

Assegno di divorzio: aspettando le Sezioni Unite

La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie

di Michele Sesta (*)

La sentenza n. 11504/2017, ai fini della determinazione dell'assegno divorzile, abbandona il parametro del tenore di vita matrimoniale, considerando l'ex coniuge che ne beneficia quale "persona singola", non più parte di un rapporto matrimoniale ormai estinto. La considerazione è in sé fondata, tuttavia occorre considerare che il periodo matrimoniale, specie se prolungato e in presenza di figli, non viene cancellato dal divorzio. È quindi ragionevole che l'ordinamento preveda regole dirette al riconoscimento di diritti patrimoniali in capo a ciascuno degli ex coniugi connessi all'impegno profuso nella vita matrimoniale. Un consimile obiettivo, di rilevanza costituzionale, richiederebbe un intervento legislativo come già accaduto in altri Ordinamenti.

Famiglia e matrimonio oggi

Per mettere a fuoco la categoria della solidarietà post-coniugale, ovvero, con linguaggio più crudo e aderente alla realtà delle nostre aule giudiziarie, le questioni che in questi mesi pone l'assegno divorzile, occorre in primo luogo riflettere brevemente su cosa sia giuridicamente oggi la famiglia e quale il valore attuale dell'impegno matrimoniale.

A tale riguardo, non è fuor d'opera richiamare il titolo della Terza Conferenza nazionale sulla Famiglia, tenutasi in Campidoglio nello scorso settembre, "Più forte la famiglia, più forte il Paese", verità antica, che tuttavia vale la pena di ribadire in questi tempi di così veloci trasformazioni, e, cioè, che la famiglia rappresenta la cellula fondamentale della società e che pertanto il suo stato di salute si riverbera direttamente su quello della generalità dei consociati. Insomma, la famiglia è chiamata ad assolvere una precisa funzione, tanto che la Costituzione ne tutela i diritti quale società naturale, ed è fin troppo ovvio,

ma insufficiente, ricordare il nesso che la norma stabilisce tra famiglia e matrimonio.

Nei nostri anni, peraltro, piuttosto che sui diritti della famiglia e del matrimonio-rapporto che ne costituisce il fondamento, la prospettiva appare fortemente incentrata sulla tutela dei diritti degli individui che la compongono (1). D'altronde, non si può trascurare che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, prima fra tutte la famiglia. Di qui un difficile bilanciamento tra persona e comunità familiare, per rievocare le parole di un illustre Maestro. La tensione verso la tutela dei diritti individuali del familiare, che certo era lontana dal pensiero del costituente, si era già delineata nettamente, prima, a seguito dell'introduzione del divorzio nel 1970 e, poi, della riforma del 1975, che, pur volendo attuare la dimensione comunitaria della famiglia, ha finito invece per favorire una visione individualista delle relazioni familiari, valorizzando i diritti e, in ultima analisi, la "libertà" dei singoli (2).

(*) *Relazione* tenuta a Roma l'8 novembre 2017 presso la Scuola Superiore della Magistratura (Struttura territoriale di formazione del distretto di Roma).

(1) Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. civ. proc.*, 2017, 567 ss. e in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, in

Conte - Landini (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Mantova, 2017, 235 ss.

(2) Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, II, 1998, 811; Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in Ferrando, Fortino, Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, 1, *Famiglia e matrimonio*, II ed., Milano, 2011, 22;

Credo che tutti si possa condividere il motto della richiamata Conferenza nazionale ed anche l'affermazione del Presidente del Consiglio che, in quella sede, ha definito la famiglia "pilastro della società"; il problema, però, sta nello stabilire a quale famiglia ci si riferisca, considerato che è ben noto come molteplici fattori sociali, etici e giuridici hanno dato vita ad un vero e proprio "arcipelago" familiare (3).

Sul piano ordinamentale, oltre che a fattori sovranazionali, primi fra tutti la giurisprudenza CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ciò si deve soprattutto alla L. 20 maggio 2016, n. 76, recante la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze" (4) e alla L. 10 dicembre 2012, n. 219, che, con il successivo D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, ha riformato la filiazione abolendo la tradizionale distinzione tra figli legittimi e naturali e introducendo lo stato unico di figlio (art. 315 c.c.) (5). Il dato che accomuna dette disposizioni è che esse, nel loro insieme, hanno fatto sì che l'ordinamento tratti come "familiari" legami di coppia e di discendenza che prescindono dal matrimonio, il quale, a tenore dell'art. 29 Cost., parrebbe invece rappresentare l'indefettibile elemento fondante la famiglia (6).

