coniugi dispongono nella gestione della crisi coniugale, senza incidere sulla sostanza del vincolo<sup>25</sup>, quanto una pausa di riflessione imposta a coloro che non possono sciogliersi dal vincolo non essendo trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio. La soluzione concordata della crisi può sostanziarsi nella conclusione di separation agreements con i quali si definiscono i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e tutte le altre condizioni della vita separata, sottoposte al filtro giudiziale, che ne verificherà la conformità con l'interesse dei figli. In mancanza di accordo la determinazione delle conseguenze sarà affidata alla decisione giudiziale, necessariamente preceduta da una fase di mediazione<sup>26</sup> e, ove questa non dia esito positivo, la stessa dovrà essere preceduta da una pausa di riflessione della durata di 9 o 15 mesi, a seconda che vi sia o meno l'accordo tra i coniugi sulla richiesta di divorzio o in ragione dell'esistenza di figli di età inferiore ad anni 16, durante la quale può addivenirsi

23 Ampie argomentazioni sul punto in FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1509.

24 AUTORINO STANZIONE, G. - ZAMBRANO, V.: *Separazione e divorzio nell'esperienza europea*, Utet, Torino, 2003, p. 62.

25 AUTORINO STANZIONE, G. - ZAMBRANO, V.: *Separazione e divorzio nell'esperienza europea*, cit. p. 62.

26 Sul punto ZAMBRANO, V.: "Un modello alternativo di giustizia: la mediazione familiare in Europa", *Famiglia*, 2005, p. 495 ss.

ad una soluzione concordata successivamente recepita dal giudice. Ove la definizione concordata non si raggiunga, sarà la statuizione giudiziale a fissare le conseguenze dello scioglimento del vincolo matrimoniale<sup>27</sup>. Anche nell'esperienza giuridica statunitense lo scioglimento del vincolo matrimoniale non deve essere necessariamente preceduto da un periodo di separazione dei coniugi, assumendo questa circostanza -che trova peraltro riscontro nel Covenant marriage non avente diffusione generalizzata- carattere eccezionale e territorialmente circoscritta agli ordinamenti statali dell'Arizona, Arkansas e Louisiana. La separazione dei coniugi anche in questo ambito diviene un'alternativa per la definizione della crisi coniugale senza incidere sulla sussistenza del vincolo matrimoniale<sup>28</sup>.

La ley 15/2015 de 8 de julio, innovando rispetto alla legge 30/1981 de 7 julio, ha dettato, nell'ordinamento spagnolo, una più lineare disciplina dei rimedi alla crisi coniugale, ispirata al principio costituzionale della libertà del consenso matrimoniale (art. 32 Cost.). Se la libertà costituisce la condicio sine qua non del negozio matrimoniale, la stessa dovrà supportare parimenti il matrimonio inteso come rapporto, con la conseguenza che il venir meno dell'affectio tra i coniugi è condizione sufficiente per proporre domanda di separazione e divorzio, che anche in questa esperienza giuridica costituiscono rimedi alternativi, fondati sulle medesime cause e produttive dei medesimi effetti, salvo come è ovvio il venir meno del vincolo in caso di divorzio e l'attenuazione invece degli effetti in caso di separazione. E' sufficiente in questa logica la volontà di entrambi i coniugi o anche di uno solo di essi per proporre domanda di separazione o divorzio, senza dovere addurre o provare i fatti che stanno a fondamento della richiesta. In caso di domanda congiunta, accompagnata da una proposta di accordo (convenio regulador), il giudice adito pronuncia la separazione o il divorzio richiesti, prendendo atto della volontà come manifestata. Allo stesso modo si procederà qualora la richiesta provenga da uno solo dei coniugi, alla quale l'altro non potrà opporsi, corredata da una proposta contenente la regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali. Soltanto il contrasto e/o la dannosità grave degli intervenuti accordi o della proposta all'interesse dei figli o del coniuge determinerà il diniego giudiziale e, qualora l'accordo non si raggiunga, una regolamentazione sostitutiva di fonte giudiziale.

L'unico presupposto richiesto, sia in caso di domanda di separazione che di divorzio congiunta o unilaterale, è che il matrimonio abbia avuto una durata di almeno tre mesi; presupposto questo non richiesto in presenza dell'iniziativa di un solo coniuge se vi siano rischi per la vita, l'incolumità fisica, la libertà, anche sessuale, del coniuge o dei figli. In questo caso la gravità delle ragioni che supportano la domanda non consente di osservare lo spatium temporis normalmente richiesto

27 FORTINO M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1518.

28 WARDLE, L. -NOLAN, L. : " Family law in the USA", Kluwer law International, Netherlands, 2011, p. 121.

dal legislatore. Così strutturati i due rimedi, può ritenersi che il divorzio rappresenta lo strumento cardine di risoluzione dei conflitti, mentre la separazione diviene modalità alternativa di composizione della crisi e non passaggio necessario per addivenire allo scioglimento del vincolo matrimoniale. A seguito della riforma del 2005, la differenza rispetto alla esperienza giuridica italiana è netta; la separazione in Italia infatti, e *non senza ambiguità*<sup>29</sup>, è dotata in astratto di una pluralità di funzioni consistenti ora nella transitoria composizione della crisi coniugale, ora nel mero presupposto per lo scioglimento del matrimonio ora infine in uno strumento di verifica del perdurare dell'affectio che può sfociare in una riconciliazione tra i coniugi<sup>30</sup>.

Dalla superiore analisi comparata del modo in cui si atteggiavano i rimedi avverso la crisi coniugale nelle principali, non certamente uniche<sup>31</sup>, esperienze europee emerge come la relativa disciplina sia oggi improntata alla tutela di un valore che risulta essere preminente: la libertà dei coniugi nella valutazione della prosecuzione della convivenza qualora la comunione di vita materiale e spirituale sia venuta meno. In questa logica, con riferimento allo scioglimento del matrimonio, si assiste nel panorama europeo al passaggio da un divorzio funzionalmente caratterizzato dalla finalità di sanzionare una condotta del coniuge, violativa dei doveri nascenti dal matrimonio, che si riflette sugli effetti, come avviene ancora oggi sotto alcuni profili nell'esperienza francese,<sup>32</sup> ad un divorzio che pone rimedio alla compromissione irreversibile del rapporto coniugale, desunta proprio da una separazione di vita, o in alcuni casi formalizzata, protrattasi per un determinato periodo di tempo. E' altresì emerso che i vari ordinamenti esprimono un favor nei confronti di una definizione il più possibile consensuale della crisi del rapporto matrimoniale e, come in alcuni casi, sia sufficiente l'iniziativa unilaterale non contrastata dall'altra parte, configurandosi il rimedio come atto di esercizio di un diritto potestativo a sciogliersi immediatamente o progressivamente da un vincolo non più espressivo di una condivisione di intenti<sup>33</sup>. Il valore della stabilità del vincolo cede di fronte al definitivo fallimento del rapporto matrimoniale. Può dunque ritenersi che, malgrado le diversità culturali esistenti nei vari paesi europei, vi sia una indubbia convergenza dei sistemi giuridici su alcuni profili dei rimedi avverso la crisi coniugale, come ad esempio, la mancata rilevanza della colpa, il

29 FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi", cit., p. 1256.

30 FRANCESCHELLI, V.: "Perplexità e interrogativi nel nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 524.

31 Sul modo di atteggiarsi del divorzio nelle esperienze giuridiche europee OBERTO, G.: "Il divorzio in Europa," *Fam. dir.*, 2021, p. 112 ss.

32 La colpa assume tuttavia rilevanza anche in altri ordinamenti, come quello italiano, il quale nell'attribuire importanza, ai fini dello scioglimento immediato del vincolo, a fatti penalmente rilevanti, introduce certamente profili di colpa.

33 In questa direzione anche, OBERTO, G.: "Il divorzio in Europa," cit., p. 119, il quale distingue tra sistemi monisti nei quali il divorzio si fonda su un unico presupposto quale l'irreversibile fallimento del rapporto coniugale, e sistemi pluralisti nei quali invece lo scioglimento del matrimonio si fonda su una pluralità di motivi. Trattasi tuttavia di una distinzione tendenziale (p. 121).

diritto di interrompere la convivenza qualora la stessa non sia più supportata dall'affectio originaria, ed ancora, tranne alcune eccezioni quale quella italiana, l'irrilevanza della separazione personale dei coniugi ai fini della proposizione della domanda di divorzio, o la contrattualizzazione dei rapporti patrimoniali conseguenti alla rottura della convivenza coniugale. E ciò malgrado la resistenza ad individuare linee di tendenza comuni in ragione delle diversità culturali e religiose dei sistemi nazionali<sup>34</sup>. Non mancano tuttavia le divergenze, specie sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali tra i coniugi, atteggiandosi diversamente nei vari ordinamenti l'avvertita esigenza perequativa ed assistenziale che caratterizza la fase post coniugale. Significativa al riguardo l'esperienza tedesca in cui la solidarietà post coniugale introduce una mera eccezione al principio di autoresponsabilità dei coniugi, che nel sistema italiano ha sostituito per un breve periodo il criterio del tenore di vita<sup>35</sup>, utilizzato dalla giurisprudenza per circa un trentennio ai fini della determinazione dell'an e del quantum dell'assegno divorzile<sup>36</sup>. Allo stato in Italia all'assegno divorzile è invece attribuita una funzione assistenziale

