

INTRODUZIONE

La tesi si prefigge il fine di argomentare sugli istituti della separazione e del divorzio, novellati dalle recenti riforme avvenute nel 2014 e nel 2015.

Il primo capitolo tratterà del concetto di matrimonio, per com'era ancorato all'idea della sua indissolubilità, antecedentemente alla riforma del diritto di famiglia che si è avuta nel 1970, con la prima introduzione dell'istituto divorzile nell'ordinamento italiano.

In effetti, la contemplazione del divorzio nel nostro ordinamento segna una novità assoluta, in quanto sgancia finalmente la nozione di famiglia da quella connotazione pubblicistica che l'ha da sempre contraddistinta, per acquisire quella più prettamente privatistica.

Con l'introduzione del divorzio, nel 1975, tuttavia, la separazione mantiene quell'accezione di passaggio provvisorio avente il fine di una possibile ed auspicabile riconciliazione tra i coniugi.

È la prima volta, dopo quarant'anni, dalla riforma epocale del 1975 che il legislatore torna da occuparsi del diritto di famiglia.

Nel corso del secondo capitolo, invece, si tratterà più nello specifico delle modalità di regolazione dei rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi, avendo particolare riguardo ad esaminare il tipo di prestazione che l'assegno divorzile assolve e, soprattutto, come sia mutato nel tempo (alla luce della più recente giurisprudenza di Cassazione in merito) la sua concezione.

Nel terzo, ed ultimo capitolo, infine verrà esaminato il c.d. "divorzio breve" che ha ridotto drasticamente la tempistica per addivenire alla definitiva rottura del rapporto di coniugio.

CAPITOLO PRIMO

Separazione tra coniugi ed i suoi effetti

Sommario: 1.1 La crisi del matrimonio e la separazione personale; 1.2 La separazione giudiziale; 1.3 La separazione consensuale; 1.4 L'istituto dell'addebito; 1.5 Gli effetti personali e patrimoniali della separazione: l'assegno di mantenimento; 1.6 La riconciliazione; 1.7 La negoziazione assistita (l. n. 62/2014).

1.1 La crisi del matrimonio e la separazione personale

Il codice civile definisce il matrimonio come *«il negozio solenne mediante il quale un uomo ed una donna assumono l'impegno di stabile convivenza e di reciproco aiuto come marito e moglie. Oltre che come negozio, e cioè come atto, il matrimonio può essere inteso come rapporto, e cioè come l'insieme dei reciproci doveri e diritti intercorrenti tra i coniugi»*¹.

Oltre che come negozio l'istituto matrimoniale è un fatto, in quanto esso si concretizza mediante la convivenza l'esplicitazione a determinati doveri c.d. di solidarietà coniugale.

Negli anni '50 del Novecento, il matrimonio era considerato, inoltre, come vincolo indissolubile e la possibilità di divorziare non era contemplata. È negli anni '70 che il popolo italiano comincia a sentire il bisogno e la necessità dell'introduzione del divorzio all'interno dell'alveo giuridico italiano.

L'Istituto del divorzio è stato introdotto con la legge n. 898, denominata *“Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”* o meglio conosciuta come legge Fortuna-Baslini dai nomi dei suoi fautori. non sono mancate opposizioni alla suddetta legge, tant'è che venne indetto un referendum popolare per l'abrogazione,

¹ Cfr. BIANCA, *Diritto civile, la famiglia*, 2014, p.32

nel maggio del '74, che si concluse con esito negativo e dunque a favore del divorzio .

Benché la legge sul divorzio veniva introdotta nel nostro ordinamento, gli italiani ricorrevano molto di rado a tale istituto. Ad oggi, invece, si registra una tendenza totalmente opposta: sono molte di più le coppie che divorziano rispetto a quelle che restano insieme.

L'ordinamento giuridico, dunque, si è trovato di fronte all'impellente necessità di dare una definizione più precisa all'istituto divorzile, riformando e disciplinando in modo precipuo le modalità di ricorso ad esso e le condizioni, le conseguenze di tale scelta.

Le coppie, quindi, che si trovano in uno stato di crisi coniugale possono scegliere di porre fine ai doveri coniugali prefissati dal matrimonio: convivenza, fedeltà, collaborazione etc... qualora la convivenza diventi intollerabile e, dunque, il matrimonio si trovi in uno stato di crisi.

In tal caso, nello specifico, i coniugi decidono di separarsi. Come vedremo nel prosieguo della trattazione, la separazione può essere personale, giudiziale o consensuale.

Nel tempo, l'istituto della separazione ha subito diversi cambiamenti. In passato, infatti, si riteneva che la separazione dovesse colpire il coniuge "colpevole", ovvero quello che con la propria condotta avrebbe danneggiato l'altro coniuge.²

Successivamente, con la Riforma del diritto di famiglia, avvenuta nel 1975, si assiste ad un cambiamento decisivo di rotta; difatti, non si tiene più conto della colpa ai fini della separazione, ma solo dei fatti che comportano un'intollerabilità della convivenza, la quale è, attualmente, l'unica causa di separazione.