In breve, a dispetto della univoca definizione dettata dall'art. 29 Cost., - ma a ben vedere in considerazione di altri principi di valenza costituzionale, ricavabili dagli artt. 2, 3 e 30 Cost. oltre che da fonti di rango sovranazionale (artt. 8, 12 Cedu; artt. 7, 9, 24 Carta dei diritti fondamentali dell'UE; Convenzione sui diritti del fanciullo) (7) - il quadro giuridico in cui si collocano le relazioni familiari si presenta attualmente assai variegato. Occorre infatti considerare, in primo luogo, che la relazione di coppia - che di norma è alla base della famiglia - può oggi assumere *legalmente* molteplici vesti: quella del matrimonio, riservato a persone eterosessuali e regolato nel libro primo

del codice civile (artt. 79-230 *bis*); dell'unione civile, riservata a persone dello stesso sesso, regolata dall'art. 1, commi 1-34, L. n. 76/2016 e dalle norme da essa richiamate; della stabile convivenza tra persone eterosessuali o dello stesso sesso, regolata anch'essa dall'art. 1, commi 36-65 della predetta L. n. 76/2016, così come - in via meramente fattuale, ma pur sempre, secondo i più, con gli effetti giuridici già riconosciuti dalla giurisprudenza - della libera convivenza intrattenuta al di fuori dei presupposti enunciati dal comma 36 del richiamato art. 1, L. n. 76/2016 (8).

Dunque, la relazione familiare di coppia può rivestire differente struttura giuridica, il che rappresenta una profonda innovazione, considerato che, prima dell'entrata in vigore della predetta novella, l'unico legame "familiare" di coppia che la legge disciplinava era quello matrimoniale, salvo riconoscere qualche settoriale rilevanza alla convivenza di fatto: così il matrimonio ha perduto il carattere identitario della famiglia e il monopolio della regolamentazione della vita familiare, che l'ordinamento per secoli gli aveva riservato (9), il che non può essere certo irrilevante al fine di delineare i caratteri della solidarietà post-coniugale.

Se, per quanto attiene al legame di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio ad una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, per quanto riguarda i figli è accaduto esattamente il contrario. Infatti, come si è ricordato, la L. n. 219/2012 ha introdotto lo "stato unico" di figlio, cosicché la condizione giuridica dei figli rispetto a chi li ha generati e a tutti coloro che discendono dal comune stipite, cioè i parenti (art. 74 c.c.), non risente - come per il passato - della sussistenza del vincolo matrimoniale tra i genitori.

In questa articolata regolamentazione che rinvia dalle recenti leggi, il matrimonio non si configura

Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1043 e 1287; Id., "Famiglia" e "famiglie" in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7. Sulla dialettica tra le molteplici prospettive Furguele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, *passim*, in part. 109 ss.

(3) Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.

(4) Sesta, *Commento all'art. 1, c. 1, Legge 20 maggio 2016, n. 76*, in Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 169 ss.; Id., *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in questa *Rivista*, 2016, 881.

(5) Sesta, voce *Filiazione* (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, Annali, VIII, Milano, 2015, 454; Al Mureden - Sesta, sub art. 315 *bis* c.c., in Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, cit., 1645 ss.; Morace Pinelli, *I provvedimenti riguardo ai figli. L'affidamento condiviso*, in C.M. Bianca (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Padova, 2015, 687 ss., in part. 718 ss.; Sirena, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, *ivi*, 119 ss.; Cianci, *La*

nozione di responsabilità genitoriale, *ivi*, 579 ss.; De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782 ss.

(6) Sesta, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, cit., 2016, 881.

(7) Bergamini, *Commento all'art. 7-9-21-24-33, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, cit., 151; Marchegiani, *Commento all'art. 1-54, Convenzione sui diritti del fanciullo*, in Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, III ed., Milano, 2015, 141 ss.

(8) Balestra, *Commento all'art. 1, c. 36-37 (parte I), Legge 20 maggio 2016, n. 76*, in Sesta (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, cit., 1221 ss.

(9) Sesta, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità di legami di coppia*, in Rescigno - Cuffaro (a cura di), *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giur. it.*, 2016, 1792 ss.

pertanto quale necessario presupposto per dar vita a relazioni legalmente familiari, che possono sorgere indipendentemente dalla sussistenza di quel vincolo. D'altra parte, deve considerarsi che le nuove regole riflettono i mutamenti che si sono prodotti nella società, non solo italiana, nell'ambito sia dei rapporti di coppia, sia di quelli tra genitori e figli che, più in generale, di relazioni di famiglia. Per restare all'Italia, basti pensare che il numero delle coppie non coniugate si è notevolmente incrementato e che la percentuale delle nascite fuori del matrimonio, che era pari al 2.59% nel 1975, si è elevata al 28,7 nel 2015 (10); il che testimonia, da un lato, la progressiva perdita di esclusività e di prestigio della famiglia fondata sul matrimonio e, dall'altro, l'accettazione sociale di modelli familiari che da esso prescindono (11).