- 34 MARELLA, M. R.: "The non subversive function of european private law: the case of harmonisation of family law", *European law journal*, 12, 2008, p. 84; HONDIUS, E.: "Naar en europees persone-en familierecht", in AA. VV., *Drie treden: over politiek, bleiden en recht*, Zwolle, 1995, p. 173 ss.
- 35 Cass., 10.05.2017, n. 11504, *Dir. Fam. pers.*, 2017, 4, p. 1207 ss, con nota di ASTONE, A.: "Assegno di divorzio e nuovo parametro del giudizio di adeguatezza dei mezzi: dal tenore di vita matrimoniale alla indipendenza economica degli ex coniugi", secondo cui "Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui alla L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, come sostituito dalla L. n. 74 del 1987, art. 10, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi e dell'ordine progressivo tra le stesse stabilito da tale norma: A) deve verificare, nella fase dell'an debeat - informata al principio dell'autoresponsabilità economica" di ciascuno degli ex coniugi quali "persone singole", ed il cui oggetto è costituito esclusivamente dall'accertamento volto al riconoscimento, o no, del diritto all'assegno di divorzio fatto valere dall'ex coniuge richiedente -, se la domanda di quest'ultimo soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di "mezzi adeguati" o, comunque, impossibilità "di procurarseli per ragioni oggettive"), con esclusivo riferimento all'indipendenza o autosufficienza economica" dello stesso, desunta dai principali "indici" - salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie - del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; B) deve "tener conto", nella fase del quantum debeat - informata al principio della "solidarietà economica" dell'ex coniuge obbligato alla prestazione dell'assegno nei confronti dell'altro in quanto "persona" economicamente più debole (artt. 2 e 23 Cost.), il cui oggetto è costituito esclusivamente dalla determinazione dell'assegno, ed alla quale può accedersi soltanto all'esito positivo della prima fase, conclusasi con il riconoscimento del diritto -, di tutti gli elementi indicati dalla norma ("(...) condizioni dei coniugi, (...) ragioni della decisione, (...) contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, (...) reddito di entrambi (...))", e "valutare" "tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio", al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno di divorzio; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova (art. 2697 cod. civ.)".
- 36 Il riferimento è a Cass., ss.uu., 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, I, 67, con note di QUADRI, E.: "L'assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", e CARBONE, V.: "Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)". L'orientamento si è consolidato fino al revirement del 2017; limitandosi all'ultimo decennio si segnalano, a titolo indicativo, le seguenti decisioni: Cass., 12.7.2007, n. 15611, *Fam. e dir.*, 2007, p. 1092; Cass., 24.3.2010, n. 7145, *Fam. dir.*, 2010, p. 606; Cass., 27.12.2011, n. 28892, *Fam. dir.*, 2012, p. 304; Cass., 30.3.2012, n. 5177, *Guida al dir.*, 2012, 25, p. 65; Cass., 3.7.2013, n. 16597, *Fam. dir.*, 2013, p. 1079, con nota di ALCARO, F.: "Note in tema di assegno divorzile: il "tenore di vita in costanza di matrimonio", un'aporia interpretativa; Cass., 12.10.2014, n. 21597, in *Fam. e dir.*, 2014, 1136.

e perequativo-compensativa<sup>37</sup>. Le finalità perequativo-compensative nel sistema francese vengono affidate alla già menzionata prestation compensatoire, che deve riequilibrare la disparità reddituale dei coniugi al momento della cessazione del vincolo, indipendentemente dallo stato di bisogno del coniuge richiedente<sup>38</sup>. Parimenti differenziate nei vari sistemi europei sono le modalità di calcolo della contribuzione post coniugale, ora affidate alla discrezionalità del giudicante, come avviene nei paesi di common law, ora invece determinate sulla base di criteri legislativi e/o giurisprudenziali, come si registra in altri paesi<sup>39</sup>.

#### IV. SEPARAZIONE E DIVORZIO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.

##### I. Dalla separazione per colpa al diritto potestativo alla separazione.

Nell'impianto codicistico, ispirato al principio di indissolubilità del matrimonio, la separazione personale dei coniugi rappresenta l'unico rimedio all'oggettiva impossibilità di proseguire nel rapporto matrimoniale, consentendo ai coniugi di sospenderne alcuni effetti. Storicamente siffatta funzione del rimedio si giustifica con la evidente integrazione -già realizzata nel codice previgente- tra la disciplina civile del matrimonio e quella ecclesiastica, cui il Concordato lateranense aveva dato un significativo impulso, e che ha avuto seguito nella codificazione del 1942, laddove la separazione personale dei coniugi diviene strumento di composizione dell'indissolubilità del matrimonio con l'esigenza di libertà dei coniugi in caso di intollerabilità sopravvenuta della convivenza<sup>40</sup>. Tuttavia siffatto rimedio veniva accordato, su richiesta del coniuge incolpevole, con una precisa connotazione sanzionatoria, soltanto in presenza di gravi violazioni dei doveri matrimoniali quali l'adulterio, l'abbandono volontario, eccessi, sevizie, minacce, o ingiurie gravi (ex art. 151 c.c. originaria formulazione), quindi per colpe di uno o entrambi i coniugi, dalle quali è dato certamente desumere l'impossibilità della prosecuzione della convivenza, e ciò malgrado si richiedesse, anche in sede interpretativa, la prova della sussistenza del presupposto legittimante la richiesta, una sua imputazione oggettiva e non, per le lungaggini cui si esporrebbe, soltanto soggettiva<sup>41</sup>.

Con l'emanazione della Costituzione e la graduale attuazione dei suoi valori si assiste ad un cambiamento di prospettiva; l'indissolubilità del matrimonio,

37 Cass. S.U. 11.07.2018, n. 18287, *Dir. Fam. pers.*, 2018, 3, p. 859, con nota di SAVI, G.: "Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico". Principio ribadito di recente da Cass., 23.09.2022, n. 27948, [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

38 OBERTO, G.: "Il divorzio in Europa", cit., p. 132.

39 Sui metodi di calcolo degli assegni di separazione e divorzio in Italia, AA.VV., *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, a cura di AL MUREDEN, E., Giappichelli, Torino, 2020.

40 In questi termini AL MUREDEN, E.: *La separazione personale dei coniugi*, cit., p. 9.

41 In questa direzione DANOVÌ, F.: "I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)", *Fam. dir.*, 2019, p. 74.

espressione di una concezione pubblicistica della famiglia, si poneva in evidente contrasto con la libera esplicazione delle istanze di realizzazione all'interno del rapporto coniugale. Questo dato ha reso pertanto necessari tanto la previsione della possibilità di sciogliere il rapporto matrimoniale, avvenuta con la legge l° dicembre 1970 n. 898, quanto un intervento riformatore della separazione personale dei coniugi, attuato con la novella del 1975, che ha inciso profondamente sulla disciplina del diritto di famiglia, configurando la separazione personale non più come una sanzione a carico del coniuge responsabile delle condotte, come tipizzate dal legislatore, bensì rimedio avverso una crisi coniugale. Il rapporto matrimoniale si alimenta infatti della comunione di vita materiale e spirituale, qualora questa venga meno, riemerge la necessità di tutelare la sfera di libertà del singolo coniuge di scegliere un personale percorso di vita<sup>42</sup>. In questa logica la separazione si fonda sulla oggettiva intollerabilità della convivenza, che può essere fonte di pregiudizio anche per la prole. La nuova formulazione dell'art. 151 c.c. è suscettibile di essere variamente interpretata potendosi infatti ritenere che l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza debba scaturire necessariamente dal verificarsi di determinati fatti, anche se gli stessi possono non essere riconducibili alla volontà dei coniugi. La posizione iniziale della giurisprudenza è stata particolarmente rigorosa ritenendo la stessa necessaria, ai fini della pronuncia della separazione, l'allegazione e la prova delle circostanze dalle quali scaturirebbe la intollerabile prosecuzione della convivenza coniugale<sup>43</sup>. La tesi oggettivistica, particolarmente seguita in giurisprudenza, argomentava dalla giuridicità del vincolo coniugale nonché dall'esigenza di garantire l'unità della famiglia e dal diritto di ciascun coniuge alla prosecuzione della convivenza, sempre che non si verificassero fattori di intollerabilità oggettiva che, nelle interpretazioni restrittive, erano identificati con la violazione degli obblighi familiari<sup>44</sup>. Si richiedeva, pertanto, un controllo giudiziale sulle motivazioni addotte dal coniuge richiedente la separazione, oggettivamente riscontrabili, sì da evitare che la separazione potesse essere pronunciata soltanto sulla base della volontà di un coniuge di non volere più proseguire nel rapporto coniugale<sup>45</sup>. Utilizzandosi peraltro quale parametro del giudizio di intollerabilità il soggetto medio.

42 Riflessioni queste condivise da MORACE PINELLI, A.: E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, p. 892.

43 Sul punto Cass., 17.07.1997, n. 6566, *Fam. dir.*, 1998, p. 82, secondo cui "la riforma del 1975 ha profondamente innovato l'istituto della separazione, eliminando la concezione della "sanzione" basata sulla "colpa", ed introducendo il concetto del "rimedio" ad una situazione di intollerabilità della convivenza, o di grave pregiudizio all'educazione della prole, anche indipendente dalla volontà dei coniugi. La formulazione dell'art. 151 c.c. costruisce un modello unitario di separazione, fondato sull'accertamento di presupposti oggettivi, rappresentati dalla sussistenza di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole, rispetto al quale l'addebitabilità ad uno o ad entrambi i coniugi si pone come dichiarazione eventuale, da pronunciare nel contesto della separazione, ove ne ricorrano le circostanze".

44 Cass., 21.01.2014, n. 1164, in *Giur. it.*, 2015, p. 38, con nota di TOMMASEO, F.: "La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla".