² Cfr. CIPRIANI, *Dalla separazione al divorzio*, 1971, pag.1 e ss. Ed in particolare pag. 109, la quale definisce la separazione per colpa come: *"un divorzio strozzato, un quasidivorzio, un divorzio che lascia in vita lo status di coniuge ridotto alla forma e che consente di risposare solo il proprio ex coniuge, se e quando entrambi lo vorranno (...) il ricorrente ex art. 706 c.p.c, non agisce per ottenere la cessazione della convivenza, ma per farla definitivamente sanzionare, o per raggiungere, attraverso l'accertamento della colpa dell'altro, taluni scopi di natura patrimoniale o personale che il legislatore fa discendere solo dalla separazione per colpa"*

Per quel che riguarda, invece, il dolo e la colpa nella separazione, essi hanno importanza solo nell'ambito dell'addebito della stessa, quando questa sia conseguenza di un comportamento in violazione dei doveri matrimoniali di uno dei due coniugi. Il coniuge a cui viene addebitata la separazione, peraltro, perde determinati diritti successori e di mantenimento³.

L'innovazione dell'istituto è in perfetta sintonia con la natura sottesa all'istituto stesso, ovvero la sua funzione sospensiva, di rimedio temporaneo. In seguito alla separazione, i coniugi o si riconciliano o si divorziano (una delle cause di divorzio è proprio la prolungata separazione personale)⁴.

A partire dal 2015, è possibile esperire la via della separazione e del divorzio breve. La separazione ed il divorzio breve danno l'opportunità di accelerare i tempi degli stessi: in dodici mesi nella separazione giudiziale e sei mesi in quella consensuale, sia in presenza di figli che in mancanza di prole. In tema di Riforma della separazione, può essere citato l'illustre pensiero di Cipriani, il quale sin dagli anni '90 auspicava l'abrogazione della separazione coniugale⁵. Egli infatti si esprimeva in detti termini: *“questo sistema, che ho definito del doppio processo, si spiega storicamente, ossia tenendo conto che fino al 1970 non avevamo divorzio e che nel 1970 si prevede il divorzio pensando, secondo me, più a sanare le situazioni pregresse, che al futuro. Oggi, però, dopo 26 anni, dobbiamo avere l'onestà di ammettere che si tratta di un sistema perverso, una cattiveria bella e buona che viene perpetrata sulla pelle dei coniugi che vedono fallire il proprio matrimonio (...) Bisogna perciò trovare il modo di unificare i due processi, disciplinando subito, all'inizio dell'unico processo, lo stato di separazione e pronunciando dopo un po', ossia alla fine del processo, il divorzio. A parer mio, il problema può essere risolto stabilendo che ogni coniuge, in caso di fallimento del matrimonio, può chiedere o la separazione o il divorzio”*.

³ La domanda di addebito deve essere formulata nel giudizio di separazione perché è valutata dallo stesso giudice che pronuncia la separazione (art. 151 II comma c.c.), ma la domanda di addebito è distinta rispetto a quella di separazione e deve essere distintamente proposta in via riconvenzionale. In giurisprudenza, infatti, è prevalso l'orientamento che afferma immutabile il titolo: il ricorrente non può chiedere l'addebito nel corso del giudizio.

⁴ La separazione personale si estingue automaticamente quando i coniugi si riconciliano “con un'espressa dichiarazione o con un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione” (art. 157 c.c.)

⁵ Cfr. CIPRIANI, *Abrogazione della separazione coniugale*, in *Dir. Fam.*, 1997, 3, pp. 1103 e ss.

Come detto in precedenza, la separazione non rappresenta un istituto dotato di definitività, proprio per il suo carattere transitorio, durante il quale i coniugi possono decidere di riconciliarsi e di non proseguire nell'intento di divorziare o, constatata l'irreversibilità della crisi matrimoniale decidere di addivenire alla sentenza di divorzio.

La coppia che, dunque, decide di separarsi può scegliere diverse strade per farlo:

- a) procedere ad una separazione di fatto, escludendo l'intervento giudiziale;
- b) richiedere una separazione consensuale;
- c) optare per la separazione giudiziale, qualora non vi sia accordo tra le parti sulle modalità di separazione.

I coniugi, in ogni caso, devono ponderare bene le conseguenze di questa importante scelta, soppesando i pro e i contro. Infatti, anche se la separazione di fatto può sembrare lo strumento più immediato e semplicistico, può sfociare in conseguenze negative, come ad esempio l'impossibilità di far valere i propri diritti di sostentamento per sé e per i figli. Sembra, pertanto, auspicabile che i coniugi scelgano di attuare una separazione consensuale, attraverso la quale possono pervenire a determinati accordi sul sostegno economico che un coniuge deve prestare all'altro per sé e per l'eventuale prole.

I motivi alla base della richiesta di separazione personale possono essere:

- 1) Impossibilità di proseguire la convivenza;
- 2) Pregiudizio grave per i figli e la loro educazione.

Nella valutazione di impossibilità di prosecuzione della convivenza non rileva di chi sia la colpa; infatti, secondo il dettato dell'art. 151 del Codice Civile, la crisi può avvenire a prescindere dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi. Mentre l'eventuale condotta in violazione dei doveri matrimoniali sarà valutata in sede di addebitabilità della separazione.

Alla luce di quanto detto fino ad ora, dunque, anche chi è causa di crisi può procedere alla richiesta di pronuncia di separazione.

Per quel che riguarda invece il pregiudizio all'educazione dei figli, esso viene generalmente collegato alla situazione di crisi tra i genitori, la quale può ripercuotersi in modo molto negativo sullo sviluppo psicologico della prole.

La domanda di separazione personale deve essere presentata con ricorso presso il Tribunale del luogo di ultima residenza comune dei coniugi o, in alternativa, del luogo di residenza del convenuto.