Le predette disposizioni, nel loro complesso, mostrano che il diritto di famiglia - in particolare quello "vivente" nell'applicazione fattane dalla giurisprudenza - si è conformato ad una visione essenzialmente privata ed individualista delle relazioni familiari, specialmente di quella di coppia; di quella formata da conviventi "di fatto" in primo luogo, ma anche di quella coniugale, non solo perché il legislatore del 2016 ha attribuito ai singoli la libertà di scegliere la formula legale più congeniale alle proprie scelte esistenziali e, quindi, di calibrare le proprie responsabilità; ma anche con riguardo alla attuazione della volontà di recedere dall'impegno di vivere assieme.

Quanto alla convivenza, non ci sono limiti ad attuare un recesso *ad nutum*, salvi gli effetti eventuali di cui all'art. 1, comma 65, L. n. 76/2016; quanto alla coppia coniugata, deve invero porsi mente al fatto che, nonostante i ripetuti richiami alle "preminenti" esigenze della famiglia (v. a es. artt. 143, 144, 145, comma 2, c.c.), l'ordinamento, nella disciplina della sequenza separazione-divorzio, consente a ciascuno dei coniugi, unilateralmente ed anche contro

la volontà dell'altro, di porre fine al consorzio matrimoniale, senza che a tal proposito rilevino le responsabilità personali (12). Anzi, negli ultimi anni, la prima preoccupazione del legislatore sembra essere stata proprio quella di favorire la celerità dello scioglimento del vincolo, come risulta dalle disposizioni che hanno introdotto la negoziazione assistita e il divorzio breve (13).

In sintesi, tutti gli odierni modelli di famiglia sono caratterizzati da un crescente riconoscimento dell'autonomia e dei diritti individuali; in una parola, si è viepiù imposta l'idea della privatizzazione delle relazioni familiari, resa possibile dall'affievolirsi, grazie al *welfare* pubblico, dei compiti tradizionali di cura della persona, in passato esclusivamente affidati alla famiglia (14), che ne esigevano l'incondizionata stabilità. Come è stato osservato, la famiglia non è più un'istituzione, nella misura in cui riposa sempre più su un legame di tipo puramente individuale e contrattuale (15).

Del resto, come scrisse con singolare preveggenza, sessanta anni or sono, il trentenne Pietro Rescigno: "La famiglia ha perduto la sua funzione tradizionale sul piano dei rapporti economici e sul piano delle relazioni sociali. Può sembrare paradossale, ma, perduti questi valori economici e sociali, la famiglia si è svuotata anche del suo contenuto e del suo alimento spirituale, cioè dell'amore. Del resto un pensatore non sospetto aveva già sottolineato che non si sta assieme per stare assieme, ma per "fare assieme qualcosa". Abbiamo visto perciò dissolversi l'unità della famiglia sotto ogni profilo, i membri della famiglia "amarsi male", giudicarsi con un'asprezza aggressiva e crudele (il linguaggio della letteratura contemporanea ha usato per la prima volta, a proposito della famiglia, termini come "ispezione" o "inquisizione" o "processo"), una pretesa di giudicare che nasce dall'incapacità di conoscersi (ne ha dato un quadro incredibile ed agghiacciante Jonesco, quando ci ha raccontato la storia paradossale di quei due coniugi

(10) Cfr. Il report pubblicato dall'ISTAT il 10 giugno 2016, *Natalità e fecondità della popolazione residente*, <https://www.istat.it/it/files/2016/11/Statistica-report-Nati.pdf>.

(11) Cfr. Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in questa *Rivista*, 2015, 1011; si veda anche al riguardo Facchini, *Le giovani coppie tra continuità e mutamenti*, in *Quaderni di Sociologia*, 2013, 171.

(12) È significativo che in proposito la Cassazione utilizzando l'enfatica espressione di "diritto costituzionalmente fondato di ottenere la separazione personale" sottolinei da tempo l'assenza di argini alla volontà di uno dei coniugi di porre termine alla convivenza matrimoniale e dare avvio al percorso che può condurre alla definitiva rottura del vincolo (Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, in *Foro it.*, 2008, I, 128).

(13) Sul divorzio breve Rimini, *La crisi della famiglia*, II, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 12; sulla possibilità di conseguire lo scioglimento del matrimonio in via stragiudiziale Danovi, *La crisi della famiglia*, IV, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 867; Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in questa *Rivista*, 2015, 296; Bugetti, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, 54.

(14) Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, cit., 221.

(15) De Benoist, *I demoni del bene. Dal nuovo ordine morale all'ideologia del genere*, Napoli, 2015, 162.

che, dopo dieci o più minuti di conversazione banale, scoprono, da certe abitudini comuni, di essere marito e moglie)" (16).