45 Hanno affermato sul punto i giudici di legittimità (Cass., 10.01.1986, n. 67, in *Giust. civ.*, I, p. 2213) in una statuizione che appare estremamente significativa della concezione oggettiva della intollerabilità che

In realtà i giudici aditi hanno attribuito rilevanza, ai fini dell'accoglimento della domanda di separazione e dell'eventuale pronuncia di addebito, all'incidenza che i fatti come allegati in giudizio hanno sul rapporto di coppia piuttosto che sui fatti oggettivamente considerati<sup>46</sup>. Il rigore originario della giurisprudenza, determinato da un approccio formalistico e poco aderente alla ratio della previsione normativa, si è progressivamente attenuato, anticipato dalla dottrina<sup>47</sup>, e l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza viene ora valutata come un fatto "psicologico squisitamente individuale"<sup>48</sup>. L'impostazione oggettivistica originaria sopravvive nella misura in cui si traduce in un controllo giurisdizionale sulla intollerabilità della prosecuzione della convivenza, dovendo le situazioni di intollerabilità essere oggettivamente apprezzabili e giudizialmente controllabili<sup>49</sup>, fermo restando che la separazione non è più determinata dalla cosciente violazione degli obblighi derivanti dal matrimonio, ma dal dato oggettivo dell'intollerabilità della convivenza o del grave pregiudizio per i figli, non necessariamente dipendente dalla condotta

---

"L'art. 151 c.c. (nuovo testo), pur svincolando la pronuncia della separazione giudiziale dalle situazioni tipiche previste dal precedente testo della norma, non ha inteso configurarla come una automatica conseguenza di qualsiasi ragione di contrasto nell'ambito del rapporto coniugale, in quanto, anche nel nuovo sistema, l'istituto conserva, sia pure in una sfera di situazioni e di valutazioni più ampia rispetto a quella consentita dal regime anteriore, il carattere di rimedio ad uno stato di fatto di particolare gravità, da qualunque causa dipendente, che renda intollerabile la convivenza. Ciò significa che la situazione, presa in considerazione dalla legge, non può ridursi al mero atteggiamento soggettivo di rifiuto della convivenza, ma deve esprimersi in circostanze che rendano oggettivamente apprezzabile (e quindi giudizialmente controllabile) la situazione di intollerabilità, nella sua essenza e nella sua dinamica causale". Principio questo ribadito a distanza di anni dai giudici di merito (Trib. Roma, 6.05.2005, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)), secondo cui "nella valutazione della obiettiva intollerabilità della convivenza non può solo (e tanto meno esclusivamente) aversi riguardo alla "intenzionalità" di un coniuge di volere la separazione (come pare invece sostenere la difesa del ricorrente nella memoria conclusionale), posto che, al fine della pronuncia di separazione, e' insufficiente un mero atteggiamento soggettivo consistente nella volontà di separarsi". Il Tribunale richiama sul punto la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 6970/2003) che ha ribadito "che "l'intollerabilità della convivenza non può essere implicita nella volontà di un coniuge di separarsi: così ragionando, infatti, la separazione, anziché fondarsi sull'intollerabilità del rapporto coniugale, finirebbe per identificarsi in una sorta di ripudio unilaterale, asseritamente giustificato da scelte di vita, anche se non condivise dall'altro coniuge". In dottrina sulla concessione oggettiva della intollerabilità della convivenza CORONA, R.: *Convivenza intollerabile e separazione dei coniugi*, Jovene, Napoli, 1984, p. 206; MONTESANO, L.: "Nuovi rimedi giudiziari per famiglie in crisi", *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, p. 7; GRASSETTI, C.: sub art. 151 c. c., in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. CIANI-G. OPPO-A. TRABUCCHI, II, Cedam, Padova, 1992, p. 682.

- 46 Significativa a riguardo Cass., 6.08.2004, n. 15241, *Fam. dir.*, 2005, p. 171, con nota di commento di BUGETTI, M. N.: "Professioni di credo religioso, violazione dei doveri coniugali e pronuncia di addebito".
- 47 Sul punto le significative riflessioni di VETTORI, G.: "L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale tra coniugi (profili interpretativi degli artt. 151 e 156 c.c.)", *Riv. trim. dir. proc.*, 1978, p. 711.
- 48 Cass. 29.04.2015, n.8713, *Giust. civ. Mass.*, 2015. Hanno affermato i giudici della Suprema Corte che " con la riforma del diritto di famiglia del 1975 la separazione dei coniugi è stata svincolata dal presupposto della colpa di uno di essi e consentita, invece, tutte le volte che "si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza" (art. 151 c.c., nel testo riformato). Con la sentenza n. 3356 del 2007 questa Corte ha ampliato l'originaria interpretazione, di stampo strettamente oggettivistico, di tale norma - interpretazione secondo la quale il diritto alla separazione si fonda su fatti che nella coscienza sociale e nella comune percezione rendano intollerabile il proseguimento della vita coniugale - per dare della medesima norma una lettura aperta anche alla valorizzazione di "elementi di carattere soggettivo, costituendo la intollerabilità un fatto psicologico squisitamente individuale, riferibile alla formazione culturale, alla sensibilità e al contesto interno alla vita dei coniugi".
- 49 Cass. 29.04.2015, n. 8713, cit.

volontaria di uno o di entrambi i coniugi<sup>50</sup>. In questa nuova e condivisibile logica non occorre più allegare fatti e circostanze dalle quali desumere che la convivenza è divenuta intollerabile, essendo invece sufficiente, ai fini della domanda di separazione personale, il venir meno dell'affectio e la manifestazione della volontà di intraprendere un percorso di vita autonomo. Non è più necessaria la sussistenza di una situazione conflittuale tra i coniugi, riconducibile o meno a comportamenti agli stessi imputabili, è sufficiente invece il venir meno dell'idem sentire, che costituisce la linfa vitale del rapporto matrimoniale. In termini ancora più espliciti la disgregazione del rapporto può scaturire da una disaffezione al matrimonio e da un distacco spirituale di uno solo dei coniugi, che rende incompatibile, indipendentemente da elementi di addebitabilità da parte dell'altro, la convivenza<sup>51</sup>. La frattura dell'unione può desumersi inoltre sic et simpliciter dalla proposizione del ricorso per separazione personale nonché dalle risultanze dell'esperito tentativo di conciliazione, previsto verosimilmente in una prospettiva pubblicistica del negozio matrimoniale<sup>52</sup>, la cui omissione, pur costituendo lo stesso una fase necessaria nell'indagine in ordine alla rottura irreversibile dell'unione coniugale, non determina tuttavia la nullità del provvedimento presidenziale e degli atti allo stesso successivi, potendo il giudice non ravvisarne la necessità o anche soltanto l'opportunità<sup>53</sup>.

La violazione eventuale degli obblighi derivanti dal matrimonio può invece assumere rilevanza ai fini della domanda autonoma di addebito ma non è idonea per nessun verso ad incidere sull'an della separazione ma soltanto (e questo è almeno opinabile) sugli effetti che ne conseguono<sup>54</sup>.

50 In tal senso Cass., 17.03.1995, n. 3098, *Giur. it.*, 1996, I, p. 68 ss., con nota di LENTI, L.: "Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione".

51 29.04.2015, n. 8713, cit.

52 Cass., 14.02.2007, n. 3356, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9, secondo cui " In una visione evolutiva del rapporto coniugale - ritenuto, nello stadio attuale della società, incoercibile e collegato al perdurante consenso di ciascun coniuge - che secondo questo collegio deve adottarsi, ciò significa che il giudice, per pronunciare la separazione, deve vetrificare, in base ai fatti obbiettivi emersi, ivi compreso il comportamento processuale delle parti, con particolare riferimento alle risultanze del tentativo di conciliazione ed a prescindere da qualsivoglia elemento di addebitabilità, la esistenza, anche in un solo coniuge, di una condizione di disaffezione al matrimonio tale da rendere incompatibile, allo stato, pur a prescindere da elementi di addebitabilità da parte dell'altro, la convivenza". Nella stessa direzione Cass., 30.01.2013, n. 2183, *Giust. civ.*, 2013, p. 2494.

53 In questi termini Cass., 23.07.2010, n. 17336, *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 1146. Secondo il supremo Collegio "il tentativo di conciliazione nelle cause di divorzio, pur configurandosi come un atto necessario ai fini dell'indagine sulla irreversibilità della crisi coniugale, non costituisce un presupposto infettibile del giudizio, onde la mancata comparizione di una delle parti non comporta la fissazione necessaria di una nuova udienza presidenziale, che per contro può essere omessa quando, con incensurabile apprezzamento discrezionale, non se ne ravvisi la necessità o l'opportunità".