Se il coniuge convenuto è residente all'estero o è, per qualsivoglia motivo, irreperibile, la domanda potrà essere presentata nel Tribunale del luogo di residenza o domicilio del ricorrente, secondo quanto esplicitato nell'art. 706 c.p.c.

L'individuazione, come criterio principale di competenza, della residenza è stata fatta per dare una maggiore facilità al ricorrente, nei casi in cui il coniuge convenuto in giudizio si sia trasferito in un'altra abitazione o in un altro Paese.

Dopo aver acquisito il Ricorso, il Presidente del Tribunale deve attivarsi per fissare una data, in cui compariranno personalmente i coniugi. Detta udienza deve avere come scopo quello della conciliazione e l'eventuale emissione di provvedimenti provvisori ed urgenti relativi non solo ai coniugi ma altresì ai figli. Durante il procedimento di separazione personale, il giudice decide anche in merito all'eventuale addebito della separazione⁶.

⁶ Cfr. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1996, 1, pag. 31 e ss.

1.2 La separazione giudiziale

Non sempre i coniugi, nell'ambito della separazione, riescono ad accordarsi sulle modalità della stessa; in detto caso si ricorre alla separazione giudiziale.

Nel Codice Civile del 1942, in virtù del principio di indissolubilità del matrimonio vigente ancora all'epoca, la possibilità di separarsi veniva contemplata solo in presenza di condotta colpevole di uno dei due coniugi. Mentre il divorzio non esisteva, in quanto introdotto con legge n. 898/1970.

Secondo questo orientamento, dunque, la separazione poteva essere richiesta solo eccependo la condotta in violazione dei doveri coniugali dell'altro coniuge. Le cause della separazione, inoltre, erano pedissequamente elencate nel testo allora vigente del Codice e consistevano in:

- 1) Adulterio;
- 2) Sevizie;
- 3) Minacce;
- 4) Violenze;
- 5) Ingiurie gravi;
- 6) Condanna a pene per reati gravi;
- 7) Volontario abbandono;
- 8) Eccessi;
- 9) Mancata fissazione di una residenza o fissazione di una residenza con

convivente.

Non era quindi prevista una domanda di separazione basata solo sul fatto di non volere più proseguire la vita coniugale.

Oggi, il nuovo testo dell'art. 151 c.c., invece, contempla la possibilità di chiedere la prosecuzione della convivenza qualora questa sia divenuta "intollerabile", anche solo per uno dei due coniugi, o qualora rappresenti un "pregiudizio all'educazione della prole".

I presupposti enunciati nel Codice si possono verificare, dunque, anche se uno dei due coniugi non abbia lo stesso sentore dell'altro.

La discussione più ampia si è avuta sul significato da dare all'aggettivo "intollerabile" relativamente alla convivenza, e a riguardo sono state formulate diverse tesi.

La cosiddetta tesi minoritaria identifica l'intollerabilità con la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio. La tesi prevalente, invece, concilia l'intollerabilità con situazioni anche esterne alla violazione di obblighi coniugali, come incompatibilità caratteriali o abitudini di vita opposte.

Sostanzialmente, la separazione può venire richiesta anche in assenza di motivi concreti ed indentificarsi in cause di disaffezione e distacco spirituale anche di un solo coniuge nei confronti dell'altro e anche se uno dei due si dimostri disponibile a sanare la frattura che si è instaurata nel rapporto matrimoniale.

L'intollerabilità della situazione di coniugio può verificarsi, quindi, anche quando non si verificano casi di violazione di doveri matrimoniali, e quando viene anche solo meno quel sentimento d'amore e di affetto che gli permette di voler condividere la propria vita.

Indici di improseguibilità della convivenza sono sicuramente il fallimento del tentativo di conciliazione e l'elevata conflittualità tra le parti.

Prima della Riforma, dunque, il rito serviva anche per l'accertamento della causa della rottura del rapporto coniugale. Con l'introduzione, invece, della legge n. 151/1975 con la quale viene riformato il diritto di famiglia ed il Codice Civile novellato, si introduce la possibilità che i coniugi chiedano la separazione anche per motivi non espressamente elencate nel Codice stesso ma sufficienti a minare il rapporto armonioso che c'era in precedenza. Dunque, la locuzione da prendere come punto di riferimento è "l'intollerabilità della convivenza e il pregiudizio per l'educazione della prole".

La Corte di Cassazione ha stabilito che non è necessario, ai fini dell'accertamento dell'intollerabilità della convivenza, che entrambi i coniugi eccepiscano il disagio nel continuare la convivenza, essendo invece sufficiente "la condizione di disaffezione e di distacco spirituale di una sola delle parti" (Cass. Civ. sent. n. 7148 del 1992). In ogni caso l'indagine sull'intollerabilità della convivenza non può basarsi sull'analisi di singoli episodi, ma deve derivare dalla valutazione globale dei reciproci comportamenti dei coniugi, secondo quanto emerge in seno al procedimento.

Per quel che riguarda, invece, gli aspetti della procedura, la causa prende le mosse dal ricorso di uno dei due coniugi o di entrambi; nel ricorso, inoltre, deve essere fatta menzione di eventuali figli⁷.

Come per la separazione consensuale, è competente il Tribunale del luogo di ultima residenza dei coniugi o, qualora non vi sia, del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio. Se il coniuge convenuto ha il domicilio all'estero, il Ricorso può essere presentato in qualunque Tribunale della Repubblica.