Non per nulla si ritiene probabile che la coppia monogama sia stata introdotta nella fase in cui è comparsa l'agricoltura, allorché il maschio ha assimilato l'importanza della compagna, diventata madre, per la discendenza di figli che ha cominciato a considerare di aver generato (17); l'agricoltura esige che la famiglia sia stanziale e, quindi, stabile, come è stato assicurato dal matrimonio. Oggi l'agricoltura ha perso d'importanza e comunque è da tempo industrializzata: in ogni campo il valore supremo è quello della mobilità, della disponibilità al lavoro ed al consumo (18) e per i vincoli rigidi - come il matrimonio tradizionale - lo spazio è assai ristretto, riservato alla volontaria e libera scelta, ovviamente meramente fattuale, di pochi irriducibili (19).

L'assegno di divorzio: eclissi della funzione assistenziale?

Sino ai primi anni Settanta - epoca dell'introduzione del divorzio e della riforma del diritto di famiglia - era ancora diffusa la visione tradizionale del matrimonio quale pietra angolare della famiglia, la cui rottura rappresentava una sorta di incidente di percorso, di eccezione che conferma la regola, che era pur sempre, quanto meno a livello tendenziale, quella della indissolubilità. Conseguentemente, gli accordi di indirizzo tra gli sposi non potevano non essere influenzati da una consimile presupposizione. Oggi le statistiche ci dicono che le cose non stanno più così, e - a quasi cinquant'anni dall'introduzione del divorzio, che ancora il legislatore non chiama col suo nome se non quasi di sfuggita, come è accaduto all'art. 6 della legge sulla negoziazione assistita - chiunque è consapevole che il matrimonio reca con sé il carattere della risolubilità, il che comporta che ciascun

coniuge possa svincolarsi e dar vita liberamente ad una nuova relazione di coppia nell'ambito dei tipi offerti dall'ordinamento e che, conseguentemente, l'altro veda naufragare il comune progetto familiare e debba riorganizzare sia sul piano personale che patrimoniale.

Dunque, indubbiamente la prospettiva in cui si colloca il matrimonio è molto lontana da quella in cui sono state emanate le disposizioni in materia di assegno divorzile, sia quelle originarie risalenti al 1970, sia quelle tuttora in vigore dal 1987, che si fondano sull'idea di solidarietà post-coniugale, esemplarmente descritta da Massimo Bianca nel suo *Diritto civile*, ove si legge: "il riconoscimento di questa funzione dell'assegno contrasta con la tendenza volta a ravvisare nel divorzio lo strumento di liberazione totale dal matrimonio e da ogni peso che direttamente o indirettamente gli si riconnette. Questa tendenza ha trovato un limite nell'esigenza, alla quale la nostra società è ancora sensibile, di non lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare senza tracce l'impegno di vita assunto con un matrimonio e di abbandonare alla sua sorte chi su tale impegno aveva costruito la propria famiglia" (20).

È a tutti troppo conosciuto lo stato dell'arte perché in questa sede debba richiamarlo. Basti una menzione della notissima sentenza delle Sezioni Unite del 1990 (21), alla cui stregua l'accertamento del diritto di un coniuge alla somministrazione di un assegno periodico a carico dell'altro va compiuto mediante una duplice indagine, attinente all'*an* e al *quantum*; il presupposto per concedere l'assegno è costituito dall'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del

(16) Rescigno, *Le società intermedie*, ne *Il Mulino*, 1958, 3 ss., ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 54.

(17) Naouri, *Adulteri*, Torino, 2007, 25.

(18) Bauman, *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2007, il quale rileva come "quel che in passato ha tenuto uniti i membri di un nucleo familiare attorno a un focolare e ha reso lo strumento di integrazione e affermazione della famiglia è stato in larga parte l'aspetto produttivo del consumo: la famiglia che si siede a tavola per cena è l'ultima fase (quella distributiva) di un lungo processo produttivo che è cominciato in cucina o anche prima, nell'apprezzamento familiare e nella bottega. Ciò che univa il gruppo familiare era la collaborazione in un unico processo produttivo, non il godimento comune dei suoi frutti. Possiamo immaginare che l'imprevista conseguenza dell'invenzione del *fast food*, del cibo da asporto e delle cosiddette *Tv dinners* (o forse, meglio, la loro funzione latente e la vera causa della loro crescente popolarità) è quella

di rendere obsoleti i pasti familiari attorno a una tavola, ponendo fine al momento del consumo condiviso, ma anche quella di indicare simbolicamente l'irrelevanza dei legami umani nella società dei consumatori della modernità liquida."

(19) Si v. a riguardo il modello americano del *covenant marriage*: Witte jr. e Nichols, *Covenant marriage in comparative perspective*, Michigan-Cambridge, 2005; Ellman, *Divorce in the United States*, in *Cross Currents. Family law and Policy in the US and England*, edited by Katz, Eekelaar and Maclean, Oxford, 2000, 361; Pearson, *A forum for every fuss: the growth of court services and ad treatments for family law cases in the United States*, ivi, 528.

(20) C.M. Bianca, *La famiglia*, 2.1, in *Diritto civile*, V ed., 2014, 298.

