

Atti dalla Tavola Rotonda del 13 settembre 2018

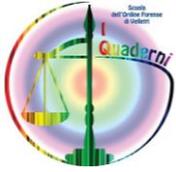
“Assegno di mantenimento e assegno divorzile – le
SS.UU. della Suprema Corte 11.7.2018 n.18787”

Excursus storico-giuridico sul diritto di famiglia

Avv. Luana Guercini

Il diritto di famiglia, nella sua evoluzione storica, appare legato essenzialmente alle mutate condizioni sociali che hanno progressivamente inciso nei rapporti tra uomo e donna e negli equilibri interni della coppia come nucleo della famiglia.

Il codice civile del 1942 prevedeva infatti la famiglia – quale base e fondamento della società- costituita esclusivamente con il matrimonio e regolata su base gerarchica, con il marito a capo e la moglie come soggetto di obblighi, più che di diritti. La concezione gerarchica si rifletteva anche nei rapporti patrimoniali: il marito sceglieva il luogo dove fissare la residenza familiare e la moglie era obbligata a seguirlo; la maggiore età era fissata a 21 anni; la potestà era “patria”, e passava alla madre solo in casi specifici; alla moglie in caso di decesso del coniuge era riconosciuto esclusivamente l’usufrutto uxorio in luogo di una quota del patrimonio; per non



parlare di altri istituti, anche di carattere penale (come l'adulterio), che evidenziavano come nella società la donna rivestisse un ruolo subalterno rispetto all'uomo.

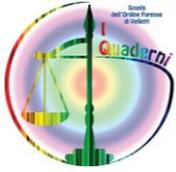
Anche il fatto che l'obbligo di mantenimento della famiglia gravasse esclusivamente sul marito, secondo l'originario testo dell'art.143 cc, era funzionalmente legato al potere-dovere economico dell'uomo e mirato ad assicurarne la preminenza di ruolo all'interno della famiglia. Lo stesso istituto della dote, come apporto di beni da parte della donna –o meglio, della sua famiglia di origine- in favore del marito che li gestiva in via esclusiva, non prevedeva alcuna autonoma scelta di destinazione da parte della moglie. Anche il fallimento del marito travolgeva i beni della moglie, entrando gli stessi nel patrimonio del coniuge.

In sostanza, nell'ambito familiare la moglie non era soggetto attivo ma passivo, quale destinataria di obbligazioni e costretta ad un ruolo subalterno e legato ad un ruolo preminentemente casalingo.

L'art.147 cc imponeva ai genitori l'obbligo di istruire, mantenere ed educare la prole secondo principi morali, che generalmente coincidevano con quelli imposti dal pater familias; la filiazione tuttavia viene distinta tra legittima e illegittima, limitando i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio.

Nel 1948 l'entrata in vigore della Costituzione impone una iniziale rivisitazione degli istituti familiari, alla luce del riconoscimento della parità tra uomo e donna come soci alla pari della società naturale fondata sul matrimonio, in applicazione della generale valorizzazione della persona umana e del principio di solidarietà sociale che caratterizza la Carta Costituzionale.

L'art.29 Cost, in particolare, nello stabilire la pariteticità tra i coniugi (non solo giuridica ma anche morale), supera l'impostazione patriarcale e gerarchica della



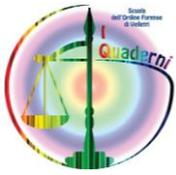
famiglia e costituisce la base per tutte le successive modifiche in materia. In applicazione di tale principio l'art.143 c.c. prevede che il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri, con obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

La sostanziale modifica del diritto di famiglia non è stata concretamente attuata se non dalla legge 151/75 come riforma organica, preceduta dalla l.898/70 che ha introdotto in Italia il divorzio, ossia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Il codice civile non contiene la definizione di famiglia né quella di matrimonio: la prima definizione del matrimonio, come comunione materiale e spirituale tra coniugi, è infatti contenuta nella legge di divorzio del 1970. L'art.149 c.c., che prima statuiva l'indissolubilità del matrimonio- che poteva essere sciolto solo con la morte di uno dei coniugi -, estende la cessazione dei suoi effetti anche agli altri casi previsti dalla legge.

Tuttavia alla dichiarata parità tra i coniugi si contrapponeva ancora una sostanziale subalternità della moglie dal punto di vista economico e patrimoniale legata alla minima presenza della donna nel mondo del lavoro e al regime patrimoniale della separazione dei beni, che spesso, in caso di crisi matrimoniale, lasciava la donna priva di mezzi.

Dalla separazione personale del 1942, prevista dietro consenso di entrambi con omologa o a carattere giudiziale con sentenza quando fosse stata richiesta da uno dei coniugi per colpa, ovvero a causa di adulterio, abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi (situazione comunque di natura temporanea, essendo ferma la



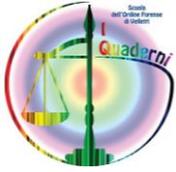
previsione di indissolubilità del vincolo matrimoniale, fino alla l. 898/70) si passa alla ipotesi di separazione giudiziale (art.151 c.c. post legge 151/75) quando una delle parti alleggi l' intollerabilità della convivenza. Con la legge sul divorzio la separazione protrattasi ininterrottamente per un periodo significativo costituisce condizione per accedere alla domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Assegno di mantenimento e assegno divorzile

Dalla previsione del diritto-dovere dell'uomo di mantenere la moglie derivava il correlativo onere in caso di separazione, alla luce del disposto dell'art.433 cc.(alimenti che presuppongono lo stato di bisogno e impossibilità di provvedere personalmente al proprio mantenimento). La separazione era considerata negativamente in quanto prevista come conseguenza di una colpa (grave violazione di doveri matrimoniali) e dunque come sanzione, peraltro con differente valutazione dell'infedeltà tra uomo e donna. Con la riforma la separazione può essere chiesta dai coniugi in caso di intollerabilità della convivenza o in caso di grave pregiudizio per i figli, e dunque è concepita come rimedio invece che come sanzione.