Le parti devono presenziare alla prima udienza personalmente, assistiti dai propri procuratori.

Se le parti non compaiono si verificano conseguenze diverse, a seconda che a non presentarsi sia il coniuge convenuto o ricorrente. Nel caso in cui a non presentarsi sia il coniuge ricorrente, la domanda perde efficacia ed ha l'effetto di rinuncia, nel caso in cui a non presentarsi sia il convenuto verrà fissata una nuova data per l'udienza di comparizione, con una nuova notifica del ricorso e del decreto.

Durante l'udienza di comparazione, il Giudice provvede ad ascoltare le parti sia separatamente che congiuntamente ed esperisce il tentativo di conciliazione.

Qualora quest'ultima si riveli impossibile, come per la separazione consensuale, il Giudice vaglierà la necessità di adottare provvedimenti opportuni necessari per tutelare il coniuge più debole e, soprattutto, indirizzati ai figli. Egli nomina subito dopo il giudice istruttore e fissa l'udienza di comparizione delle parti e la trattazione davanti al Giudice.

Dopo le fasi preliminari, il procedimento verrà trattato secondo le regole e le forme del rito ordinario.

Per quel che riguarda il contenuto del ricorso, in esso deve essere riportata l'esposizione dei fatti che si pongono alla base della domanda di separazione, la dichiarazione della situazione reddituale familiare e l'esistenza di figli o meno⁸.

Dopo aver accolto il ricorso, il Presidente del Tribunale fissa con decreto:

- la data (entro novanta giorni dal deposito del ricorso) dell'udienza di comparizione dei coniugi davanti a sé;

⁷ Cfr. BALENA, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, Cacucci Editore, 2006, pp. 39-43.

⁸ Cfr. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, Giappichelli Editore, 1997, pp. 78-80.

- il termine per la notificazione del ricorso a cura del coniuge che l'ha promosso e del decreto al coniuge convenuto;

- il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare la memoria difensiva e i documenti.

L'udienza di comparizione si svolge davanti al Presidente del Tribunale (questa è la prima delle due fasi in cui si divide il processo di separazione) e devono comparire obbligatoriamente e personalmente i coniugi con l'assistenza dei rispettivi legali.

Qualora il coniuge che ha promosso la separazione non si presenti all'udienza di comparizione, il Presidente prenderà atto dell'estinzione del procedimento e ne dichiarerà la rinuncia. Se, invece, a non comparire è il coniuge convenuto, il Presidente fisserà una nuova data per la comparizione delle parti.

Se i coniugi, invece, saranno entrambi presenti in udienza, il Presidente esperirà il tentativo di conciliazione, per cercare di far desistere le parti dalla volontà di separarsi. Qualora il tentativo di conciliazione vada a buon fine, verrà redatto il processo verbale e la causa si estingue.

Se la conciliazione fallisce, invece, si proseguirà col procedimento davanti al Giudice istruttore, il quale non potrà più tentare la conciliazione ma potrà assumere d'ufficio nuove prove che riguardano i figli.

Qualora, oltre la richiesta di separazione, vengano effettuate ulteriori richieste che riguardano, per esempio, la divisione del patrimonio, il giudice potrà procedere con l'emissione di una sentenza provvisoria di separazione, nella quale sancisce la separazione ma dichiara che il procedimento continuerà per le altre questioni da trattare⁹.

Il provvedimento emesso a conclusione ha la forma di sentenza.

Occorre mettere in risalto la discrezione di cui il giudice gode nel dichiarare, già dopo la prima udienza, anche se con sentenza non definitiva, la sentenza di separazione, in modo da avere più ampio respiro sulle altre trattazioni da fare.

Lo scopo di questa previsione è quello di dare la possibilità ai coniugi di chiedere il divorzio in modo più celere ed anche, quindi, precedentemente alla sentenza definitiva.

Bisogna fare, però, un'altra precisazione: la separazione giudiziale può trasformarsi in consensuale anche nelle more del giudizio ma, viceversa, non accade nel caso inverso.

⁹ Cfr. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e divorzio: la legge 14 maggio 2005, n. 80 e successive modificazioni*, in *Vita notarile*, 2006, p. 49.

Inoltre, come meglio vedremo durante la trattazione del quinto capitolo, anche quando finisce il legame matrimoniale e precisamente, dalla separazione (consensuale o meno) e dal divorzio possono derivare a carico di uno dei coniugi obblighi di mantenimento verso l'altro coniuge o verso i figli (minori o maggiorenni non autosufficienti). Il riconoscimento concreto di un assegno di mantenimento del coniuge o di divorzio trova la sua disciplina nell'art. 156 c.c. e nell'art. 5, commi 6,7 e 8, legge sul divorzio ed è ispirato al principio della tutela del coniuge più debole e dell'obbligo del coniuge economicamente più forte di assicurargli, ove consentito dai suoi redditi, la conservazione dello stesso tenore di vita.

Funzione dell'assegno è, dunque, quella di realizzare un riequilibrio economico delle posizioni dei coniugi separati per garantire, ove consentito dalle capacità economiche dell'altro coniuge, la continuazione del precedente tenore di vita¹⁰.

¹⁰ RINALDI, *Assegno divorzile e nuovi parametri dopo la sentenza n. 11504/2017*, in *Soluzioni di Diritto*, Maggioli editori, 2017, Milano, pag. 5.