(21) Cass., SS.UU., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, 67, con nota di Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite e di Carbone, Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*.

divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio; la misura concreta dell'assegno - che ha carattere esclusivamente assistenziale - deve essere fissata in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge con riguardo alla pronuncia del divorzio, che il giudice dovrà valutare in ogni caso in ordine alla misura dell'assegno stesso, il quale potrà essere anche escluso sulla base dell'incidenza negativa di uno o più di essi.

A detto principio di diritto si è uniformata sino ad ora la giurisprudenza di merito e di legittimità, tanto che di recente il Tribunale di Firenze, che intendeva discostarsi dal diritto vivente, aveva ritenuto correttamente di dover far ricorso alla Corte costituzionale per svincolarsi dal parametro del tenore di vita, sul presupposto che esso fosse in contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 Cost. (22). Come era prevedibile, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 11/2015 (23) ha dichiarato non fondata la questione, proprio in considerazione del consolidato orientamento della Corte di cassazione alla cui stregua il parametro del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio rileva per determinare in astratto il tetto massimo della misura dell'assegno ma, in concreto, quel parametro concorre, e va poi bilanciato caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nell'art. 5, comma 6, L. n. 898/1970. Cosicché tali criteri agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto e possono valere anche ad azzerarla, evitando quindi rigidità tali da porsi in contrasto con i precetti costituzionali.

La sentenza n. 11504/17, nella sua *pars destruens*, mette in evidenza che la scelta del parametro del tenore di vita matrimoniale "implica l'omessa considerazione che il diritto all'assegno di divorzio è eventualmente riconosciuto all'ex coniuge richiedente, nella fase dell'*an debeatur*, esclusivamente come "persona singola" e non come ancora parte di un rapporto

matrimoniale ormai estinto anche sul piano economico-patrimoniale" (24).

Non v'è dubbio che la considerazione sia in sé fondata, anche se ciò non esige che la soluzione poi seguita dalla prima sezione, sulla quale esprimo perplessità, sia indefettibile.

Infatti, è vero che il divorzio estingue anche sul piano economico-patrimoniale il rapporto, ma è anche vero, come esattamente scrive Enrico Quadri, che gli ex coniugi non per questo si trasformano in persone singole senza passato (25): il periodo matrimoniale, specie se prolungatosi a lungo nel tempo e allietato da figli, massimamente se ancora minori al momento della cessazione del vincolo, non viene cancellato dal divorzio e quindi può ritenersi che ragionevolmente l'ordinamento preveda disposizioni dirette al riconoscimento di diritti patrimoniali in capo a ciascuno degli ex coniugi connessi all'impegno profuso nella vita matrimoniale sulla base di accordi di indirizzo condivisi tra loro.

Quali poi siano questi diritti spetta al legislatore disporre, ma certamente ritengo possa affermarsi che - in virtù degli artt. 2, 3, 29, 30, 31 e 37 Cost. - essi non si collochino in una prospettiva meramente alimentare, incentrata esclusivamente sulle esigenze di sopravvivenza dell'ex coniuge, come in definitiva opina la sentenza n. 11504/2017. Tale prospettiva oblitera di considerare e di remunerare l'impegno che un coniuge abbia profuso nella vita matrimoniale, specie attraverso il lavoro prestato in seno alla famiglia, in base agli accordi di indirizzo concordati con l'altro sposo (26). Ciò è ancor più vero nel caso in cui gli ex coniugi siano stati genitori, perché raramente li avranno accuditi in eguale misura: e, ancor di più, se tuttora abbiano a carico figli minori, considerato che essi dovranno continuare ad esercitare di comune accordo la responsabilità genitoriale, il che richiede una assidua comunicazione tra loro e non consente certo di considerarli come "persone singole", in quanto la loro famiglia è ancora in essere, anche se destrutturata (27).

(22) Trib. Firenze 22 maggio 2013, n. 239, ord., in questa *Rivista*, 2014, 687, con nota di Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale e esigenze di revisione*.

(23) Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 11, in questa *Rivista*, 2017, 537 ss., con nota di Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*.

(24) Cass. 10 maggio 2017, n. 11504, in questa *Rivista*, 2017, 642, con nota di Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale* e di Danovi, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; in *Corr. giur.*, 2017, 885, con nota di Quadri, *I coniugi e l'assegno di*

divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?

(25) Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, cit., 885.

(26) Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, cit., 648.