L'assegno di mantenimento deriva dagli obblighi rivenienti dal matrimonio ex art.143 c.c. che recita " i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

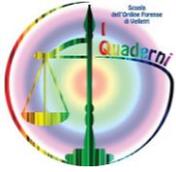
Dopo l'introduzione della L.151/75 la previsione dell'assegno di mantenimento in favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri è legata nell'an debeatur all'assenza di addebito e nel quantum alle "circostanze" e ai redditi dell'obbligato. Prima della riforma il CC prevedeva che il marito in caso di separazione consensuale senza addebito fosse obbligato a versare alla moglie tutto quanto necessario ai suoi



bisogni; la Corte Costituzionale nel 1968 ha stabilito l'illegittimità di tale articolo nella parte in cui tale obbligo era stabilito indipendentemente dalle condizioni economiche della moglie, inserendo in tal modo una prima indicazione di pariteticità valutativa.

L'adeguatezza del reddito è stata riferita al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, attesa la persistenza del vincolo matrimoniale. Peraltro, il regime patrimoniale di legge, quello della comunione legale, consentiva una realizzazione diretta delle contribuzioni economiche di entrambi, unitariamente considerate, in un risultato paritetico e senza quote. Dal recipiente comune in cui vengono versati i diversi contributi anche figurativi dei coniugi non è più possibile distinguere la parte originariamente di ciascuno.

Secondo una nota sentenza della Corte d'Appello di Milano Sez.5 n.4793/17 "la separazione presuppone la permanenza del vincolo coniugale, sicché i "redditi adeguati" cui va rapportato, ex art.156 c.c., l'assegno di mantenimento, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, sussistendo ancora il dovere di assistenza materiale, avente una consistenza diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio. In ordine a quest'ultimo assegno, occorre verificare se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfi le condizioni di legge (mancanza di mezzi adeguati o comunque impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive) non con riguardo ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, ma con esclusivo riferimento all'indipendenza od autosufficienza economica, desunta dal possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari e immobiliari, dalle capacità e possibilità di lavoro personale, dalla stabile disponibilità di una casa di abitazione e ciò sulla base di allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente, su cui incombe il relativo onere probatorio, fermo il diritto all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge. (Nella

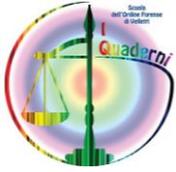


fattispecie la condizione non solo di autosufficienza, ma di benessere economico dell'appellata, tale da consentirle un tenore di vita elevatissimo, comportava il venir meno del diritto a percepire l'assegno de quo).

L'assegno divorzile nella formulazione originaria dell'art.5 co.6 l.898/70 era legato **alle condizioni economiche dei coniugi, alle ragioni della decisione ed era proporzionato alle sostanze e ai redditi del coniuge onerato**. Nella determinazione dell'assegno il giudice doveva tener conto del **contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi**. Si distinguevano i **criteri attributivi** (condizioni economiche dei coniugi-profilo assistenziale; ragioni della decisione- profilo risarcitorio) e **determinativi** (contributo personale ed economico- profilo compensativo). La giurisprudenza del primo periodo pone l'accento sulla priorità della funzione perequativa e assistenziale per eliminare l'ingiusto squilibrio arrecato al coniuge più debole dallo scioglimento del legame coniugale, anche in considerazione della conformazione sociale della famiglia in cui la moglie rivestiva in maniera preponderante una funzione eminentemente casalinga.

Il riconoscimento dunque della necessità di riequilibrare una disparità di condizioni *originata da scelte endofamiliari* è alla base della impostazione sopra ricordata. La funzione dell'assegno di divorzio, in sostanza, non è remunerativa ma compensativa (Cass.6719/87) .

La mancanza di un fondamento unitario e coerente tra i tre criteri (assistenziale, risarcitorio e compensativo) ha portato negli anni ad un progressivo incremento della discrezionalità da parte dei giudici di merito nella determinazione concreta dell'assegno di divorzio. La dottrina lamentava poi che a fronte delle profonde mutazioni della società fosse stata messa in secondo piano l'affermazione del principio di auto responsabilità ed autodeterminazione, oltre che l'evoluzione del ruolo femminile interno alla famiglia e alla società.

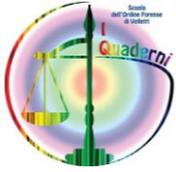


La modifica dell'art.5 comma 6 L.898/70 introdotto dalla legge n.74/87 rappresenta una prima risposta a tali istanze. Secondo il nuovo dato normativo, il Tribunale deve valutare il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio anche comune e il reddito di entrambi, anche in rapporto alla durata del matrimonio e disporre l'obbligo per un coniuge di somministrare all'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive. Il Tribunale poi può in caso di palese iniquità escludere la previsione con motivata decisione. I coniugi debbono presentare la documentazione reddituale e patrimoniale e il giudice può disporre indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita.

Appare dunque con sempre maggior preminenza il potere-dovere per il Giudice di comparare i patrimoni dei coniugi, anche facendo ricorso a verifiche istruttorie d'ufficio. I criteri di cui si deve tenere conto nel disporre l'assegno di divorzio sono ancora presenti ma agli stessi si unisce **la condizione dell'insussistenza di mezzi adeguati e dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive**.

