

ASSEGNO DI SEPARAZIONE ED ASSEGNO DIVORZILE NEL SISTEMA ITALIANO DELLE CRISI FAMILIARI
(Ponencia presentada a las VI Jornadas Internacionales de Derecho de Familia, organizadas por el
Departamento de Derecho en colaboración con el IDIBE, 14 de octubre de 2015).

Dr. Giovanni Berti de Marinis, Prof. Investigador de la Universidad de Camerino.

Sommario: 1. Crisi familiare e funzione degli “assegni”. – 2. Analogie e differenze fra assegno di mantenimento ed assegno divorzile. – 3. La quantificazione degli “assegni” ed il parametro del “tenore di vita”. – 4. L’inopportunità di ancorare la quantificazione degli “assegni” al parametro del “tenore di vita”: un caso emblematico. – 5. L’incidenza sulla quantificazione degli “assegni” degli incrementi patrimoniali successivi alla crisi familiare. – 6. La formazione di una nuova “famigli” da parte del coniuge “debole” beneficiario dell’assegno. – 7. *Segue*: La formazione di una nuova “famiglia” da parte del coniuge “forte” onerato dell’assegno. – 8. La discussa validità di accordi prematrimoniali.

1. La crisi familiare, oltre a determinare importanti ripercussioni sotto un profilo personale, comporta anche conseguenza da un punto di vista patrimoniale¹. Se si ammette che la comunione spirituale fra coniugi possa cessare per i più disparati motivi², ciò non implica che i rapporti patrimoniali fra gli stessi vengano automaticamente a cessare. Paradossalmente, anzi, si riconosce maggiore “resistenza” agli impegni “patrimoniali” che derivano dalla celebrazione di un matrimonio rispetto a quelli personali che si attenuano con la separazione e si eliminano completamente con il divorzio. In altre parole, se si ammette che la solidarietà spirituale fra i coniugi possa cessare, si è meno propensi ad accettare che possa venir meno anche la solidarietà economica fra gli stessi³.

Tale apparente paradosso, però, si giustifica per il fatto che se nessuno può essere obbligato a condividere spiritualmente la propria vita con qualcuno, allo stesso modo deve assumersi la “responsabilità” di una situazione che ha contribuito a creare e che, inevitabilmente, ha modificato la posizione economica dei coniugi creando una sorta di affidamento verso la stabilità della stessa.

L’intervento di una crisi familiare è, senza alcun dubbio, in grado di alterare questo equilibrio comportando la necessità di individuare strumenti patrimoniali al fine di riequilibrare la posizione del coniuge debole.

Contrariamente al Codice civile spagnolo che all’art. 97, comma 1, c.c. disciplina congiuntamente l’ipotesi di assegno dovuto dal coniuge forte in caso di separazione e di divorzio, le disposizioni che trattano dei rapporti economici fra i coniugi in situazione di crisi sono, nell’ordinamento italiano, l’art. 156 c.c.⁴ per quanto concerne l’assegno di mantenimento in caso di separazione e l’art. 5, comma 6 della l. 1 dicembre 1970, n. 898⁵ per quanto concerne l’assegno divorzile⁶.

¹ Sembra opportuno precisare fin d’ora, al fine di delimitare l’ambito di indagine oggetto del presente lavoro, che le riflessioni che seguono si riferiscono esclusivamente ai rapporti economici fra i coniugi che entrino in una situazione di crisi senza addentrarsi nelle distinte problematiche attinenti i rapporti economici fra genitori in crisi ed eventuali figli che siano nati dalla stessa unione.

² In generale, sulle crisi familiari, v. L. ROSSI CARLEO, *La separazione e il divorzio*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, I, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 161 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Separazione personale e divorzio*, in *Iustitia*, 2007, p. 81 ss.; E. QUADRI, *Disciplina della crisi familiare: esperienze e prospettive*, in *Fam. dir.*, 2009, p. 1059 ss.; ID., *La crisi familiare e le sue conseguenze*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 129 ss.; V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 1165 ss.; M.N. BUGETTI, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative “law” e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 269 ss.; T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014, p. 195 ss.; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 575 ss.

³ Cfr., M. DOSSETTI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio*, in AA. VV., *Il diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, Torino, Utet, 2007, p. 770 ss.