(27) Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, cit., 642 ss.; Id., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, 223 ss. Nell'ambito della giurisprudenza di merito formatesi successivamente al revirement inaugurato da Cass. 10 maggio 2017, n. 11504 appare significativa la motivazione Trib. Arezzo 5 luglio 2017, inedita. Per una fattispecie di particolare rilevanza cfr. Cass. 16 maggio 2017,

In questo quadro, a mio avviso, occorre ripensare la prospettiva meramente assistenziale, già presente nell'art. 5, comma 6, L. n. 898/1970 ed ora esasperata dalla sentenza del maggio 2017, che pure ha il merito di aver sollevato un problema che sembrava definitivamente risolto, ma che in verità giaceva sotto la cenere, come ben sa chiunque abbia esperienza pratica: al di là delle formule, il parametro dell'assegno divorzile commisurato al tenore di vita scontenta sia chi è chiamato a corrisponderlo, sia chi lo riceve.

Considerato dunque che il matrimonio, come sopra si è visto, è risolubile, da un lato, appare coerente che esso non lasci strascichi patrimoniali, ma, dall'altro, è anche indispensabile che i coniugi escano dal matrimonio in condizioni di parità patrimoniale e che non si verifichino ingiustificati arricchimenti di uno a danno dell'altro, come spesso accade e vieppiù potrà accadere seguendo il nuovo corso della Cassazione (28).

Come è stato osservato, il principio di parità deve essere necessariamente garantito anche, e direi soprattutto, al momento della rottura del matrimonio, proprio in forza delle stesse norme che mirano a garantirne l'attuazione nella fase fisiologica del rapporto, cioè quelle di cui agli articoli 2, 3, 29, 30, 31 e 37 Cost. e 143, 144, 147, 148, 315 bis e 316 bis c.c., cosicché la strada dell'assegno di divorzio con funzione assistenziale sembra oramai interamente percorsa e forse, nella misura in cui converte l'assegno ad un sussidio alimentare, anche incostituzionale, per violazione delle precitate disposizioni costituzionali, tutt'all'opposto di quanto ritenuto dal Tribunale fiorentino (29).

Quella che occorre a mio avviso valorizzare è, allora, la prospettiva compensatoria, diretta al

riequilibrio della condizione patrimoniale dei coniugi, considerata anche la fuga dalla comunione legale dei beni, che nell'ottica del legislatore avrebbe dovuto rappresentare garanzia di eguaglianza patrimoniale tra gli sposi (30). Da più parti si è invocato l'intervento legislativo (31) e nel 2017 era stata presentata avanti la Camera dei deputati una proposta di legge (32) portante modifiche all'art. 5, L. n. 898/1970, che all'art. 1 configura l'assegno come "destinato a compensare, per quanto possibile, la disparità che lo scioglimento crea nelle condizioni di vita dei coniugi. Nella determinazione dell'assegno il tribunale valuta le condizioni economiche in cui i coniugi vengono a trovarsi a seguito della fine del matrimonio; le ragioni dello scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio; la durata del matrimonio; il contributo personale di economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune; il reddito di entrambi, l'impegno di cura personale dei figli comuni minori o disabili, assunto dall'uno o dall'altro coniuge; la ridotta capacità reddituale dovuta a ragioni oggettive; la mancanza di un'adeguata formazione professionale quale conseguenza dell'adempimento di doveri coniugali".

La proposta di legge - oramai decaduta - era apprezzabile per l'intento di superare il criterio assistenziale e di dar corpo all'esigenza di riequilibrare le disparità create dal divorzio piuttosto che di attribuire un mero assegno assistenziale/alimentare, ma era altresì contraddittoria ed avrebbe, quindi, necessitato di una riscrittura (33).

n. 12196; App. Milano 16 novembre 2017, n. 4793, in questa *Rivista*, 2018, 322 ss., con nota di Al Mureden, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*.

(28) Sesta, *Presentazione* di Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, VIII; Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 268, il quale mette in luce che "il principio di eguaglianza dei coniugi si associa ad un vincolo che predetermina l'ordinamento intero della famiglia e che imprime alla relazione tra i coniugi il carattere della solidarietà, sottraendolo alla loro disponibilità".

(29) Cfr. *supra* nt. 21.

(30) Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, I, *Storia, natura, ratio e oggetto. Comunione di residuo e beni personali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2010, 357.

(31) Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore - di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, cit., 885; Rimini, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1281; Id., *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 147. L'A. ritiene possibile che la funzione compensatoria possa essere attuata anche in via d'interpretazione. Al riguardo egli afferma che "è

venuto allora forse il momento di rovesciare l'impianto concettuale che ha sino ad ora guidato l'interpretazione dell'art. 5, comma 6°, l. n. 898/1970 e chiedersi se sia vero che la norma "ha indubbiamente natura assistenziale" o piuttosto vi sia lo spazio per affermare la finalità compensativa dell'assegno divorzile. [...] L'affermazione della natura assistenziale dell'assegno divorzile si regge sulla osservazione per cui la norma vigente subordina il riconoscimento dell'assegno all'accertamento della insussistenza di "mezzi adeguati" da parte del coniuge richiedente. Ma essa non afferma espressamente la natura assistenziale della prestazione dovuta e si limita ad utilizzare l'aggettivo "adeguati" senza ulteriori specificazioni. Che cosa impedisce all'interprete di leggere questo aggettivo come riferito alla situazione concreta di ogni singolo matrimonio? Adeguati quindi a ciò che appare equo alla luce dei criteri indicati nella parte centrale della norma e soprattutto, al "contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune" e alla "durata del matrimonio".