Le Sezioni Unite con la Sentenza n.11490 del 1990 hanno dato vita ad un orientamento rimasto fermo sino al 2017, ritenendo la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno, atteso che il presupposto per la sua concessione deve essere rinvenuto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, inteso come insufficienza degli stessi a conservargli un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

Inadeguatezza dei mezzi non corrisponde al concetto di stato di bisogno (fonte di obbligazione alimentare) ma attiene alla verifica di un apprezzabile deterioramento delle condizioni economiche in dipendenza del divorzio. A tale verifica segue poi, per la quantificazione dell'assegno, l'inserimento ponderato dei dati ulteriori indicati nella norma, ovvero, le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo

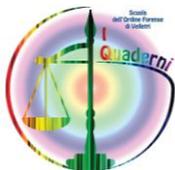


personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dei coniugi e di quello comune, il reddito di entrambi e la durata del matrimonio.

In sostanza il concetto di inadeguatezza dei mezzi per la sua intrinseca genericità ha comportato una proliferazione di valutazioni giudiziali difformi e finanche umorali o socialmente orientate, attesa la grandissima discrezionalità valutativa demandata al tribunale. Sostanzialmente si distingue l'an debeat (inadeguatezza dei mezzi) dal quantum (comparazione e bilanciamento tra elementi determinativi). Tale interpretazione tuttavia rischia di fermarsi all'esame del primo criterio attributivo (adeguatezza dei mezzi), scindendolo dall'esame dei criteri determinativi relegati a ruolo subordinato.

Dopo un trentennio, si è giunti ad una decisione che molto ha fatto discutere, la sentenza Grilli, che nel 2017 ha aperto un varco nel granitico orientamento vincolato alla individuazione del tenore di vita in costanza di matrimonio come indice di adeguatezza dei mezzi, esprimendo invece il criterio di autosufficienza economica come elemento idoneo a determinare la dovutezza e la misura dell'assegno di divorzio.

Per quanto riguarda i figli, fermo restando il riconoscimento della pariteticità dei diritti e dei doveri di entrambi i genitori nel mantenere, istruire ed educare la prole, le modalità di espletamento di tali diritti ed obblighi si sono nel tempo evolute: da patria potestà si è passati a potestà genitoriale e poi a responsabilità genitoriale; il concetto di bigenitorialità ha inciso anche nella previsione dell'affidamento, che da ordinariamente esclusivo (e nella stragrande maggioranza in favore della madre) è passato nel 2006 ad essere di norma condiviso, nell'intento di ristabilire una

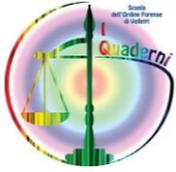


compartecipazione attiva di entrambi i genitori nel progetto educativo. Per quanto riguarda il mantenimento invece, la legge è estremamente chiara nel determinare il principio di proporzionalità al reddito pur se alla luce degli elementi fattuali legati alle modalità di valutazione delle necessità del figlio. Con la riforma del 2006 vengono introdotti criteri specifici per la realizzazione effettiva del principio di proporzionalità.

Un breve cenno merita inoltre di esser dato, al fine di completare l'excursus sull'evoluzione normativa in materia, ai nuovi modelli di famiglia in senso lato, quali riconosciuti dalla l.76/16 e in particolare le unioni civili e le convivenze di fatto.

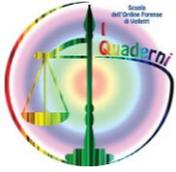
La descrizione dei due modelli giuridici può essere effettuata per relationem, evidenziando le differenze con il matrimonio.

L'Unione Civile, definita come formazione sociale specifica tutelata dagli articoli 2 e 3 della Costituzione, tra persone dello stesso sesso, estende alle famiglie non tradizionali parte dei diritti spettanti alle coppie unite in matrimonio. I Decreti Legislativi emanati in attuazione della legge delega sono entrati in vigore l'11 febbraio 2017. L'attuazione delle unioni civili rappresenta il superamento dell'ultimo scoglio interpretativo del concetto di famiglia costituzionalmente stabilito come riveniente dal (solo) matrimonio, essendo stato chiaramente inteso da parte del legislatore effettuare delle distinzioni tra lo status di coniuge e quello di partner dell'unione civile, In particolare e ferma restando la distinzione tra società naturale fondata sul matrimonio (la famiglia) e formazione sociale specifica (i partner dell'unione civile), la legge ha stabilito che i partner con la formalizzazione del vincolo – effettuata mediante dichiarazione avanti all'ufficiale di Stato Civile- siano sostanzialmente parificati, nei diritti e negli obblighi, ai coniugi, visto l'esplicito richiamo all'art.143 cc. Comma 1. Non vengono richiamati invece gli obblighi di fedeltà e di collaborazione, ma solo quelli di assistenza e di coabitazione.



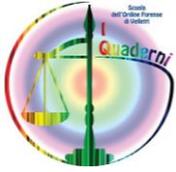
Non è prevista la separazione personale ma solo lo scioglimento dell'unione che può essere conseguito attraverso una dichiarazione congiunta o disgiunta, seguita dopo tre mesi da ricorso in tribunale (o con negoziazione assistita o tramite USC). Non è possibile procedere con il procedimento di omologazione anche se il ricorso è congiunto. In caso di scioglimento il partner mantiene i diritti successori. In caso di figlio minore di uno dei partner, l'altro, considerato "genitore sociale", dovrà adire il tribunale per i minorenni per la regolamentazione dei propri diritti ove ritenuti meritevoli di tutela. In caso di figli adottivi il Tribunale provvederà sull'affidamento. Quanto alle conseguenze economiche e patrimoniali dello scioglimento, i partner sono legati da obbligazione alimentare in caso di stato di bisogno. Il Tribunale può disporre un assegno periodico negli stessi casi di cui all'art.5 L.898/70 che è espressamente richiamato (inadeguatezza dei mezzi e impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive; ragioni della decisione; contributo personale ed economico dato dai partner alla gestione e alla formazione del patrimonio comune e di ciascuno; reddito dei partner e durata dell'unione).