54 Cass. 17.03.1995, n. 3098, cit., dove si afferma che " la dichiarazione di addebito si pone come una mera variante dell'accertamento dell'improseguibilità della convivenza, come una modalità accessoria ed eventuale, idonea a produrre una serie di effetti a carico del coniuge colpevole, accertabile solo se espressamente richiesta e "ove ne ricorrano le circostanze" (secondo una formula che sembra rimettere ad una valutazione di opportunità del giudice in rapporto alla gravità del comportamento in contestazione). Ed è appunto il rilievo fondante che l'ordinamento attribuisce, ai fini della separazione, all'intollerabilità della convivenza (o al grave pregiudizio all'educazione della prole) che impone che la responsabilità di essa sia accertata solo all'atto del verificarsi della causa di interruzione dell'unione familiare, secondo l'univoca

Deve quindi ritenersi sussistente, alla luce dell'evoluzione del sistema, un vero e proprio diritto potestativo alla separazione, correlato al carattere strettamente personale del vincolo coniugale<sup>55</sup>. Invero tale diritto ha un fondamento negli artt. 2 e 29 Cost, i quali riconoscendo e tutelando rispettivamente i diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", e riconoscendo "i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", implicano il diritto di ciascun coniuge di ottenere la separazione qualora per fatti obiettivi, ancorchè non dipendenti da colpa dell'altro coniuge o propria, tale convivenza sia per lui divenuta "intollerabile", così da essere divenuta impossibile la realizzazione della propria personalità in quella "società naturale" costituita con il matrimonio, che è la famiglia<sup>56</sup>. Con ogni conseguenza sotto il profilo probatorio, non dovendo il coniuge richiedente fornire la prova dei fatti che stanno a fondamento della chiesta separazione. Il diritto di azione si atteggia così non soltanto a "diritto ad un provvedimento di merito, bensì come vero e proprio diritto a un provvedimento (necessariamente) favorevole", pertanto l'iniziativa che dà impulso al processo giustifica sic et simpliciter l'esistenza del diritto sostanziale<sup>57</sup>.

Diritto alla costituzione del vincolo coniugale e diritto alla disgregazione dello stesso sono dunque esattamente simmetrici.

## 2. Scioglimento del matrimonio e necessità di una pregressa separazione. Rilievi critici.

Diversi sono tuttavia i presupposti richiesti per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, non venendo in rilievo in questo caso un diritto allo scioglimento del vincolo, sganciato dalla sussistenza di presupposti specifici, come nel caso della separazione dei coniugi.

---

indicazione fornita dal capoverso dell'art. 151 C.C., il quale prevede la dichiarazione di addebito quale pronuncia contestuale a quella di separazione. Appare peraltro evidente l'illogicità e l'incongruenza di una valutazione dei comportamenti contrari ai doveri derivanti dal matrimonio ai fini dell'accertamento dell'intollerabilità di una convivenza che ha cessato di essere, trattandosi di comportamenti intrinsecamente privi di ogni influenza in ordine ad una già acquisita impossibilità di prosecuzione della convivenza".

55 Sul punto Trib. Messina, 23.02.2018, *Guida al dir.*, 2018, 28, p. 70, che tuttavia ritiene necessario l'accertamento di fatti che rendano intollerabile la prosecuzione della convivenza, secondo cui " ai sensi dell'art. 151 c.c., la pronuncia della separazione giudiziale non è vincolata a presupposti tassativi e specifici, ma è, piuttosto, collegata all'accertamento dell'esistenza di fatti che rendano intollerabile per i coniugi la prosecuzione della convivenza. L'accertamento della sussistenza di fatti obiettivamente apprezzabili e, quindi, giuridicamente controllabili, che rendono intollerabile la prosecuzione della convivenza, diviene, pertanto, il presupposto della separazione, anche quando il comportamento non sia direttamente imputabile alla condotta dell'uno o dell'altro coniuge. Ove tale situazione di intollerabilità si verifichi, anche rispetto ad un solo coniuge, deve ritenersi che questi abbia diritto a chiedere la separazione, con la conseguenza che la relativa domanda costituisce esercizio di un suo diritto".

56 Cass., 9.10.2007, n. 21099, *Giust. civ.*, 2008, 3, p. 673.

57 DANOVÌ, F.: *I presupposti della separazione*, cit., pp. 79-80.

Il presupposto fondamentale, come si evince dall'art. 1 della legge n. 898/1970 e successive modifiche ed integrazioni, è costituito dalla impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione spirituale e materiale di vita dei coniugi, derivante da una delle cause (civili e penali) indicate nell'art. 3 della legge stessa, costituenti invero una sorta di presunzione iuris et de iure della richiesta impossibilità a proseguire nel rapporto matrimoniale<sup>58</sup>. Si incide, si è ritenuto, così sulla funzione rimediabile del divorzio non più giustificato dalla pura e semplice impossibilità di mantenere o ricostituire una comunione di vita tra i coniugi, bensì legato al verificarsi di circostanze specifiche<sup>59</sup>. Malgrado prima facie sembra emergere da alcune cause penali di divorzio una curvatura sanzionatoria, in realtà la caratterizzazione rimediabile del divorzio non viene meno in quanto lo scioglimento del matrimonio è pur sempre legato ad una convivenza non più tollerabile da parte di uno o entrambi i coniugi, che non può quindi essere più mantenuta. Il divorzio rappresenta nella maggior parte nei casi, id est nella ipotesi statisticamente più ricorrente di pregressa separazione tra i coniugi, un rimedio ad una crisi coniugale irreversibile per il venir meno dell'affectio, che ha già determinato la separazione dei coniugi; a supporto della funzione rimediabile deve evidenziarsi che, ai fini della statuizione sullo scioglimento del vincolo, nessuna rilevanza assumono eventuali responsabilità nel fallimento dell'unione coniugale, nella consapevolezza che le ragioni della decisione sono richiamate dal legislatore ai fini della determinazione dell'assegno di divorzio con possibili finalità sanzionatorie<sup>60</sup>. Peraltro anche a fondamento di tutte le altre cause di divorzio vi è l'impossibilità di proseguire nel rapporto coniugale per il verificarsi di circostanze eccezionali, che determinano la compromissione di valori assoluti, oppure in altri casi, che incidono su "scelte globali di vita" dei coniugi e non in ragione del fallimento del rapporto coniugale per violazione di obblighi derivanti dal matrimonio<sup>61</sup>. Mutano tuttavia nelle varie cause di divorzio i parametri di determinazione della impossibilità di proseguire nella convivenza ma non la funzione che rimane in senso lato rimediabile, il cui *ulteriore e logico sviluppo* è rappresentato dalla domanda congiunta di divorzio ex art. 4, comma 16, l. n. 898/1970, con la quale i coniugi indicano compiutamente

---

58 Pur ribadendo la giurisprudenza la necessità che l'impossibilità di mantenere o ricostituire la convivenza sia oggetto di un accertamento autonomo. In questa direzione Cass., 6.12.2006, n. 26165, *Dir. Fam. pers.*, 2007, p. 703, ha affermato che "la declaratoria di cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato secondo il rito religioso non consegue automaticamente alla constatazione della presenza di una delle cause previste dalla L. n. 898 del 1970, art. 3 (oggi dalla L. n. 74 del 1987, artt. 1 e 7), ma presuppone, in ogni caso, attesi i riflessi pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento all'istituto familiare, l'accertamento, da parte del giudice, dell'esistenza (ovvero dell'essenziale condizione) della concreta impossibilità di mantenere o ricostituire il consorzio coniugale per effetto della definitiva rottura del legame di coppia, onde, in questo senso, lo stato di separazione dei medesimi coniugi concreta un requisito dell'azione, necessario secondo la previsione della citata L. n. 898 del 1970, art. 3, n. 2, lett. "b".

59 BARBERA, L.: Divorzio, sub. art. 1 l. n. 898/1970, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN-G. OPPO- A. TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1992, p. 70.

60 In questa direzione anche SANTOSUOSSO, F.: *Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, *Personae familia*, 2, Utet, Torino, 1996, p. 295.

61 FORTINO, M.: *Il divorzio*, cit., p. 1528.

le condizioni inerenti alla prole ed ai rapporti economici<sup>62</sup>. I presupposti per ottenere il divorzio si prestano dunque ad una lettura unitaria, tutti riconducibili alla clausola generale dell'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione di vita, formula questa nella sostanza non dissimile da quella della intollerabilità della convivenza, che giustifica la separazione dei coniugi e accorcia sempre più la distanza tra i due rimedi avverso la crisi coniugale. In questa logica si iscrive il già richiamato provvedimento (legge 6.05.2015, n. 55) che ha abbreviato i termini per proporre domanda di divorzio, introducendo il c.d. divorzio breve, nonchè il decreto legislativo del 10 ottobre 2022 n. 149 (attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata), che ha introdotto l'art. 473 bis.49 c.p.c (Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio), ai sensi del quale "negli atti introduttivi del procedimento di separazione personale le parti possono proporre anche domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e le domande a questa connesse. Le domande così proposte sono procedibili decorso il termine a tal fine previsto dalla legge, e previo passaggio in giudicato della sentenza che pronuncia la separazione personale. Se il giudizio di separazione e quello di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio sono proposti tra le stesse parti davanti a giudici diversi, si applica l'articolo 40. In presenza di figli minori, la rimessione avviene in favore del giudice individuato ai sensi dell'articolo 473-bis.11, primo comma. Se i procedimenti di cui al secondo comma pendono davanti allo stesso giudice, si applica l'articolo 274. La sentenza emessa all'esito dei procedimenti di cui al presente articolo contiene autonomi capi per le diverse domande e determina la decorrenza dei diversi contributi economici eventualmente previsti".

Con la evidente finalità di ridurre i tempi di celebrazione dei giudizi e con indubbio risparmio di energie processuali<sup>63</sup>, il decreto legislativo n. 149/2022 prevede la possibilità di una proposizione contestuale della domanda di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso, che possono così essere definite dal giudice in unico procedimento, all'esito del quale l'autorità giudiziaria pronuncia sentenza di scioglimento e/o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Con la precisazione che la procedibilità della domanda di divorzio è pur sempre subordinata alla definitività della sentenza parziale, che abbia statuito sulla separazione dei coniugi, ed al decorso dei termini necessari per la definizione del giudizio intorno allo status coniugale. Se la domanda di separazione personale e quella di divorzio possono

62 QUADRI, E.: "I presupposti del divorzio" in: (a cura di F. CIPRIANI, E. QUADRI ), *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988, p. 11 ss.