1.3 La separazione consensuale

Per “separazione consensuale” in genere, si intende quel particolare tipo di separazione mediante la quale i coniugi, che intendono separarsi di comune intesa possono provvedere a stabilire tutti i loro diritti, compresi quelli che si occupano del patrimonio e dell’assegnazione della casa coniugale, l’assegno di mantenimento per il coniuge più bisognoso e, sicuramente, l’affido dei figli.

Per essere consensuale, i coniugi devono pervenire all’accordo su ogni aspetto della separazione e l’accordo deve essere redatto, pena l’annullabilità, per iscritto e con l’assistenza degli avvocati delle parti, le quali possono decidere anche di farsi assistere dal medesimo procuratore. Per l’efficacia dell’accordo è necessaria l’omologa del Tribunale, il quale emette l’opportuno provvedimento.

La separazione consensuale è quel particolare tipo di separazione che l’ordinamento giuridico, certamente, preferisce a quella giudiziale per ovvi motivi: non solo il minore astio tra le parti, le quali decidono in piena armonia sugli accordi da intraprendere, col minore riflesso quindi negativo sui figli rispetto alla separazione giudiziale. Oltre a ciò, la separazione consensuale si contraddistingue per una procedura più snella e celere¹¹.

Il primo passo, dunque, è quello di pervenire ad un accordo che comprenda tutti gli aspetti della separazione; dopo di ciò i coniugi devono presentare, con l’assistenza del/gli avvocato/i che li rappresentano, ricorso presso la Cancelleria del Tribunale competente indirizzato al Presidente dello stesso.

Dunque, la procedura di separazione consensuale ha inizio col deposito presso la Cancelleria del Tribunale di residenza di uno dei due coniugi.

L’organo competenza formerà il fascicolo d’ufficio che conterrà, oltre al ricorso, ogni documento che i coniugi hanno ritenuto fosse necessario inserire, insieme ovviamente alle dichiarazioni dei redditi familiari degli ultimi anni. Sarà poi il Giudice a manifestare la necessità di inserire ulteriore documentazione necessari all’esperimento della procedura. Infine, nel ricorso deve essere fatta menzione della fissazione dell’udienza di comparizione di entrambi i coniugi.

¹¹ Cfr. MANDRIOLI, *Il rito ambrosiano nei giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 1994, p. 215.

Molto importante è, qualora dal matrimonio fossero nati dei figli, che l'accordo di separazione contenga i provvedimenti da adottare al fine del mantenimento di un rapporto equilibrato con entrambi i genitori.

I coniugi, anche se separati, hanno sempre l'obbligo del mantenimento della prole, ancorché maggiorenni se non autosufficiente.

L'assegnazione della casa, sulla stessa linea della protezione dei figli, è data in base all'interesse dei figli, che rimane sempre superiore rispetto a quello dei coniugi.

Il presidente, dopo di ciò, fisserà la data dell'udienza durante la quale verrà discusso il caso.

Ovviamente, il Presidente del Tribunale dovrà preventivamente sentire i due coniugi, in *prima facie* separatamente e, in seguito, congiuntamente, alla luce della previsione dell'art. 708 del Codice di Procedura Civile. Inoltre, il Presidente, qualora vi fosse la necessità potrà adottare i provvedimenti necessari ed urgenti.

I procuratori di entrambe le parti assisteranno i coniugi ma il ruolo primario lo rivestiranno comunque i due coniugi.

Scopo dell'udienza presidenziale è, innanzitutto, l'esperimento del tentativo di conciliazione e la valutazione della possibilità che questa avvenga. Se ciò si verifica, dovrà essere redatto un apposito verbale e la procedura di separazione cessa di avere proseguimento.

Nel caso in cui, invece, i coniugi manifestano la volontà di perdurare nella separazione, il Presidente emanerà il decreto di omologazione delle condizioni indicate nel ricorso. Il fascicolo, a questo punto, passerà in mano al collegio, il quale emetterà i provvedimenti di omologa.

Da questo momento decoreranno i sei mesi per la richiesta del divorzio¹².

Quando dal matrimonio sono nati dei figli che, al momento della separazione, sono ancora minori, l'accordo predisposto dai coniugi deve essere posto al vaglio del Pubblico Ministero affinché ci sia l'apposizione del suo visto.

Quando, però, i coniugi si accordano successivamente su ulteriori accordi che riguardano la separazione e che non sono stati menzionati nel ricorso e neanche prima dell'omologa, tali convenzioni devono essere introdotte nello stesso ricorso e

¹² Cfr. ROSSINI, *Commento all'art. 709 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, in *Riv. Dir. Process.*, 2006, p. 1287.

riprodotte sotto la forma di clausole integrative rispetto ai patti già omologati. Sulla validità di queste clausole, però, non c'è univocità di consenso; infatti, secondo le tesi prevalenti, essi affinché abbiano efficacia devono essere omologati specificamente.

Il contenuto dell'accordo di separazione consensuale può subire dei mutamenti anche dopo l'omologazione se sopraggiungono circostanze tali da giustificare la modifica; infatti, una delle cause più ricorrenti è la variazione della situazione economica di uno dei due coniugi.

La domanda di rettifica può essere proposta da uno o da entrambi i coniugi e deve avere ad oggetto la rettifica o la revoca dei provvedimenti riguardanti i figli, ed il loro affidamento, e le condizioni economiche dell'accordo.

Anche dopo l'omologazione della separazione consensuale, può avere la riconciliazione delle parti, con l'immediata conseguenza della cessazione degli effetti della separazione legale¹³.