La **convivenza di fatto**, infine, disciplinata dalla medesima l.76/16, pone accanto a quella tradizionale il riconoscimento di altra forma di famiglia esistente nella società attuale, disciplinandone le relazioni interne ed esterne. Superato il generale senso di disapprovazione sociale per le convivenze *more uxorio*, le stesse - che allo stato costituiscono un settore importante delle co-esistenze - sono ritenute meritevoli di una tutela giuridica per lo scopo che intendono perseguire, quello improntato, pur in maniera precaria e non connotata da caratteri di stabilità codificata, alla realizzazione della comunione materiale e spirituale tra i soggetti conviventi. Si intendono "conviventi di fatto due persone maggiorenni, unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza materiale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità, adozione, da matrimonio o da unione civile". Il rapporto può essere regolamentato da un contratto di convivenza da registrare e conservare nei



registri dello SC. La convivenza deve essere iscritta nei registri dello SC. Il contratto di convivenza può essere sottoscritto e autenticato da Notaio o avvocato. Il recesso unilaterale deve essere notificato all'altro soggetto. In caso di bisogno l'ex convivente può adire il Tribunale per richiedere il versamento temporaneo di un assegno alimentare.

Al convivente non spettano diritti successori. Possono avere diritti di visita e assistenza in carcere e in ospedale; è previsto il subentro del partner superstite nel contratto di locazione e il diritto di abitazione temporaneo nella casa familiare.



*“All'avvocato bisogna raccontare le cose chiare: a noi
tocca poi imbrogliarle”*

(Alessandro Manzoni)

Il nuovo orientamento delle S.U. della Corte di
Cassazione in tema di assegno divorzile.

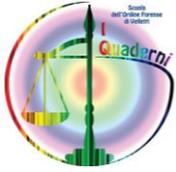
Avv. Alessia Meloni

La Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 18287 del 2018, depositata l'11 luglio 2018, è tornata sull'argomento dell'assegno di divorzio.

Si tratta di una sentenza importante, che chiarisce alcuni dubbi, ma che non può essere considerata una inversione di tendenza, rispetto alla sentenza 11504/2017.

Con la sentenza, che si commenta, la Corte di Cassazione, nella prospettiva solidaristica, supera la distinzione tra criterio attributivo e criterio determinativo dell'assegno.

Ed invero, in caso di domanda di assegno da parte dell'ex coniuge economicamente debole, il parametro sulla base del quale deve essere fondato l'accertamento del diritto ha natura composita, dovendo l'inadeguatezza dei mezzi, ovvero l'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive, essere desunta dalla valutazione, del tutto equiordinata, degli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5 comma 6, in quanto rivelatori della declinazione del principio di solidarietà, posto a base del giudizio relativistico e comparativo di adeguatezza.



Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affermarono che l'assegno previsto dall'art. 5 della legge 898/1970 aveva natura composita: assistenziale, risarcitoria e compensativa.

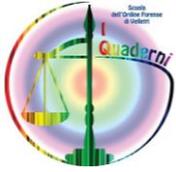
I criteri erano coesistenti e l'equiordinazione costituiva una prescrizione di primario rilievo per la valutazione, che doveva essere svolta dal giudice di merito.

In buona sostanza al giudice di merito non era consentito considerare recessivo, in astratto ed in linea generale, un criterio rispetto all'altro.

In quella fase storica di applicazione dell'art. 5 comma 6 venne sottolineato come il fulcro dell'accertamento da svolgere dovesse incentrarsi sulla natura e sulla misura dell'indebolimento della complessiva sfera economico-patrimoniale del coniuge richiedente l'assegno, in relazione a tutti i fattori che possono concorrere a determinare questa sperequazione (età, salute, svolgimento esclusivo di attività domestiche all'interno, il contributo fornito al consolidamento del patrimonio del nucleo familiare e dell'altro coniuge ecc).

E' evidente che in questo momento storico il criterio assistenziale assume già una funzione perequativa dello "squilibrio ingiusto", che può determinarsi allorchè il coniuge richiedente, a causa dello scioglimento del vincolo, si trovi in una condizione di squilibrio in ragione di pregresse scelte endofamiliari.

Entrava infatti nella valutazione complessiva e paritaria dei criteri ex art. 5 c. 6 il rilievo dell'apporto personale al soddisfacimento delle esigenze domestiche di uno solo dei coniugi (Cass. 3390/1985) e l'effetto negativo sulle esperienze lavorative e professionali personali, che può determinare un impegno versato essenzialmente in ambito domestico e familiare (Cass. 3520/1983).



I principi giurisprudenziali enucleati furono però sottoposti a revisione critica dalla dottrina. Ciò per l'eccessiva discrezionalità, che veniva rimessa ai giudici di merito.

In questo contesto veniva così modificato e novellato l'art. 5 comma 6 della legge 898/1970.

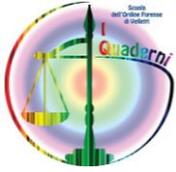
Il confronto testuale con il precedente testo normativo pone immediatamente in luce alcune differenze:

- rilievo della indagine comparativa dei redditi e dei patrimoni degli ex coniugi, fondato sull'obbligo di deposito dei documenti fiscali delle parti e sull'attribuzione di poteri istruttori officiosi al giudice, in precedenza non esistenti in funzione dell'effettivo accertamento delle condizioni economico patrimoniali delle parti, nella fase conclusiva della relazione matrimoniale;

- accorpamento di tutti gli indicatori che compongono il criterio assistenziale, compensativo, risarcitorio nella prima parte della norma, come fattori di cui si deve “tener conto” nel disporre sull'assegno di divorzio;

- la condizione della verifica della insussistenza di mezzi adeguati e della impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive (insussistente nella precedente formulazione).