(32) Atto della Camera n. 4605, "Modifiche all'articolo 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile".

(33) Cfr., Le osservazioni dell'Organismo Congressuale Forense che, pur esprimendo adesione alla proposta di legge, formula suggerimenti emendativi.

Uno sguardo comparativo

Volgendo l'attenzione ad altri ordinamenti, che da più lungo tempo conoscono il divorzio, emerge un panorama interessante, caratterizzato, specie con riferimento ad alcuni di essi, dal perseguimento del duplice obiettivo da un lato, di tagliare i ponti tra gli ex coniugi, ma, dall'altro, di fare in modo che essi escano dal matrimonio in situazione di parità.

Questa è appunto la strada che già dal 2004 ha imboccato il legislatore francese, che ha riscritto gli articoli da 270 a 281 del *code civil* sotto il paragrafo titolato prestazioni compensatorie (34).

L'articolo 270 *code civil* stabilisce che il divorzio pone fine al dovere di assistenza materiale tra gli sposi. Ciascuno sposo può essere tenuto a versare all'altro una prestazione destinata a compensare, in quanto ciò sia possibile, la disparità che la rottura del matrimonio crea tra le rispettive condizioni di vita. Detta prestazione ha un carattere forfettario. Essa prende la forma di un capitale il cui ammontare è fissato dal giudice secondo i criteri stabiliti dall'art. 271 *code civil*. La disposizione prevede che la prestazione compensatoria sia fissata secondo i bisogni dello sposo al quale è attribuita e i mezzi dell'altro, tenendo conto della situazione al momento del divorzio e dell'evoluzione in un futuro prevedibile. A tale effetto, il giudice prende in considerazione la durata del matrimonio, l'età e la condizione di salute degli sposi, la loro qualificazione e la loro condizione professionale, le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno degli sposi durante la vita comune per l'educazione dei figli e del tempo che ancora sarà richiesto, il patrimonio stimato o prevedibile degli sposi, tanto in capitale quanto in redditi, prima della liquidazione del regime

matrimoniale, i loro diritti esistenti o prevedibili, le rispettive posizioni in tema di pensione, avendo stimato, per quanto possibile, la diminuzione dei diritti pensionistici che potrebbe essere stata causata, per l'aumento della prestazione compensatoria, a seguito delle circostanze previste al sesto comma. Ancora l'art. 275 *code civil* prevede che qualora il coniuge debitore non sia in grado di versare in un'unica soluzione la somma capitale come determinata dall'art. 274 *code civil*, il giudice possa prevedere un versamento periodico nel tempo massimo di otto annualità.

Quanto agli ordinamenti di *common law*, come è stato persuasivamente osservato, "la promozione del principio di autoresponsabilità e la previsione di forme di chiusura definitiva dei rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi (*clean break*) coesistono con una politica di equilibrata divisione delle risorse della famiglia. Al fine di presidiare il valore della pari dignità e del lavoro domestico ed *extra domestico* ed attuare il principio della parità di genere secondo il quale *each part would ...leave marriage in terms of financial equality* (35). Nell'ordinamento inglese il conseguimento di questa finalità è affidato al c.d. *equitable distribution system* (36) che - in un sistema nel quale sono assenti regole di attribuzione comune dei beni in costanza di matrimonio - consente al giudice del divorzio di dividere il patrimonio dei coniugi in applicazione di criteri volti a realizzare un'equa allocazione delle risorse a prescindere dalla loro intestazione formale (37). Al tempo stesso, la *clean break theory* consente di definire le conseguenze patrimoniali del divorzio mediante l'attribuzione al coniuge economicamente debole di una somma *una tantum* (*lump sum*) o l'assegnazione dei beni appartenenti all'altro, limitando ad ipotesi residuali il pagamento

(34) Cfr. Rimini, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 113, in part. nt. 17; Id., *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, cit., 1281.

(35) Il principio, testualmente enunciato nella decisione *Norris v. Norris, Family Division*, (2002) EWHC 2996 (Fam), è stato costantemente seguito dalla giurisprudenza inglese. Per una ricostruzione in lingua italiana Al Mureden, *Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 211 ss.; Id., *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, cit., 646.

(36) Cretney and Masson, *Principles of Family Law*, VII ed., London, 2003, 378 ss.; Masson, Bailey-Harris, Probert, *Cretney's Principles of Family Law*, VII ed., London, 2008, 404 ss.