Più precisamente, la separazione ha fine quando i due coniugi riprendono la coabitazione o manifestano la volontà di riprenderla, sanando così il rapporto di coniugio.

Ma è bene dire, ad onore del vero, che la sola coabitazione o anche altri comportamenti (come frequentare amicizie comuni, passare del tempo assieme per determinate circostanze o per i weekend) non servono ad essere considerati come manifestazione della volontà di voler porre fine alla separazione.

¹³ Cfr. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio dopo la novella del processo civile*, in *Riv. Dir. Process.*, 2006, 1287.

1.4 L'istituto dell'addebito

Secondo il dettato dell'art. 151, comma II, del Codice Civile, il Giudice dichiara a chi verrà addebitata la separazione, se vi sia la richiesta in tal senso e ne ricorrono le circostanze. L'addebitabilità della separazione nasce alla luce del fatto che, uno dei due coniugi contravvenendo ai doveri coniugali, abbia causato la rottura matrimoniale.

Alla luce di quanto detto sopra, dunque, affinché vi sia la pronuncia di addebito della separazione vi deve essere un'autonoma domanda di parte. L'addebito ha delle conseguenze prettamente economiche, come la perdita del diritto all'assegno di mantenimento, dei diritti successori ecc...¹⁴.

Oggi, però, si è consolidato il principio secondo il quale per aversi una pronuncia di addebitabilità nei confronti di un coniuge, bisogna verificare con certezza l'esistenza del collegamento tra l'azione eventualmente esperita dal coniuge stesso (contraria, ovviamente, ai doveri coniugali previsti dal vincolo matrimoniale) e l'impossibilità di proseguire la convivenza tra i due e/o il pericolo di arrecare pregiudizio all'educazione dei figli.

Se detta prova sia difficile definizione e, pertanto, il giudice si trovi nell'impossibilità oggettiva di dichiarare la sussistenza del nesso causale tra la condotta del coniuge e la crisi matrimoniale, la pronuncia di addebitabilità della separazione non potrà aversi.

Se viene violata tale previsione normativa e questa provochi la lesione dei diritti costituzionalmente protetti, il coniuge destinatario della violazione stessa potrà agire con un giudizio indipendente per illecito civile, col fine di vedersi risarcire i danni non endo-familiari, in quanto la non pronuncia di addebito della separazione non preclude l'azione di risarcimento di questi tipi di danni.

Inoltre, secondo lo specifico dettato dell'art. 143 c.c., affinché vi sia pronuncia di addebito, la condotta del coniuge deve non solo essere in violazione dei doveri coniugali ma, altresì, volontaria e cosciente in modo che questa sia la ragione principale del verificarsi la crisi matrimoniale.

¹⁴ Cfr. VULLO, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, Bologna, Zanichelli, 2011-2013, pp. 35-41.

Secondo la Giurisprudenza costante «*ai fini dell'addebitabilità della separazione il Giudice di merito deve accertare se la frattura del rapporto coniugale sia stata provocata dal comportamento oggettivamente trasgressivo di uno o di entrambi i coniugi, e quindi se sussista un rapporto di casualità tra detto comportamento ed il verificarsi dell'intollerabilità dell'ulteriore convivenza, o se piuttosto la violazione dei doveri che l'art. 143 c.c. pone a carico dei coniugi sia avvenuta quando era già maturata una situazione di crisi del vincolo coniugale, o per effetto di essa*» (Cass. 2012 n. 8873; Cass. 2012 n. 8862; Cass. Sez. I, 2010, n. 21245; Cass. 2001, n. 12130; Cass. Sez. I, 1999, n. 7566).

Alla luce di quanto detto finora, pertanto, non rileva per quel che riguarda l'addebito della separazione, una condotta coniugale sì in violazione dei doveri coniugali ma verificata dopo che la convivenza sia divenuta intollerabile.

Infatti, sarà la parte che richiede l'addebito della separazione a dover dare prova in giudizio della violazione degli obblighi nascenti dal matrimonio e, soprattutto, dimostrare che tale violazione sia stata la principale, unica e prevalente causa dell'impossibilità del proseguimento della convivenza e, quindi, che ha provocato la richiesta di separazione¹⁵.

Tra i vincoli nascenti dal matrimonio vi è sicuramente l'obbligo di coabitazione ma, osservando le ultime pronunce della Suprema Corte di Cassazione, rileviamo che non è causa di addebito della separazione se la trasgressione di tale obbligo sia stato causato dalla “*mancaza di una appagante e serena intesa sessuale*” (Cass., Sez. I, sentenza 31 maggio 2012, n. 8773).

Ancora, secondo la Suprema Corte non rappresenta causa di addebito l'abbandono del tetto coniugale quando questa sia stata causata dai frequenti litigi della moglie con la suocera convivente.

La Cassazione, sempre in tema di abbandono del tetto coniugale, ha affermato che “*è sufficiente una lettera di addio del coniuge all'altro per provare la giusta causa dell'allontanamento definitivo dalla casa coniugale*” (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 11 settembre 2012, n. 34562).

¹⁵ Cfr. RICCI-LENA, *Sub art. 709 ter c.p.c.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, Giuffrè Editore, 2009, pp. 89-91.

Diversamente, è considerato motivo di addebito della separazione l'allontanamento del marito dalla casa coniugale con l'intento di abbandonare la famiglia e non, quindi, dettato da motivi lavorativi (Trib. di Bari n. 1039 del 07.10.2008), ma non rappresenta causa di addebito l'allontanamento mosso dall'intollerabilità della convivenza.