La Corte di Cassazione del 1990 affermava tuttavia che l'assegno aveva carattere assistenziale. Ed invero il presupposto per l'attribuzione dell'assegno divorzile doveva essere rinvenuto nella inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza degli stessi, all'interno dei quali dovevano essere ricompresi redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità per la conservazione di un tenore di vita, analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.



Veniva altresì chiarito che non era richiesto l'accertamento dello stato di bisogno, assumendo rilievo invece l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche.

In buona sostanza i criteri indicati nella prima parte della norma divenivano determinativi dell'assegno, da attribuirsi in ragione della inadeguatezza dei mezzi.

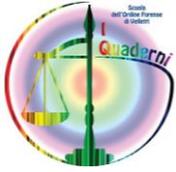
A questo orientamento si è contrapposto quello affermato con la sentenza 11504/2017, che ha individuato, quale parametro della inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, la non autosufficienza economica dello stesso.

E' vero che la lettura del testo novellato dell'art. 5 non offre indicazioni univoche in ordine all'esatta determinazione del sintagma "mezzi adeguati".

Questa indeterminazione ha dato luogo a due orientamenti contrapposti, ancorchè fondati sull'esigenza di limitare la discrezionalità e la graduazione di rilevanza dei tre criteri dei giudici di merito, cui era lasciata la comparazione, la selezione e in concreto la graduazione dei tre criteri.

In particolare, sia l'orientamento che legava l'adeguatezza dei mezzi al conseguimento di un'esistenza libera e dignitosa (1990), intesa come autonomia ed indipendenza economica- prescindendo dalle condizioni di vita matrimoniale e senza un accertamento comparativo della situazione economico patrimoniale delle parti- sia l'orientamento opposto, fatto proprio dalla sentenza a S. U del 1990- secondo il quale l'inadeguatezza dei mezzi deve riconoscersi quando il richiedente non abbia mezzi adeguati per mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio- presuppongono che:

- la norma imponga una distinzione tra il criterio attributivo dell'assegno, di natura assistenziale e gli altri criteri meramente determinativi;



- il legislatore avrebbe inteso separare il piano assistenziale da quello compensativo e risarcitorio.

Il parametro del tenore di vita matrimoniale (soprattutto se potenziale) e l'autonomia o indipendenza economica, fatta propria dalla sentenza 11504 del 2017 sono esposti al rischio dell'astrattezza e del difetto di collegamento con l'effettività della relazione matrimoniale.

Rilievi critici vengono mossi al parametro del tenore di vita goduto o fruibile nel corso della relazione coniugale.

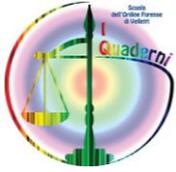
Il primo rilievo riguarda la preminenza della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi.

Questa valutazione, ove costituisca il fattore determinante dell'an debeatur dell'assegno, non può sottrarsi a rischi di locupletazione dell'ex coniuge richiedente in tutte quelle condizioni in cui possa godere non solo di una posizione economica autonoma, ma anche di una condizione di particolare agiatezza oppure quando non abbia significativamente contribuito alla formazione della posizione economico patrimoniale dell'altro coniuge.

I criteri determinativi risultano marginalizzati con conseguente ingiustificata sottovalutazione dell'autoreponsabilità.

Gli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5 comma 6 della legge 898/1970 hanno un contenuto perequativo, che tuttavia l'indagine quantitativa sulle condizioni economico patrimoniali degli ex coniugi rischia di offuscare. Il rischio è ancora più evidente alla luce della ultima sentenza della Corte di Cass. a sez.unite del 2017.

A questo punto il presupposto di una riflessione non può che partire dalla considerazione che l'autodeterminazione non si esaurisce con la facoltà, anche



unilaterale, di sciogliersi dal vincolo, ma preesiste a tale determinazione e connota tutta la relazione ed in particolare la definizione e la condivisione dei ruoli familiari.

Nella sentenza 11504 del 2017 lo scioglimento del vincolo comporta invece una soluzione di continuità tra la fase di vita successiva e quella anteriore.

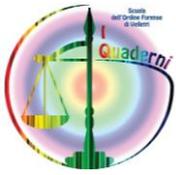
La previsione legislativa, relativa all'assegno di divorzio, viene ritenuta nel contesto della pronuncia della S.C. 11504/2017 prescrizione di carattere eccezionale e derogatorio.

All'assegno viene riconosciuta una natura giuridica esclusivamente assistenziale, rigidamente ancorata all'accertamento della mancanza di autonomia economica, valutata in relazione alla condizione soggettiva economica del richiedente.

Questa impostazione, che ha indubbiamente il pregio di cogliere la potenzialità deresponsabilizzante del parametro del tenore di vita, omette del tutto di considerare che i principi di autodeterminazione ed autoresponsabilità, hanno orientato non soltanto la scelta degli ex coniugi di unirsi in matrimonio, ma hanno conformato il modello di relazione coniugale e definito i ruoli endofamiliari.

Le rilevanti modificazioni sociali hanno imposto l'esigenza di rivalutare criticamente il criterio attributivo dell'assegno, cristallizzato nella sentenza delle S.U. n. 11490 del 1990, soprattutto in relazione al rischio di creare delle rendite di posizione, disancorate dal contributo personale dell'ex coniuge, richiedente l'assegno, alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge, nonché connesso alla deresponsabilizzazione, conseguente all'adozione di un criterio fondato sulla sola comparazione delle condizioni economico patrimoniale delle parti.