(37) L'*equitable distribution system* e la *clean break theory* si fondano su alcune disposizioni del *Matrimonial Causes Act* del 1973 (Bailey-Harris, *Dividing the assets on family breakdown: the content of fairness*, in *Current legal problems*, edited by Freeman, Oxford, 2001, 533). In particolare, la *section 23* consente al giudice

di disporre il pagamento di una somma da corrispondere alla parte debole *una tantum* o periodicamente; la *section 24* attribuisce il potere di trasferire o ripartire la proprietà dei beni appartenenti ad uno o ad entrambi i coniugi. I criteri ai quali il giudice è chiamato ad attenersi nell'esercizio di tali poteri sono enunciati, in via generale nella *section 25*. Il primo dei criteri indicati nella *section 25* prende in considerazione "*the income, earning capacity, property and other financial resources*" di cui ciascun coniuge dispone o verosimilmente disporrà in futuro (a); il secondo, considera "*the financial needs, obligations and responsibilities*" a cui ciascuna delle parti dovrà far fronte (b). Il giudice deve poi avere riguardo al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio (c), all'età delle parti ed alla durata del matrimonio (d), ad eventuali malattie fisiche o mentali (e), al contributo che ciascuno ha dato o presumibilmente darà in futuro alla conduzione della famiglia (f), al comportamento delle parti (g) alle aspettative che in ragione del venir meno del matrimonio ciascuno dei coniugi vedrà deluse (h). Poiché tra i criteri appena illustrati non esiste un ordine gerarchico, il giudice dispone di un'ampia discrezionalità (Conway, *Prenuptial Contracts*, in *New Law Journal*, 1995, 145, 1290).

di somme periodiche a titolo di mantenimento (38). In definitiva, al momento del divorzio, ove possibile, viene effettuata in una unica soluzione una divisione delle ricchezze che assolve a due funzioni le quali, seppur concettualmente distinte, possono sovrapporsi. La prima consiste nell'individuare quanto necessario al coniuge economicamente debole per il tempo successivo al divorzio (c.d. *needs based approach*) e soddisfare tale esigenza di mantenimento, ove possibile, mediante il trasferimento *una tantum* di un capitale; la seconda consiste nella divisione paritaria delle ricchezze accumulate nel corso del matrimonio (c.d. *sharing principle*). Talvolta la divisione delle ricchezze accumulate in costanza di matrimonio "assorbe" il problema del mantenimento della parte debole; questa eventualità è emblematicamente illustrata nella *leading decision* *White v. White*, nella quale la *House of Lords* ha affermato il principio della divisione della *matrimonial property* in parti uguali muovendo da una fattispecie nella quale i coniugi avevano accumulato insieme un ingente patrimonio nel corso di un matrimonio durato trent'anni (39). Qualora, invece, non sia presente una *matrimonial property* da dividere in parti uguali, l'esigenza di assicurare al coniuge debole il mantenimento del tenore di vita coniugale per il tempo successivo al divorzio è perseguita mediante il prelievo di beni o somme di

denaro da destinare ad una attribuzione *una tantum* ispirata al principio del *needs based approach*. In questo senso un'emblematica testimonianza è fornita dalla decisione *McCartney v. McCartney*, ove è stata disposta la condanna della celebre pop star a trasferire a titolo di mantenimento alla ex moglie una parte della c.d. *non-matrimonial property* (beni personali conseguiti prima del matrimonio) corrispondente ad un importo di oltre 25.000.000 sterline (40).

Conclusione: *each part would ... leave marriage in terms of financial equality*

La sentenza della prima sezione della Cassazione, il cui principio di diritto è attualmente al vaglio delle Sezioni Unite, ha avuto sicuramente un merito: quello di aver ridato vita ad un dibattito che sembrava ormai definitivamente assopito e appiattito sulla decisione delle sezioni unite di quasi trent'anni fa (41). Personalmente mi auguro che da questo dibattito possa nascere - con il contributo di tutti, giudici, studiosi, avvocati e, soprattutto, il legislatore - un più ragionevole ed equo assetto dei rapporti patrimoniali seguenti alla crisi del matrimonio, in linea con i precetti costituzionali e con il nuovo stato giuridico del vincolo coniugale, i quali, correttamente interpretati esigono che *each part would ... leave marriage in terms of financial equality*.

(38) Al Mureden, *Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, cit., 211 ss.; Id., *L'assegno divorzile tra autoreponsabilità e solidarietà post-coniugale*, cit., 646.

(39) *White v. White*, (2001) 1 All ER 1.

(40) Al Mureden, *Il divorzio di Paul McCartney ed Heather Mills. I diritti del coniuge debole in una emblematica decisione inglese e nella prospettiva del diritto italiano*, in questa Rivista, 2008, 843 ss.

(41) Si è trattato di un vero e proprio "sasso nello stagno", secondo l'efficace immagine evocata in sede scientifica dallo stesso estensore della sentenza pochi giorni prima della sua pubblicazione: cfr. Lamorgese, *L'assegno del divorzio e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2016.