⁴ Il primo ed il secondo comma della norma menzionata, affermano “Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio 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. L’entità di tale somministrazione è determinata in relazione

Tale distinta disciplina, nonostante le evidenti similitudini sostanziali, ha spinto la dottrina a domandarsi se fra le due tipologie di assegni fosse rintracciabile una diversa funzione. Il dubbio, in realtà, è sorto per il fatto che le due tipologie di prestazioni vengono ad essere concesse in situazioni completamente distinte. Mentre infatti l'assegno di mantenimento riguarda una situazione di crisi familiare (la separazione) che – pur ridefinendo i reciproci obblighi coniugali – non elide il vincolo matrimoniale ed è ontologicamente strumentale alla ricomposizione della famiglia; l'assegno di divorzio interviene in un momento nel quale è ormai venuto meno qualunque vincolo coniugale in maniera definitiva⁷.

Tuttavia, sgombrando il campo da ogni possibile fraintendimento, va precisato che il fondamento di tali obblighi economici è, in entrambi i casi, quello solidaristico⁸ nei confronti del coniuge che rivesta una posizione di debolezza economica e che, cioè, non sia provvisto di sufficienti mezzi economici⁹. Una situazione di debolezza economica che, non percepibile in costanza di matrimonio, diventa invece evidente quando ricorra una situazione di crisi che rompa l'equilibrio patrimoniale che si era venuto a creare fra i coniugi.

2. Nonostante assolvano la medesima funzione – e, per molti aspetti, vengano assoggettati ad una disciplina simile¹⁰ –, qualche distinzione occorre farla al fine di evidenziare la concreta operatività dei due istituti.

Sotto il profilo dei presupposti che legittimano la richiesta di un assegno di mantenimento o di divorzio, le due fattispecie non si discostano richiedendo entrambe l'assenza di redditi sufficienti in capo al coniuge “debole”.

Ciò che, però, allontana lessicalmente le due tipologie di assegni si riscontra nel fatto che, contrariamente a quanto avviene nell'assegno di mantenimento per il quale è sufficiente l'assenza di redditi propri, nella concessione dell'assegno divorzile il giudice deve tenere in considerazione – oltre a tale dato –, anche l'impossibilità oggettiva per il coniuge “debole” di procurarseli¹¹. Va tuttavia segnalato che la giurisprudenza, per quanto concerne la quantificazione degli assegni, tende a tenere in considerazione l'astratta capacità del coniuge debole di produrre reddito sia nelle procedure di separazione che in quelle di divorzio anche se la interpreta, in entrambi i casi, in maniera estremamente restrittiva e tale, cioè, da riconoscere il diritto al mantenimento anche al coniuge debole separato o

alle circostanze e ai redditi dell'obbligato”. Su cui, v. M. COLANGELO, *La separazione giudiziale*, in G. FERRANDO, M. FORTINO e F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, I, 2, in *Tratt. dir. fam.* Zatti, Milano, 2011, p. 1418 ss.

⁵ Da ultimo modificata con l. 6 maggio 2015, n. 55.

⁶ La disposizione menzionata, come modificata dalla l. 6 marzo 1987, n. 74, recita: “Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive”.

⁷ In generale, sulle più recenti modifiche in tema di procedure di separazione e divorzio v. da ult., M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss. Sulle tematiche ivi trattate, v. *infra*.

⁸ Si veda, in relazione alla natura assistenziale dell'assegno divorzile, T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1992, p. 246; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 1637; F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2011, p. 787. In giurisprudenza, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344; Cass., 11 novembre 2009, n. 23908, in www.dejure.it.

⁹ Sul punto, diffusamente, M. PALAZZO, *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio dell'autoresponsabilità nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 426 ss.

¹⁰ G. CASABURI, *Anche i ricchi piangono: quando l'assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, in *Corr. merito*, 2013, p. 743, parla di una distinzione più formale che sostanziale data anche la tendenza dei giudici di condividere i principi espressi nei due distinti casi.

¹¹ Cass., 18 agosto 1994, n. 7437, in *Vita not.*, 1995, p. 798; Cass., 19 marzo 2004, n. 5555, in *Dir. fam.*, 2004, p. 343.

divorziato che, oggettivamente, per età, stato di salute e livello culturale sarebbe stato perfettamente in grado di procurarsi da sé una autonoma fonte di reddito¹².