In relazione a questa esigenza le S.U. della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 18287/2018, che si analizza, mostra di superare la rigida distinzione tra criteri



attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio, più coerente con il quadro costituzionale di riferimento (art. 2,3,29).

L'art. 5 attribuisce all'assegno di divorzio una funzione assistenziale, riconoscendo all'ex coniuge il diritto all'assegno, quando non abbia mezzi adeguati e non possa procurarseli per ragioni oggettive.

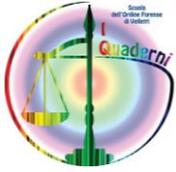
La relatività del criterio della adeguatezza impone tuttavia una esegesi dell'art. 5 c.6.

Per le S.U. della Corte di Cassazione il criterio della adeguatezza dei mezzi e della incapacità di procurarseli per ragioni oggettive va parametrato sulla base di una riconsiderazione delle condizioni economico patrimoniali delle parti, da accertarsi, anche utilizzando i poteri officiosi del giudice.

Tale riconsiderazione, secondo le S.U. deve tuttavia svolgersi sulla base degli altri indicatori, contenuti nella norma (art. 5 comma 6), al fine di verificare se la disparità della situazione economico patrimoniale delle parti sia dipendente da scelte di conduzione della vita familiare, adottate e condivise in costanza di matrimonio.

Per le S.U. della Corte di Cassazione diviene fondamentale verificare se vi sia stata da parte del richiedente il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali, a fronte dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare, in relazione alla durata del matrimonio, che è fattore di cruciale importanza nella valutazione: -del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e dell'altro coniuge; -delle effettive possibilità professionali e reddituali, valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale, in relazione all'età del richiedente e alla conformazione del mercato del lavoro.

In buona sostanza l'accertamento in ordine alla inadeguatezza dei mezzi e alla impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive è ancorato alla verifica delle caratteristiche e alla ripartizione dei ruoli endofamiliari.



L'accertamento del giudice non è dunque in funzione di una ultrattività dell'unione matrimoniale.

Esso consegue alla ratio della norma regolatrice del diritto all'assegno, che conferisce rilievo alle scelte e ai ruoli, sulla base dei quali è stata conformata la relazione coniugale e la vita familiare.

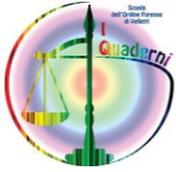
Entra nell'accertamento processuale del giudizio sull'attribuzione dell'assegno divorzile la valutazione della situazione di squilibrio patrimoniale, conseguente al divorzio, al fine di verificare se detto squilibrio sia da ricondurre al sacrificio di aspettative professionali e reddituali, fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente, se non prevalentemente, all'interno della famiglia e dal contributo alla formazione del patrimonio comune e dell'altro coniuge.

Gli indicatori, contenuti nell'art. 5 c.6, prefigurano una funzione perequativa e riequilibratrice dell'assegno di divorzio, che permea il principio di solidarietà, posto a base del diritto all'attribuzione dell'assegno.

La valutazione dell'adeguatezza dei mezzi non è una premessa fenomenica, oggettiva, svincolata dalle cause, che l'hanno prodotta, dovendo accertarsi se la stessa sia dipendente da cause riconducibili agli indicatori di cui all'art. 5 c.6.

In questo modo il criterio di adeguatezza, come parametro di valutazione, può essere ricondotto al principio di solidarietà costituzionale, mantenendo in sé quella funzione riequilibratrice e non solo assistenziale e alimentare.

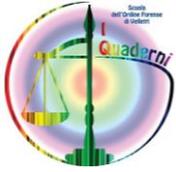
La lettura attenta della pronuncia delle S.U. della Corte di Cassazione, lungi dall'essere di difficile interpretazione e di totale superamento della precedente pronuncia, appare informata da una logica giuridica stringente, di assoluta aderenza ai parametri costituzionali, chiarendo invece la posizione già assunta dalle Sezioni Unite della S.C. nella sentenza 11504 del 2017.



Il parametro della adeguatezza non si fonda dunque su una suggestione criptoindissolubilista, ma porta in sé quella funzione perequativa, che è diretta emanazione del principio di solidarietà costituzionale.

L'eliminazione della rigida distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativo dell'assegno di divorzio e la inclusione nell'accertamento, che il Giudice è chiamato a fare, di tutti gli indicatori contenuti nell'art.5 comma 6 in posizione equiordinata, consente di escludere i rischi di un ingiustificato arricchimento derivanti dalla adozione di una valutazione comparativa in via prevalente ed esclusiva, e assicura in chiave perequativa tutela a situazioni, caratterizzate da una disparità di condizioni economico patrimoniali, non dettate in linea di principio dalla mancanza di autosufficienza economica, ma da un dislivello reddituale, conseguente alle comuni determinazioni assunte dalle parti nell'ambito di decisioni endofamiliari.

Per tutte queste ragioni è necessario che in sede di valutazione del diritto all'attribuzione dell'assegno divorzile l'avvocato conosca esattamente ed esaustivamente la condizione economica e personale del richiedente, perchè il professionista possa rendere un parere pro veritate nell'interesse dell'assistito e fare una valutazione prognostica, nei limiti delle possibilità, dell'esito processuale.



Il disegno di legge 735/s noto come “ddl Pillon”

Avv. Teresa Rubeis

- I. *Premessa.*
- II. *I criteri proposti nel Disegno di Legge.*
- III. *Le singole disposizioni*

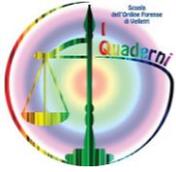
Il 2 agosto 2018 il sen. Simone Pillon, relatore e primo firmatario, ha presentato al Senato il disegno di legge rubricato con il numero 735 intitolato “*Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità*” che si compone di 24 articoli tuttora all’esame della seconda Commissione Giustizia in sede redigente.