63 In questi termini si esprime la Commissione Luiso.

essere proposte congiuntamente è allora evidente che l'intenzione del legislatore è quella di ritenere sufficiente, anche ai fini dello scioglimento del matrimonio, l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e la conseguente impossibilità di mantenere la comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi, rendendo così superfluo un doppio passaggio. Sembra assistersi ad una sorta di abrogazione della separazione personale, e della eventuale domanda di addebito alla stessa correlata, tuttavia, come evidenziato, la procedibilità della domanda di divorzio è subordinata al passaggio in giudicato della sentenza (parziale) che pronuncia la separazione personale, pregiudiziale rispetto a quella di divorzio. In ogni caso, pur con questa precisazione, che irragionevolmente conserva alla separazione il ruolo di presupposto necessario per ottenere lo scioglimento del vincolo, non si comprende, in ragione della sostanziale identità del presupposto legittimante i due rimedi, la necessità di richiedere ancora uno *spatium temporis* prima della pronuncia sullo status coniugale. La via per un divorzio diretto è stata tracciata ma non percorsa.

La possibilità di un divorzio diretto, non mediato necessariamente da una pregressa separazione personale, di là dei casi previsti dall'art. 1 n. 898/1970, potrebbe ispirarsi su un piano sistematico alla disciplina di un istituto, che presenta non pochi elementi di affinità con il negozio ed il correlato rapporto matrimoniale, malgrado sia stato considerato nella riflessione giuridica un *minus* rispetto al matrimonio, quello dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, disciplinato dalla legge n. 76/2016, che all'art. 1, comma 24, prevede la possibilità per le parti di manifestare, anche disgiuntamente, la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile e di proporre, entro tre mesi dalla manifestata volontà, la relativa domanda. Nessun presupposto viene richiesto, ai fini dello scioglimento dell'unione civile, ritenendosi implicita nella domanda di scioglimento la volontà insindacabile di non proseguire nel rapporto.

Sulla base delle superiori argomentazioni l'interprete deve allora interrogarsi sulla opportunità di considerare ancora nel nostro sistema la pregressa separazione dei coniugi quale necessario momento per potere accedere al divorzio anche in ragione delle seguenti ulteriori considerazioni. Il nostro ordinamento dà riconoscimento, ex art. 21 Regolamento CE n. 2201/2003, a sentenze straniere di divorzio diretto, non ritenendo la giurisprudenza il divorzio senza pregressa separazione contrario all'ordine pubblico<sup>64</sup>; inoltre, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento 1259/2010

64 Cass., (ord.) 21.05.2018, n. 12473, *Guida al dir.*, 2018, 32, p. 48, secondo cui "In tema di riconoscimento di sentenza straniera di divorzio, la circostanza che il diritto straniero preveda che il divorzio possa essere pronunciato senza passare attraverso la separazione personale dei coniugi ed il decorso di un periodo di tempo adeguato tale da consentire ai coniugi medesimi di ritornare sulla loro decisione, non costituisce ostacolo al riconoscimento in Italia della sentenza straniera che abbia fatto applicazione di quel diritto, per quanto concerne il rispetto del principio dell'ordine pubblico, richiesto dalla L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, comma 1, lett. g) essendo a tal fine necessario, ma anche sufficiente, che il divorzio segua all'accertamento dell'irreparabile venir meno della comunione di vita tra i coniugi."

(Roma III), i coniugi possono designare di comune accordo la legge applicabile alla separazione ed al divorzio purchè ricorrano le condizioni stabilite dalla norma stessa, potendo così ottenere un divorzio, senza pregressa separazione, qualora la fattispecie concreta presenti elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento ed applicazione di un sistema che contempra il divorzio diretto.

## V. IL REGOLAMENTO DELLA CRISI DELLA CONVIVENZA TRA UNITARIETÀ E DIFFERENZIAZIONE. NECESSITÀ DI UN TRATTAMENTO OMOGENEO DELLE ESPRESSIONI DELLA SOLIDARIETÀ NELLA CRISI CONIUGALE.

Dalla superiore disamina è emerso come, a differenza di quanto si registra in altre esperienze giuridiche sia di civil law che di common law, nel nostro sistema la separazione non costituisce un'alternativa al divorzio, nel quadro dei rimedi alla crisi della coppia, e ciò in ragione delle diverse conseguenze che scaturiscono rispettivamente dalla dissoluzione del vincolo e dalla attenuazione dei doveri coniugali. Deve tuttavia rilevarsi che, se si interroga il sistema, si scorgono profili regolamentari comuni, nonché soluzioni interpretative finalizzate ad omologare il trattamento del coniuge separato a quello dell'ex coniuge.

In primo luogo gli artt. 337 bis e ss. c.c., introdotti dall'art. 7 del dlgs. n. 154/2013, applicano, la disciplina relativa all'esercizio della responsabilità genitoriale sia in caso di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nullità ed annullamento del matrimonio, che all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, dettando pertanto, sotto tale profilo, una disciplina unitaria. Diventa unica la disciplina dei rapporti tra genitori e figli tanto nella fase fisiologica del rapporto genitoriale quanto nel caso in cui "si dissolva il legame, matrimoniale o di fatto, tra i genitori"<sup>65</sup>. Si acquisisce consapevolezza che, indipendentemente dalle modalità con le quali la cessazione del rapporto viene formalizzata e dalla fonte del rapporto stesso, le esigenze di tutela dei figli minori sono certamente identiche e meritano la medesima risposta in termini effettuali<sup>66</sup>.

Si propone inoltre di valutare, ai fini della corresponsione dell'assegno di mantenimento, le condizioni oggettive, ostative al raggiungimento della indipendenza economica, analogamente a quanto dispone l'art. 5, comma 6, l. n. 898/1970<sup>67</sup>. Ed ancora, in questa direzione appare utile richiamare l'orientamento della Suprema Corte<sup>68</sup>, che esclude la sussistenza di una causa di sospensione della prescrizione tra coniugi separati, assimilandone la condizione a quella degli

65 In questi termini la Relazione illustrativa alla legge 219/2012.

66 MORACE PINELLI, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 898.

67 CARBONE, V.: "Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato", *Fam. dir.*, 1994, p. 607.

68 Cass., 4.04.2014, n. 7981, *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 890, con nota di commento di DE PAMPILIS, M.: "La prescrizione dei reciproci diritti patrimoniali dei coniugi separati nelle recenti (e contraddittorie) pronunce della Cassazione".

ex coniugi<sup>69</sup>. Si ritiene infatti che l'art. 2941, n. 1, c.c. si riferisca al vincolo coniugale pienamente inteso, con esclusione del regime della separazione personale, facendo così prevalere sul criterio ermeneutico letterale un'interpretazione conforme alla ratio legis, che tenga conto dell'evoluzione della coscienza sociale e della valorizzazione delle posizioni individuali dei membri della famiglia rispetto alla conservazione dell'unità familiare, nonché della tendenziale equiparazione del regime di prescrizione dei diritti post-matrimoniali e delle azioni esercitate tra coniugi separati. Né in caso di separazione può ritenersi sussistente la riluttanza a convenire in giudizio il coniuge, collegata al timore di turbare l'armonia familiare, essendo già subentrata una crisi consolidata ed esperite le relative azioni giudiziarie, con la conseguente cessazione della convivenza<sup>70</sup>.

Il matrimonio, quando i coniugi hanno deciso di intraprendere con la separazione percorsi di vita autonomi, si è ridotto verosimilmente a mera forma, priva dell'elemento sostanziale e fondante dell'affectio; la separazione pertanto non costituisce una semplice pausa di riflessione in funzione della ripresa della vita di coppia, né mero momento preliminare del successivo scioglimento del matrimonio, segna piuttosto "la sostanziale esautorazione dei principali effetti del vincolo matrimoniale"<sup>71</sup>. E questo dato impone la auspicata equiparazione quoad effectum tra separazione e divorzio -ovviamente con il limite del permanere del vincolo in caso di separazione- essendo allo stato non unitario il regolamento della crisi della convivenza, specie sotto il profilo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, ed in particolare con riferimento alle forme di contribuzione nella crisi coniugale. In questa direzione si rileva che gli enunciati normativi di cui agli artt. 156 c.c. e 5, comma 6, l. n. 898/1970, prevedono rispettivamente a favore del coniuge separato il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento in mancanza di adeguati redditi propri, e a favore dell'ex coniuge il diritto ad un assegno divorzile qualora questi non abbia mezzi adeguati e non può procurarseli per ragioni oggettive. Invero fino al maggio del 2017<sup>72</sup> si era consolidato l'orientamento che concretizzava la solidarietà nella crisi coniugale attraverso la corresponsione di un assegno a favore del coniuge economicamente debole utilizzando in via parametrica il criterio del tenore di vita coniugale, e ciò tanto in sede di separazione quanto in sede di divorzio<sup>73</sup>. In particolare veniva in

69 Sul punto anche AL MUREDEN, E., "La separazione personale dei coniugi", in Alberto Trabucchi (a cura di S. DELLE MONACHE, - G. GABRIELLI), Edizioni Scientifiche italiane- Napoli, 2021, p. 113.