Per quel che riguarda, inoltre, la violazione del dovere di fedeltà, questo è stato molte volte addotto come causa di addebito della separazione.

Oggi, possiamo affermare che secondo l'orientamento diffuso della giurisprudenza la mera violazione di tale obbligo non costituisce motivo di addebito. Infatti la Corte di Cassazione con sentenza n. 21245 del 2010, riconosce l'addebito al coniuge che tradisce l'altro solo se questi rende nota la sua relazione extraconiugale agli amici di famiglia.

Oltre a ciò la giurisprudenza, sulla scorta delle pronunzie precedenti, sostiene che per escludere l'addebito è necessario fornire la prova che il *mènage* preesistente restava in piedi solo sul piano formale. (Cass. Sez. I, 2010, n. 21245).

In una delle pronunce più recente in merito, la Cassazione ha negato l'addebito della separazione al marito fedifrago se la moglie era contraria ad avere figli, in quanto si ritiene che il marito abbia optato per una relazione extraconiugale per vedere appagato il suo desiderio paterno e, soprattutto, perché questa era proporzionata all'omissione dei doveri coniugali da parte della moglie.

Restando nell'ambito che qui stiamo trattando, la Corte Suprema con la sentenza n. 8052 del 2011 ha negato l'addebito perché nel caso di specie il marito aveva convissuto con un'altra donna in costanza di matrimonio, e pertanto si è determinata *medio tempore* una separazione di fatto dalla consorte, alla quale questa non si era opposta contestualmente.

In altri casi, come la riappacificazione dei coniugi successiva alla richiesta di addebito, la relazione extraconiugale della moglie perde efficacia ai fini dell'addebito. Mentre, la Cassazione ha riconosciuto l'addebito della separazione alla moglie che dopo la conciliazione seguita alla separazione, ha intrapreso una nuova relazione extraconiugale.

Provare l'accertamento della trasgressione dei doveri coniugali può risultare alquanto ardua e, pertanto, è necessario ricercare degli indizi indiretti che possono dare delucidazioni in tal senso.

Soprattutto, quando parliamo di infedeltà, in soccorso può venire la somma di elementi che, singolarmente considerati, non avrebbero valore alcuno, ma che considerati insieme possono indurre a convincere il giudice che il fatto sia provato. (Cassazione 6 novembre 2012, n. 19114).

Pertanto, possono essere ammesse le cosiddette “prove indiziarie”, come le testimonianze de relato o indirette da parte di soggetti terzi estranei alla vicenda. Secondo la Suprema Corte, le prove testimoniali divengono valido elemento comprovante qualora sono accompagnate da determinate circostanze e/o risultanze probatorie oggettive e soggettive che sono state rilevate nell’ambito del processo stesso e che rinforzano la tesi sostenuta dal coniuge che eccepisce l’addebitabilità nei confronti dell’altro. (Cass. Civ. 19 maggio 2006, n. 11844 e Cass. Civ. 8 febbraio 2006, n. 28159).

Ciò che in questo periodo ci si chiede è se sia opportuno mantenere ancora in vita un istituto, qual è quello dell’addebito della separazione, che ricorda per molti aspetti la separazione per colpa, ormai superata dal legislatore.

E, soprattutto, se sia giusto dare discrezionalità ad un giudice di decidere cosa sia avvenuto all’interno di un contesto familiare intimo e privato, quando ciò non sia strettamente necessario alla definizione di una situazione potenzialmente rilevante a livello penale o per accertare l’idoneità dei genitori all’affidamento dei figli. Nel caso così non fosse, l’intervento del giudice rappresenterebbe un’indebita intromissione in un ambito che il legislatore stesso aveva stabilito di lasciare nella piena libertà delle parti, alla luce del fatto che la famiglia rientra tra le formazioni sociali garantite costituzionalmente, nelle quali l’uomo sviluppa la propria personalità.

E sicuramente vere risultano essere le parole del Professore Arturo Carlo Jemolo, secondo il quale “*la famiglia è un’isola che il mare del diritto può solo lambire*”¹⁶!

¹⁶ SANTINI, *Processo di separazione e divorzio*, a cura di G. De Marzo, Altalex Editore, 2012, *Master breve in Diritto Processuale Familiare*, Altalex Formazione.

1.5 Gli effetti personali e patrimoniali della separazione: l'assegno di mantenimento

Senza dubbio, anche a parere sommosso di chi scrive, tra le principali problematiche annesse ai procedimenti di separazione e divorzio, vi è quella riguardante l'assegno di mantenimento e, in particolar modo, quella relativa alla sua determinazione.

Durante la vita matrimoniale entrambi i coniugi sono obbligati a provvedere ai bisogni della famiglia, in base alle proprie sostanze e in base alle proprie capacità.

Come detto in precedenza, anche quando finisce il legame matrimoniale e, precisamente, dalla separazione (consensuale o meno) e dal divorzio possono derivare obblighi di mantenimento nei confronti dei figli e dell'altro coniuge.

Per una giusta disamina dell'argomento qui affrontato, occorre innanzitutto chiedersi qual è la *ratio* intrinseca che ha spinto il legislatore a prevedere l'esistenza, all'interno del nostro ordinamento giuridico, di un assegno di mantenimento a favore di un coniuge, in caso di separazione e divorzio.