Nella Relazione che accompagna il ddl sono evidenziati quattro criteri che possono così brevemente riassumersi: -la mediazione civile obbligatoria; -la parità dei genitori sia nel ruolo che nella ripartizione dei tempi assegnati; -il mantenimento diretto; - il contrasto della alienazione parentale.

Di seguito ci si soffermerà sui punti che appaiono di maggiore rilievo.

LA MEDIAZIONE FAMILIARE

Il disegno di legge prevede l’istituzione di un albo nazionale dei mediatori familiari indicando i requisiti di ammissione e le prescrizioni inerenti la regolamentazione del procedimento e introduce come condizione di procedibilità, nei giudizi di separazione e di divorzio contenziosi e nei procedimenti in cui sono coinvolti i diritti dei figli



minori, il tentativo obbligatorio della mediazione familiare con l'invio delle parti alla mediazione laddove non esperita previamente, prevedendo inoltre l'invito alla mediazione nei procedimenti di revisione delle condizioni relative all'affidamento.

In realtà in maniera impropria il ddl confonde la mediazione familiare con l'ADR istituti diversi per finalità, regole procedurali, conclusione, noto essendo che gli accordi eventualmente raggiunti nel corso della mediazione devono necessariamente confluire in provvedimento giudiziario e in maniera inopportuna impone l'obbligatorietà del preventivo tentativo di conciliazione nei procedimenti relativi ai conflitti familiari stabilendo un rinvio del processo per procedere alla mediazione su ordine del presidente qualora non sia stato preventivamente espletato.

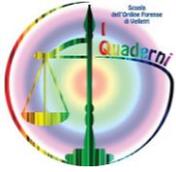
Il ddl non indica le conseguenze del mancato espletamento della mediazione familiare qualora non sia promossa nonostante l'invito del giudice.

LA RIPARTIZIONE PARITETICA DEI TEMPI

Il ddl introduce il diritto del minore di *“trascorrere con ciascun genitore tempi adeguati, paritetici ed equipollenti salvi i casi di impossibilità materiale”* prevedendo che deve essergli assicurata *“la permanenza di non meno dodici giorni al mese compresi i pernottamenti presso il padre e presso la madre”*.

Il collocamento del figlio minore, nel testo del ddl, apporta novità sostanziali all'attuale art. 337-ter c.c. sancendo un principio rigido di bigenitorialità introducendo il diritto del medesimo di trascorrere pari tempo con ciascun genitore salvo i casi di impossibilità materiale (per ragioni di lontananza, di lavoro, etc.), prevedendo inoltre un “tempo minimo” non inferiore a dodici giorni, verosimilmente per il genitore non collocatario.

La norma individua precisamente le ipotesi di esclusione nella distribuzione paritetica dei tempi, in ciò limitando la discrezionalità del giudice. In caso di affidamento



condiviso la norma sancisce il “doppio domicilio” del minore ai fini delle comunicazioni che lo riguardano.

Si scandisce in maniera più chiara rispetto alla vigente, l’obbligo di ciascun genitore di comunicare all’altro, almeno trenta giorni prima l’intenzione di cambiare la propria residenza o domicilio.

Per il cambio di residenza del minore permane la necessità del consenso dell’altro genitore e in caso di disaccordo la decisione sarà rimessa al giudice competente ai sensi dell’art. 709 ter c.p.c (per evidente rifiuto si parla del giudice tutelare).

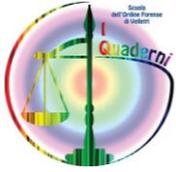
IL MANTENIMENTO DIRETTO

L’attribuzione di tempi equipollenti che la prole trascorre con ciascun genitore esclude poi l’erogazione di un assegno di mantenimento e, laddove previsto se “*strettamente necessario e solo in via residuale*” il giudice ne fissa il termine, stante il criterio perseguito del mantenimento diretto cui entrambi i genitori devono giungere.

Dunque il contributo di mantenimento diviene un’eccezione prevista soltanto “*ove strettamente necessario*”, i genitori ripartiranno i capitoli di spesa della prole non potendo nemmeno convenzionalmente derogare alla regola del mantenimento diretto.

Per il figlio maggiorenne non economicamente indipendente è previsto il versamento diretto fino al compimento del venticinquesimo anno di età e con la conseguente azione diretta in ipotesi di mancata corresponsione.

E’ scomparso ogni riferimento al tenore di vita, il che porterà a situazioni di evidente sperequazione qualora i genitori versino in situazioni economiche differenti.



LA CASA FAMILIARE

Il giudice può stabilire che i figli minori mantengano la residenza nella casa familiare decidendo altresì quale dei genitori possa continuare a risiedervi, in tal caso versando all'altro coniuge se proprietario esclusivo un indennizzo commisurato al canone di mercato o la metà se comproprietario.

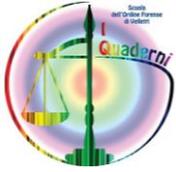
Se la casa è cointestata si applicheranno le norme sulla comunione (art. 1100 e segg. c.c.), se di proprietà esclusiva o di terzi si applicheranno le norme in materia di proprietà, comodato d'uso, diritto di usufrutto, abitazione e locazione.

L'INTERVENTO DEI NONNI

Il ddl introduce il diritto dei nonni a intervenire ai sensi dell'art. 105 c.p.c. nei procedimenti contenziosi di separazione e divorzio a tutela del proprio diritto alla conservazione di rapporti significativi con la prole.