70 Cass., 14.12.2018, n. 32524, *Guida al dir.*, 2019, 21, p. 47.

71 Cass., 20.08.2014, n. 18078, *Foro it.*, 2014, I, p. 3481, che richiama Cass., 4.04.2014, n. 7981, cit.

72 Cass., 10.05.2017, n. 11504, cit.

73 Cass., 9.06.2015, n. 11870, *Giust. civ. Mass.*, 2015, secondo cui "l'accertamento del diritto all'assegno divorzile dev'essere effettuato verificando l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto, mentre la liquidazione in concreto dell'assegno, ove sia riconosciuto tale diritto per non essere il coniuge richiedente in grado di mantenere con i propri mezzi detto tenore di vita, va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione

rilievo l'impossibilità di ottenere mezzi idonei a consentire il raggiungimento non dell'autosufficienza economica bensì di un tenore di vita sostanzialmente analogo a quello goduto in costanza di rapporto matrimoniale<sup>74</sup>.

Dal 2017, a seguito dei noti arresti giurisprudenziali che hanno abbandonato il criterio del tenore di vita ai fini della determinazione dell'an e del quantum dell'assegno divorzile, la solidarietà post-coniugale comincia a percorrere un doppio binario<sup>75</sup>.

Poiché la separazione personale, a differenza dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, presuppone la permanenza del vincolo coniugale, i redditi adeguati cui va rapportato l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, si ritiene siano quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, "essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo la sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà, convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio"<sup>76</sup>. In questa prospettiva l'assegno di mantenimento rappresenta la prosecuzione dell'obbligo di assistenza materiale cui i coniugi a seguito della separazione sono tenuti e questo giustifica l'utilizzo del parametro delle condizioni di vita dei coniugi in costanza di rapporto matrimoniale<sup>77</sup>. In realtà l'assegno di mantenimento, in ragione dell'attenuazione dell'obbligo di assistenza materiale a seguito dell'evento separativo, espressione del dovere di solidarietà che deve sussistere anche nella crisi coniugale, presuppone una condizione di disegualianza reddituale dei coniugi che va indubbiamente colmata attraverso la corresponsione di un assegno, che tenga conto nella sua determinazione, come si esprime il legislatore (art. 156, comma 2, c.c.), "delle circostanze e dei redditi dell'obbligato". Il dato, incontestabile e non meramente formale, che alla separazione non segue lo scioglimento del vincolo coniugale bensì l'attenuazione e/o rimodulazione di alcuni doveri, nonché il fondamento costituzionale del dovere solidaristico, di cui l'assegno di mantenimento è espressione, non implicano sic et simpliciter che l'adeguatezza dei redditi del coniuge beneficiario debba valutarsi necessariamente sulla base del tenore goduto durante la vita matrimoniale, dalla quale in modo graduale i coniugi

---

e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, valutandosi tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio".

74 Cass., 23.10.2015, n. 21670, [www.dejure.it](http://www.dejure.it)

75 Di doppio binario, riferito alla crisi coniugale, parla MORACE PINELLI, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 896.

76 Cass., 20.01.2021, n. 975, *Giust. civ. Mass.*, 2021.

77 BIANCA, C.M.: *Diritto civile. 2.1. La famiglia*, 6°, Giuffrè, Milano, 2017, p. 199.

si stanno allontanando<sup>78</sup>. La circostanza che spesso la separazione costituisca una fase intermedia, di transizione verso lo scioglimento del matrimonio, con un intervallo temporale, oggi sensibilmente ridotto, non supera di per sé il dato che la separazione viene richiesta o concordata quando la convivenza tra i coniugi, per le ragioni più varie, non è più tollerabile con conseguente dissoluzione del rapporto. Le condizioni della pregressa vita matrimoniale, in termini più espliciti, pertanto non vanno utilizzate quale parametro esclusivo per valutare se i redditi del coniuge richiedente siano o meno adeguati. L'assenza di criteri specificatori ulteriori della determinazione dell'assegno di mantenimento, a differenza di quanto avviene in caso di divorzio, non esime dall'effettuare una comparazione di tutte le circostanze concrete al fine di determinarne l'ammontare. Ed il pregresso rapporto matrimoniale deve certamente orientare la determinazione del quantum dell'assegno di mantenimento ma non con riferimento al tenore di vita, che si inserisce nella logica del (cessato) rapporto coniugale, non del negozio matrimoniale, ancora formalmente esistente, bensì con riferimento al contributo dato dal coniuge alla conduzione del menage familiare ed alla formazione del patrimonio comune e personale dell'altro coniuge. Alla disgregazione del rapporto devono pertanto seguire effetti omogenei, non differenziati, con conseguente rivisitazione dei parametri determinativi dell'assegno di mantenimento sì da assimilarlo a quello divorzile.

Il diritto all'assegno divorzile, avente fondamento costituzionale nel dovere inderogabile di solidarietà economica ex art. 2 Cost. è un diritto condizionato dalla mancanza, in capo all'ex coniuge richiedente, di "mezzi adeguati" o "dalla impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive"<sup>79</sup>. In assenza della individuazione, da parte del legislatore, del parametro cui riferire il giudizio di adeguatezza dei mezzi, ha ritenuto la giurisprudenza di dovere reinterprete il sintagma normativo "mezzi adeguati", con l'individuazione di parametri di riferimento, non più individuati nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Il riferimento al pregresso tenore di vita, ad avviso dei giudici di legittimità, collide radicalmente con la natura del divorzio e con i suoi effetti estintivi tipici, determinando, pur se limitatamente alla dimensione economica, una sorta di ultrattività del rapporto matrimoniale, da ritenersi, invece, definitivamente cessato sotto ogni profilo<sup>80</sup>.

78 Così invece SPANGARO, A.: "Assegno di mantenimento e di divorzio: le strade si separano", *Giur. it.*, 2020, p. 2433.

79 Anche le Sezioni unite della Suprema Corte nella sentenza 29.11.1990, n. 11490, cit., rilevano, richiamando precedenti orientamenti, che "il rapporto di consequenzialità fra la mancanza dei mezzi adeguati ed il diritto all'assegno assume carattere esclusivo, nel senso che per l'attribuzione dell'assegno nessun'altra ragione può avere rilievo".

80 In tal senso Cass., 10.05.2017, n. 11504, cit.

La mutata concezione del matrimonio come negozio dissolubile per decisione unilaterale di ciascuno dei coniugi, espressione della libertà ed autoresponsabilità degli stessi, impone, allora, una interpretazione evolutiva delle norme che disciplinano l'assegno divorzile, rendendo non più attuale e sostenibile l'individuazione di un parametro, quale quello del tenore di vita matrimoniale, che procrastina sine die gli effetti economico-patrimoniali del rapporto coniugale. All'assegno di divorzio viene oggi attribuito dalla giurisprudenza, come sopra rilevato, funzione assistenziale, ed in pari misura perequativo-compensativa, derivante direttamente dal principio costituzionale di solidarietà, con il riconoscimento al coniuge richiedente di un contributo idoneo a consentirgli il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato alle risorse impiegate nella realizzazione della vita familiare e tenendo conto delle aspettative professionali sacrificate. All'assegno divorzile va assegnata una funzione equilibratrice del reddito degli ex coniugi, finalizzata non alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale, ma al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito alla formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale degli ex coniugi<sup>81</sup>. Si ricostruisce in tal modo il "profilo soggettivo del richiedente" mediante l'applicazione di tutti i criteri determinativi indicati dall'art. 5, comma 6, l. n. 898/1970. Le funzioni attribuite all'assegno di divorzio possono peraltro operare anche disgiuntamente, come hanno statuito i giudici di legittimità<sup>82</sup>, che hanno riconosciuto ad un ex coniuge, in presenza di una convivenza di fatto, il diritto alla contribuzione post-coniugale con funzione compensativa, escludendone la componente assistenziale.

Sulla base di quanto argomentato non appare allora ragionevole discriminare le due espressioni della solidarietà nella crisi coniugale. In entrambi i casi si avverte infatti l'esigenza di operare una valutazione complessiva e comparativa delle condizioni patrimoniali dei coniugi al momento della rottura dell'unione, segua o meno alla stessa sul piano formale il venir meno del vincolo. In questa direzione si rileva che, a seguito della separazione personale dei coniugi, quali che siano le modalità con le quali si realizza, si instaurano non soltanto autonomi percorsi di vita ma si scioglie – già a far data dall'autorizzazione data ai coniugi a vivere separatamente nella variante contenziosa- la comunione legale dei beni

81 Cass. S.U. 11.07.2018, n. 18287, cit.

82 Cass., S.U. 5.11.2021, n. 32198, *Dir. Fam. pers.*, 2021, 4, p. 1657. Hanno affermato i giudici della Suprema Corte che "In caso si instauri una convivenza stabile, giudizialmente provata, deve ritenersi che essa valga ad estinguere, di regola, il diritto alla componente assistenziale dell'assegno di divorzio anche per il futuro, per la serietà che deve essere impressa al nuovo impegno, anche se non formalizzato, e per la dignità da riconoscere alla nuova formazione sociale. Quanto alla componente compensativa, in caso di nuova convivenza il coniuge beneficiario non perde automaticamente il diritto all'assegno, ma esso potrà essere rimodulato, in sede di revisione, o quantificato, in sede di giudizio per il suo riconoscimento, in funzione della sola componente compensativa, purché al presupposto indefettibile della mancanza di mezzi adeguati, nell'accezione sopra riportata, si sommi, nel caso concreto, il comprovato emergere di un contributo, dato dal coniuge debole con le sue scelte personali e condivise in favore della famiglia, alle fortune familiari e al patrimonio dell'altro coniuge, che rimarrebbe ingiustamente sacrificato e non altrimenti compensato se si aderisse alla caducazione integrale. Un sacrificio che è proteso solo verso il passato e che solo nella definitiva regolamentazione dei rapporti con l'ex coniuge, in relazione al delimitato arco di vita del matrimonio, può trovare la sua soddisfazione".

e si procede quindi alla divisione del patrimonio comune con ogni conseguente eventuale effetto restitutorio. Pertanto già in questa sede possono emergere disequaglianze reddituali che pongono problemi di riequilibrio complessivo delle sfere patrimoniali dei soggetti in conseguenza della disgregazione del rapporto ed impongono di tenere conto, senza necessità alcuna di differimento ad un momento successivo, del contributo dato alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio comune e di quello personale dell'altro coniuge. La permanenza del vincolo coniugale in caso di separazione personale dei coniugi non appare dunque di per sè ostativa alla individuazione di un trattamento omogeneo delle contribuzioni conseguenti alla crisi coniugale.