È bene ricordare, infatti, che il mantenimento reciproco tra coniugi trova la sua espressione ed il suo espresso riconoscimento giuridico nel dovere di “*assistenza morale e materiale*” a carico di ciascuno di loro.

Appare utile precisare e ricordare come l'assegno di mantenimento sia una misura economica che può essere disposta dal giudice (nell'ambito di una separazione o divorzio) in favore di uno dei due coniugi.

Tra gli obblighi nascenti dal matrimonio rientrano quelli di coabitazione e di assistenza morale e materiale, ma, osservando la casistica in materia di addebito, rileviamo che la Suprema Corte ha sancito che non costituisce causa di violazione

dell'obbligo matrimoniale, e non è quindi causa di addebito, se l'abbandono della casa coniugale è determinato dalla “*mancaza di una appagante e serena intesa sessuale*”¹⁷.

Il matrimonio determina, quindi, l'obbligo reciproco, per i coniugi, di assistenza materiale.

Tale dovere non cessa con la separazione, bensì si trasforma, a favore e nei confronti del coniuge economicamente più forte, nell'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento eventualmente previsto dal giudice.

Al fine di comprendere pienamente la *ratio* dell'istituto occorre preliminarmente rilevare che la separazione ha carattere temporaneo, ben potendo i coniugi decidere di riconciliarsi.

È proprio questo carattere di “precarietà” che non fa venire meno quanto disposto dall'articolo 143 c.c. e che, quindi, permette di considerare ancora esistente un vincolo di solidarietà morale e materiale che lega i coniugi, anche se giudizialmente separati.

Costituisce acquisizione del tutto pacifica in giurisprudenza che l'attribuzione dell'assegno di divorzio e di mantenimento non può essere disposta d'ufficio, non comportando la norma di cui all'art. 5 della legge n. 898 del 1970 e dell'art. 156 c.c. alcuna deroga al principio dispositivo fissato dall'art. 112 c.p.c.¹⁸

Ne deriva che l'eventuale sentenza, con la quale il giudice pronunciasse sull'assegno, in carenza di un'esplicita domanda di parte, si considera viziata per ultrapetizione e ciò in quanto il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato trova applicazione anche nel giudizio di divorzio.

L'assegno di mantenimento rappresenta, quindi, una forma di contribuzione economica che consiste, in caso di separazione tra coniugi e qualora ricorrano determinati presupposti, nel versamento periodico di una somma di denaro o di voci di spesa da parte di uno dei coniugi all'altro o ai figli (qualora vi siano) per adempiere all'obbligo di assistenza materiale¹⁹.

¹⁷ Si veda la sentenza Cass. Civ. sez. I, 31 maggio 2012, n. 8773.

¹⁸ Si veda le seguenti sentenze: Cass., 7 maggio 1998, n. 4615; Cass., 26 giugno 1991, n. 7203; Cass., 15 novembre 1977, n.4970; Cass., 25 novembre 1976, n.4450; Cass., 7 maggio 1974, n. 1283.

¹⁹ CENDERELLI, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare*, (voce) *Violazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Ed. Giuffrè, 1993, Torino, pp. 21-22

Si può precisare che la *ratio* dell'assegno di mantenimento, sia a favore dei figli (minorenni o maggiorenni che siano), sia a favore del coniuge, è quella di tutelare economicamente il soggetto (o i soggetti) più debole di fronte agli squilibri determinati dalla separazione e dal divorzio, garantendo la prosecuzione di quei doveri assistenziali e solidaristici nascenti dal matrimonio attraverso il ripristino delle condizioni economiche e del tenore di vita esistente prima della cessazione del rapporto coniugale.

È bene specificare che il citato dovere di assistenza morale consiste nell'impegno reciproco di comprendersi, sostenersi e rispettarsi sia sotto il profilo sentimentale che della concezione di vita.

L'assistenza materiale si riferisce, invece, alla soddisfazione delle esigenze economiche dell'altro coniuge.

Da quanto sopra evidenziato ne consegue la previsione di legge del dovere di contribuire alle esigenze della famiglia.

Se è vero, comunque, che il citato dovere di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge (ed in generale della famiglia) esiste in pendenza di un matrimonio, è, altresì, altrettanto vero che la corresponsione di un assegno di mantenimento a favore di un coniuge che non abbia redditi adeguati ed idonei trova il proprio fondamento ed obbligo di legge nel nostro codice civile, ovvero nell'articolo 156 c.c.

In una separazione coniugale l'assegno di mantenimento è disciplinato, quindi, dall'articolo 156 del codice civile nel quale si stabilisce a carico del coniuge cui non sia addebitabile la separazione, il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri ed impone al giudice di determinare l'entità dell'assegno in relazione, oltre che al reddito, anche alle "circostanze" in base al secondo comma dell'articolo 156.

Qualora uno dei coniugi non abbia redditi propri adeguati a consentirgli di conservare il precedente tenore di vita, il giudice può imporre all'altro un obbligo di versare un assegno periodico, la cui entità deve essere determinata tenendo conto dei redditi del coniuge obbligato e dei bisogni dell'altro.

Il diritto del coniuge, che sia considerato economicamente debole, di ricevere dall'ex quanto necessario al proprio mantenimento, è basato sul presupposto della mancanza di adeguati redditi propri, intendendo pertanto non solo l'assenza di alcun tipo di reddito (ad esempio in caso di disoccupazione), ma anche la titolarità di redditi