L'ASCOLTO DEL MINORE

Il disegno di legge prevede l'ascolto obbligatorio del minore da parte del giudice coadiuvato da un esperto da lui designato, in sede di udienza presidenziale e ogni volta in cui si adottino provvedimenti che lo riguardano; i difensori e le parti possono assistere in locale separato e porre domande tramite il giudice purché non suscitino conflitti di lealtà verso uno dei genitori; l'audizione deve essere svolta con l'utilizzo di sistemi audiovisivi.



IL COORDINATORE GENITORIALE

Il coordinatore genitoriale è una nuova figura professionale introdotta nel disegno di legge, che è chiamata a intervenire su proposta del giudice in tutti i casi in cui promosso un giudizio per la revisione delle condizioni di affidamento, di ripartizione dei tempi di frequentazione, del contributo e delle modalità di partecipazione nelle spese, esaurita con esito negativo la fase della mediazione disposta dal giudice, persiste il conflitto tra i genitori. In tale ipotesi il giudice propone la nomina di un coordinatore genitoriale che svolgerà sedute disgiunte o congiunte tentando di agevolare i genitori suggerendo soluzioni per giungere a un piano genitoriale concordato che sarà poi sottoposto al giudice tramite i rispettivi difensori. I suoi compiti quindi sono rivolti ad assistere i genitori anche con funzioni decisionali aiutandoli nella predisposizione del piano genitoriale.

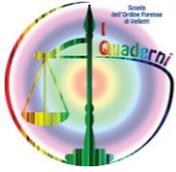
Le spese della coordinazione genitoriale è ripartita tra le parti in eguale misura.

Nel caso di rifiuto il giudice deciderà autonomamente.

IL PIANO GENITORIALE

Nei procedimenti di separazione, divorzio, affidamento di figli, le parti devono proporre un piano genitoriale nel quale devono indicare con precisione i luoghi abituali frequentati dai figli; la scuola e il percorso formativo adottato; le eventuali attività extrascolastiche, sportive, culturali e formative; le frequentazioni parentali e amicali; le vacanze normalmente godute; le modalità e la misura in cui ciascuno di essi concorre nelle spese.

Il piano genitoriale è richiesto anche nel caso di figlio maggiorenne ovviamente limitato all'aspetto economico.



E' previsto a pena di nullità nei ricorsi di separazione consensuale, nei ricorsi di divorzio congiunto la mancanza è sanzionata invece con l'inammissibilità che costituisce come noto vizio insanabile; nei procedimenti contenziosi deve essere riportato nel ricorso introduttivo.

Il giudice valuta il piano e lo approva se lo ritiene soddisfacente all'interesse del minore in difetto provvedendovi direttamente.

Il piano genitoriale deve essere previsto e riportato anche negli accordi di negoziazione assistita.

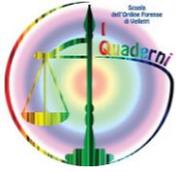
L'ABOLIZIONE DELL'ADDEBITO NELLA SEPARAZIONE E DEL REATO DI VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA

Il disegno di legge abroga il secondo comma dell'art. 151, c.c. sulla domanda di addebito ma sembra lasciare aperta la possibilità di proporre domanda di danni per inadempimento ai doveri coniugali o anche verso il figlio; con l'art. 21 è prevista l'abrogazione dell'art. 570-bis c.p.

LE INADEMPIENZE

Il disegno di legge propone di modificare l'attuale art. 709-ter c.p.c. prevedendo un aumento delle sanzioni pecuniarie, abrogando l'ammonizione, inserendo nelle gravi inadempienze che possono portare alla modifica dei provvedimenti di merito anche "le manipolazioni psichiche" l'"astensione ingiustificata dei compiti di cura di un genitore" le "accuse di abusi e violenze fisiche e psicologiche evidentemente false e infondate mosse contro uno dei genitori".

In tutti questi casi il giudice valuterà la modifica dei provvedimenti di affidamento stabilendo, laddove ne ricorrano gli elementi di gravità, la decadenza dalla



responsabilità genitoriale e le “misure di ripristino, restituzione o compensazione” e contestualmente può condannare il genitore inadempiente al risarcimento del danno causato al minore o all’altro genitore applicando anche una sanzione amministrativa.

GLI ORDINI DI PROTEZIONE

Il disegno di legge introduce un nuovo comma all’art. 342-*bis* c.c. estendendo il campo di applicazione degli ordini di protezione anche alle condotte lesive dei “*diritti relazionali del figlio minore*” poste in atto dal genitore che ne ostacolano la relazione con l’altro genitore o con altre figure parentali o che causano alienazione genitoriale, intimandogli la cessazione della condotta, l’allontanamento, l’intervento dei servizi sociali ma anche la limitazione o la sospensione della responsabilità genitoriale, prevedendo altresì l’inversione della residenza abituale del minore o limitando la permanenza presso il genitore inadempiente o il collocamento provvisorio presso una apposita struttura.

IL RECLAMO CONTRO L’ORDINANZA DEL G.I.

Viene modificato l’art. 178 c.p.c. prevedendo il reclamo al collegio in sede di separazione e divorzio non soltanto alle ordinanze presidenziali ma anche alle ordinanze del giudice istruttore, senza tuttavia specificare se occorre seguire il rito camerale o il rito cautelare.

La previsione dell’immediata applicazione delle nuove disposizioni anche ai giudizi pendenti, sancita nell’art. 23 del ddl non considera che potranno avere immediata applicazione solo le norme di carattere sostanziale, se e quando saranno approvate.

Le critiche sollevate da più voci lasciano aperte le incertezze dell’approvazione.