Altri profili di differenziazione tra coniuge separato ed ex coniuge, sui quali, nella prospettiva nella quale ci siamo collocati, occorre intervenire, riguardano i profili successori.

Il coniuge separato cui non sia stata addebitata la separazione ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato; in caso di addebito, invece, ha diritto ad un assegno vitalizio qualora al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto (artt. 548 e 585c.c.). L'assegno vitalizio va commisurato alla consistenza del patrimonio ereditario nonché alla qualità ed al numero degli eredi legittimi e, quanto al suo ammontare, non potrà essere superiore alla prestazione alimentare precedentemente goduta. L'ex coniuge, viceversa, ai sensi dell'art. 9 bis della legge n. 898/1970, qualora titolare dell'assegno divorzile, in caso di decesso dell'obbligato, se in stato di bisogno, ha diritto ad un assegno periodico a carico dell'eredità, avuto riguardo alla prestazione goduta, all'entità del bisogno stesso, all'eventuale pensione di reversibilità, nonché alle sostanze ereditarie ed alla qualità ed al numero degli eredi ed alle loro condizioni economiche. Soluzione questa, coerente con la cessazione del vincolo coniugale, che attribuisce all'assegno una funzione essenzialmente alimentare, essendo venuta meno la funzione solidaristica della successione necessaria. In realtà questa diversità di trattamento normativo non appare ragionevole e non appare giustificata la parificazione del coniuge separato, pur se senza addebito, a quello non separato. La scelta separatizia è infatti determinata dalla rottura dell'unione coniugale, che certamente non fa presumere l'inclusione del coniuge separato nella cerchia di coloro nei confronti dei quali il testatore avrebbe disposto. Rispetto al coniuge separato deve pertanto ritenersi priva di fondamento la funzione solidaristica della successione necessaria. La parificazione del trattamento tra coniuge separato e non separato peraltro confligge con il principio di uguaglianza, trattandosi nella specie in modo eguale situazioni che sono differenziate già "nella realtà dei rapporti sociali"<sup>83</sup>.

83 Così FERRANDO, G.-LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da G. ALPA e PATTI, S., Cedam, Padova, 2011, p. 23 della Premessa.

La situazione del coniuge legalmente separato va dunque parificata a quella del coniuge divorziato, escludendolo quindi da qualsiasi diritto sulla successione, e prevedendo a favore del coniuge legalmente separato al pari di quello divorziato, un assegno esclusivamente nel caso in cui al momento dell'apertura della successione versi in stato di bisogno e goda degli alimenti a carico del coniuge deceduto<sup>84</sup>.

## VI. INTERPRETAZIONE SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA DELLA CRISI MATRIMONIALE ED ALTERNATIVITÀ DEI RIMEDI. L'INEVITABILE APPRODO AL DIVORZIO IMMEDIATO.

A questo punto dell'indagine appare utile trarre qualche considerazione sulla idoneità della disciplina attuale in materia di crisi coniugale a dare risposte adeguate e coerenti con l'inarrestabile processo evolutivo, che caratterizza il costume sociale e conseguentemente gli interessi della comunità giuridica nel momento patologico del rapporto matrimoniale.

Nell'ordinamento italiano l'introduzione della separazione personale ha costituito, come già rilevato, la prima risposta, in termini di rimedio, che il legislatore ha dato ai coniugi a fronte del fallimento dell'unione matrimoniale, in un sistema che fino al 1970 aveva adottato una scelta indissolubilista. Successivamente, venuta meno l'indissolubilità del vincolo, la separazione diviene, nella maggior parte dei casi, una fase di transizione che conduce allo scioglimento del matrimonio, escluse ovviamente quelle cause di divorzio c. d. diretto, non riconducibili ad una crisi in senso stretto del rapporto coniugale<sup>85</sup>. La compresenza di entrambi i rimedi tuttavia, come ampiamente argomentato sopra, non si ispira ad una logica alternativa, essendo per molti versi ancora netta, sotto il profilo delle conseguenze patrimoniali tra i coniugi e sotto quello successorio, la distinzione tra separazione e divorzio ed i correlati profili regolamentari<sup>86</sup>. Si è già evidenziato come nella determinazione delle contribuzioni conseguenti alla crisi coniugale si utilizzino parametri diversi, malgrado una interpretazione sistematica della disciplina (sostanziale e processuale) della crisi coniugale orienti verso l'individuazione di un presupposto unitario dei rimedi. Nel valutare l'adeguatezza dei redditi, in caso di separazione personale, si utilizza, pur se con qualche voce di dissenso<sup>87</sup>, il parametro del tenore di vita matrimoniale, in ragione della permanenza del vincolo coniugale e ciò nonostante

84 In questa direzione lo studio del consiglio nazionale del Notariato, ottobre 2011, "Nuove regole tra affetti ed economia. Le proposte del notariato".

85 FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi" cit., p. 1249.

86 DANOVÌ, F.: "I rapporti tra separazione e divorzio, vie parallele, cumulo processuale o cessazione della materia del contendere", *Il giusto processo civile*, 2018, p. 95.

87 Cass., 19.06.2019, n. 16405, *Dir. Fam. pers.*, 2019, 3, I, p. 1172, secondo cui "va ribadita la funzione dell'assegno che non è più, neanche dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287 dell'11 luglio 2018, quella di realizzare un tendenziale ripristino del tenore di vita goduto da entrambi i coniugi nel corso del matrimonio ma invece quello di assicurare un contributo volto a consentire al coniuge richiedente il raggiungimento in concreto di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare".

sia venuta meno la comunione di vita materiale e spirituale tra i coniugi. Viceversa, in caso di divorzio, il giudizio di adeguatezza non si avvale, ai fini della determinazione del contributo post-coniugale, del criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, assegnandosi all'assegno divorzile natura assistenziale ed allo stesso tempo perequativo-compensativa. Questa differenziazione invero può prestarsi in astratto ad una utilizzazione distorta degli strumenti processuali da parte del coniuge, che ha ottenuto un assegno di mantenimento congruo, destinato ad essere verosimilmente ridotto nel giudizio di divorzio in ragione dell'applicazione di un diverso criterio<sup>88</sup>. Anche il differenziato trattamento successorio, riservato al coniuge separato ed all'ex coniuge, si è evidenziato non essere per nessun verso ragionevole, essendo entrambi fuoriusciti dalla ristretta cerchia degli affetti del de cuius con la dissoluzione dell'unione coniugale.

Ed ancora, dal sistema emerge una sempre più accentuata privatizzazione della gestione della crisi familiare, come si è tentato di fare emergere dalla rassegna dei provvedimenti legislativi, che hanno per molti versi attribuito ai coniugi il governo della crisi del rapporto matrimoniale, e che va ulteriormente completato con l'attribuzione agli stessi di un reale potere di scelta dei rimedi da configurare come alternativi.

Si coglie inoltre un deciso favor libertatis dell'ordinamento, risultante non solo dalla introduzione del divorzio breve ma anche dalla possibilità di incidere, indipendentemente dalla mediazione giudiziale, sullo status coniugale, ed ancora dalla proponibilità contestuale della domanda di separazione giudiziale e di divorzio contenzioso, che possono così essere definite dal giudice in unico procedimento. E questo dato conferma l'unitarietà del presupposto dei rimedi alla crisi coniugale che richiede un trattamento normativo unitario sì da configurare, anche nel nostro sistema, la separazione un'alternativa al divorzio e non un mero presupposto dello stesso. L'idoneità a dispiegare tendenzialmente i medesimi effetti rispetto al rapporto matrimoniale, con la sola eccezione della permanenza del vincolo in caso di separazione, non implica per nessun verso un giudizio di inutilità e/o superfluità della separazione, pur essendo consapevoli che sia l'introduzione del divorzio breve che la contestuale proponibilità delle domande di separazione e divorzio comportano la sovrapposizione ed evidenti problemi di coordinamento dei due giudizi, atteso anche che la proposizione della domanda di divorzio non consente al giudice della separazione di ius dicere in ordine alle questioni economiche dei coniugi ed a quelle riguardanti i rapporti con i figli<sup>89</sup>. In questa diversa ed auspicata prospettiva la separazione diviene una scelta dei coniugi determinata da motivazioni personali, non aventi necessariamente una caratterizzazione

<sup>88</sup> Per queste riflessioni anche MORACE PINELLI, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", cit., p. 901.

<sup>89</sup> In questo senso Trib. Milano, 26.02.2016, *Giur. it.*, 2016, p. 2167, con nota di commento di FRATINI, B.: "Il difficile coordinamento tra il giudizio di divorzio e quello di separazione ancora pendente".

ideologica, del tutto alternativa al divorzio<sup>90</sup>, con la quale gli stessi formalizzano una situazione di intollerabilità della prosecuzione della convivenza. Essa tuttavia non sembra rappresentare uno strumento idoneo a “preservare il maggiore grado possibile di coesione della famiglia compatibile con l’esigenza di condurre una vita separata della coppia”<sup>91</sup>, perché quando viene formalizzata giudizialmente o stragiudizialmente la separazione personale dei coniugi, la famiglia, intesa come realtà affettiva, non esiste più. Alla stessa subentra una pluralità di rapporti tra i figli e ciascun genitore.

La scelta dei coniugi di non sciogliere il vincolo e di permanere nello stato di separazione non è allora univocamente espressiva dell’intenzione degli stessi di adottare un regime della crisi coniugale compatibile con elementi di coesione, in quanto separazione dei coniugi e coesione della famiglia sembrano ontologicamente incompatibili. In questa logica non è pertanto auspicabile un’abrogazione né dell’istituto della separazione né della sola separazione giudiziale<sup>92</sup>, potendo i coniugi essere d’accordo sia sulla scelta di permanere nel vincolo e sulle condizioni della vita separata oppure soltanto sulla permanenza del vincolo ma non sulle condizioni che regoleranno i loro percorsi autonomi di vita.

Ciò che de iure condendo va invece abrogato, in quanto espressivo di una logica sanzionatoria non più attuale e confliggente con quella rimediabile, è l’addebito della separazione<sup>93</sup> in ragione della violazione dei doveri scaturenti dal matrimonio, di cui peraltro la giurisprudenza non ha fatto largo uso, richiedendo una indubbia efficienza causale nella rottura dell’unione e così restringendone l’applicazione. Né questo inciderebbe sulla giuridicità degli obblighi matrimoniali in quanto, qualora la loro violazione raggiunga significatività aquiliana, può attivarsi una risposta risarcitoria.

Il delineato trend evolutivo deve allora approdare ad un divorzio immediato, fondato, al pari della separazione, sul presupposto generale della intollerabilità della prosecuzione della convivenza, senza richiedere, come avviene oggi, quale presupposto una pregressa separazione, modellando quindi lo scioglimento del rapporto matrimoniale su quello dell’unione civile, che può cessare, secondo quanto dispone il comma 24 dell’art. 1 della legge n. 76/2016, qualora le parti, anche disgiuntamente, manifestino in tal senso la loro volontà all’ufficiale dello

90 QUADRI, E.: “L’introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi”, *Fam. dir.*, 2021, p. 15.

91 AL MUREDEN, E.: “La separazione personale dei coniugi”, cit., p. 120.

92 In questa direzione invece MORACE PINELLI, A.: “E’ tempo di abrogare la separazione giudiziale”, cit., p. 900.

93 Di residuo storico al riguardo parla QUADRI, E.: “L’introduzione del divorzio”, cit., p. 15.

stato civile e propongano la relativa domanda decorsi tre mesi dalla manifestata volontà di scioglimento<sup>94</sup>.

In caso di divorzio pertanto i coniugi, de iure condendo, devono potere proporre la relativa domanda adducendo soltanto la sopravvenuta intollerabilità della convivenza coniugale, con la previsione ex lege di un termine, decorso il quale l'organo giudicante potrà istruire la causa e definire il giudizio o l'autorità investita in sede stragiudiziale prendere atto dell'intervenuto accordo estintivo del vincolo coniugale.

In questo modo il sistema acquista coerenza e si delinea un regime unitario della crisi dei rapporti di coppia.

---

<sup>94</sup> Sul punto appaiono significative le riflessioni di QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio", cit., p. 15, il quale propone di inserire nel codice civile l'intera disciplina della crisi familiare, unitariamente considerata, prescindendo dal sesso delle parti.

## BIBLIOGRAFIA.

ALCARO, F.: "Note in tema di assegno divorzile: il "tenore di vita in costanza di matrimonio", *Fam. dir.*, 2013, p. 1079.

AL MUREDEN, E.: *La separazione personale dei coniugi*, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 9 ss.

ALPA, G. - BARGELLI, E.: "Premessa : i rimedi alla crisi familiare", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, P.: *Famiglia e matrimonio* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO), Giuffrè, Milano, 2011, p. 1231.

ASTONE, A.: "Assegno di divorzio e nuovo parametro del giudizio di adeguatezza dei mezzi: dal tenore di vita matrimoniale alla indipendenza economica degli ex coniugi", *Dir. Fam. pers.*, 2017, 4, p. 1207 ss.

AUTORINO STANZIONE, G. - ZAMBRANO, V.: *Separazione e divorzio nell'esperienza europea*, Utet, Torino, 2003, p. 62.

BARBERA, L.: Divorzio, sub. art. I l. n. 898/1970, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da G. CIAN-G. OPPO- A. TRABUCCHI, Cedam, Padova, 1992, p. 70.

M. BESSONE.-G. ALPA – A. D'ANGELO, -G. FERRANDO-. M. R. SPALLAROSSA (a cura di): *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1995, p. 13.

BIANCA, C. M.: voce "Famiglia (diritti di)", *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, p. 73.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile. 2.1. La famiglia*. 6°, Giuffrè, Milano, 2017, p. 199.

BUGETTI, M. N.: "Professioni di credo religioso, violazione dei doveri coniugali e pronuncia di addebito", p. 47.

CARBONE, V.: "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)", *Fam. dir.*, 1994, p. 139.

CAARBONE, V.: "Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato", *Fam. dir.*, 1994, p. 607.

CARBONE, V.: "Urteildammerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)", *Foro it.*, 1991, I, I, 67.

CORONA, R.: *Convivenza intollerabile e separazione dei coniugi*, Jovene, Napoli, 1984, p. 206.

DANOVI, F.: "I presupposti della separazione, ovvero quando il diritto "cede il passo" alla libertà del singolo (e per il divorzio?)", *Fam. dir.*, 2019, p. 74.

FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, II° ed., in *Trattato di dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 62.

FERRANDO, G.-LENTI, L., *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* diretto da G. ALPA e S. PATTI, Cedam, Padova, 2011, p. 23.

FORTINO, M.: Il divorzio, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, P.: *Famiglia e matrimonio* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO), Giuffrè, Milano, 2011, p. 1528.

FORTINO, M.: "La separazione personale dei coniugi", in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da ZATTI, P.: *Famiglia e matrimonio* (a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO), I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1249.

FRANCESCHELLI, V.: "Perplexità e interrogativi nel nuovo diritto di famiglia", *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 524. 31.

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 59 ss..

GRASSETTI, C.: sub art. 151 c. c., in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. CIAN-G. OPPO-A. TRABUCCHI, II, Cedam, Padova, 1992, p.68.

HAUSER, J.—HUET-WEILLER, D.: *La famille. La dissolution de la famille*, in *Traité Ghestin, L-G-D-J*, 1991, p. 507.

HONDIUS, E.: "Naar en europees personene-en familierecht", in AA. VV., *Drie treden: over politiek, bleiden en recht*, Zwolle, 1995, p. 173 ss. 35.

LENTI, L.: "Un addio senza rimpianti al mutamento di titolo della separazione", *Giur. it.*, 1996, I, p. 68 ss.

MAINE, H. S.: "Dallo status al contratto", in (a cura di S. RODOTA', ), *Il diritto privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971, p. 211.

MANTOVANI, M.: voce "Separazione personale dei coniugi", *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Torino, 1992, p. 5.

MARELLA, M. R.: "The non subversive function of european privatelaw: the case of harmonisation of family law", *European law journal*, 12, 2008, p. 84.

MONTESANO, L.: "Nuovi rimedi giudiziari per famiglie in crisi", *Riv. dir. proc. civ.*, 1977, p. 7.

MORACE PINELLI, A.: "E' tempo di abrogare la separazione giudiziale", *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, p. 892.

MORACE PINELLI, A.: *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 60 ss..

OBERTO, G.: "Il divorzio in Europa," *Fam. dir.*, 2021, p. 112 ss.

POCAR, V.- RONFANI, P.: *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 5 e ss., e 49 ss..

QUADRI, E.: "Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive", *Fam. dir.*, 2009, p. 1060.

QUADRI, E.: "L'assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", *Foro it.*, 1991, I, I, 67

QUADRI, E.: "L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi", *Fam. dir.*, 2021, p. 15.

SANTOSUOSSO, F.: *Il divorzio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, *Persone famiglia*, 2, Utet, Torino, 1996, p. 295.

SANTORO PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. giur.*, 1945, p. 3.

SAVI, G.: "Riconoscimento e determinazione dell'assegno post-matrimoniale: il ritrovato equilibrio ermeneutico", *Dir. Fam. pers.*, 2018, 3, p. 859.

SCALISI, V.: *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 58.

RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, *La crisi della famiglia*, II, Giuffrè, Milano, 2015, p. 235.

SESTA, M.: "Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia", *Fam. dir.*, 2015, p. 296.

SESTA, M.: Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu, contributo che introduce la ristampa dell'opera di Cicu, *Il diritto di famiglia*, 1978, p. 20.

SPANGARO, A.: "Assegno di mantenimento e di divorzio: le strade si separano", *Giur. it.*, 2020, p. 2433.

TOMMASEO, F.: "La separazione giudiziale: basta volerla per ottenerla", *Giur. it.*, 2015, p. 38.

VETTORI, G. : "L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale tra coniugi (profili interpretativi degli artt. 151 e 156 c.c.)", *Riv. trim. dir. proc.*, 1978, p. 711.

WARDLE, L. -NOLAN, L.: "Family law in the USA", Kluwer law International, Netherlands, 2011, p. 121.