In questo senso, infatti, la capacità di produrre reddito da parte del coniuge debole in una procedura di separazione o di divorzio dovrà concretizzarsi, ove se ne voglia invocare l'operatività quale fattore incidente sulla quantificazione dell'ammontare degli assegni, non nella mera sussistenza di un'astratta capacità lavorativa ma nella concreta possibilità di guadagno¹³. In questo senso, non sarà sufficiente dimostrare la capacità del coniuge di lavorare ma sarà necessario provare che, in concreto, lo stesso abbia rifiutato di svolgere lavori sufficientemente dignitosi per il livello culturale e professionale del coniuge debole¹⁴.

Se sotto il profilo sopra descritto non sembrano rintracciarsi differenze sostanziali fra le due figure di assegni, elemento che sembra in qualche modo allontanare le due tipologie di attribuzioni sotto il profilo dei presupposti va rintracciato nell'elemento della c.d. addebitabilità della separazione¹⁵. L'art. 156 c.c., infatti, preclude al coniuge al quale la separazione sia addebitabile¹⁶ la possibilità di ottenere un assegno di mantenimento. Tale requisito preclusivo, espressamente stabilito nel caso di assegno di mantenimento, non viene con altrettanta chiarezza ribadito nella disciplina dell'assegno divorzile dando adito a letture giurisprudenziali che sembrano tutt'altro che opportune. L'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, infatti, afferma che il Tribunale nel pronunciare il divorzio e tenuto conto, fra le altre cose, delle "ragioni della decisione" dei coniugi, dispone l'obbligo per un coniuge di versare l'assegno.

In relazione a tale disposizione, la giurisprudenza si è orientata nel senso che le "ragioni della decisione" di far cessare gli effetti civili del matrimonio rappresentano esclusivamente uno dei criteri per quantificare l'assegno divorzile e non per verificare l'astratta riconoscibilità in capo al coniuge debole della possibilità di ottenerla¹⁷. La soluzione paradossale è che, così ragionando, l'addebito della

¹² Cass., 13 febbraio 2013, n. 3502, in www.dejure.it che, riformando la sentenza appellata, afferma che "L'esclusione del riconoscimento di un contributo al suo mantenimento si è, conseguentemente, fondato, sulla sua attitudine al lavoro, desumibile dall'età, le condizioni di salute e il possesso di un diploma di laurea oltre che di una potenziale professionalità. Tali condizioni, se non eziologicamente collegate alla prospettiva effettiva ed attuale di svolgimento di un'attività produttiva di reddito, sono inidonee a far venire meno il dovere di solidarietà coniugale, sancito dall'art. 143 c.c., comma 3, che impone, in sede di separazione personale, ai sensi dell'art. 156 c.c., la corresponsione di un assegno di mantenimento, in favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri. La valutazione di adeguatezza od inadeguatezza dei redditi personali, deve essere svolta, in virtù dell'origine solidale dell'obbligo a carico dell'altro coniuge, sulla base delle condizioni reddituali e patrimoniali valutabili al momento dell'accertamento della sussistenza del diritto, ben potendo in futuro, tali valutazioni essere modificate in sede di revisione delle condizioni della separazione, qualora le potenzialità lavorative e reddituali del titolare dell'assegno si attualizzino. (art. 156 c.c., u.c.). Al riguardo, secondo il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, è stato affermato che: "In tema di separazione personale dei coniugi, l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento da parte del giudice, che deve al riguardo tenere conto non solo dei redditi in denaro ma anche di ogni utilità o capacità dei coniugi suscettibile di valutazione economica".

¹³ Cass., 25 agosto 2006, n. 18547, in www.dejure.it, secondo la quale "In tema di separazione personale dei coniugi, l'attitudine al lavoro proficuo dei medesimi, quale potenziale capacità di guadagno, costituisce elemento valutabile ai fini della determinazione della misura dell'assegno di mantenimento da parte del giudice, che deve al riguardo tenere conto non solo dei redditi in denaro ma anche di ogni utilità o capacità dei coniugi suscettibile di valutazione economica. Peraltro, l'attitudine del coniuge al lavoro assume in tal caso rilievo solo se venga riscontrata in termini di effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, in considerazione di ogni concreto fattore individuale ed ambientale, e non già di mere valutazioni astratte ed ipotetiche". Analogamente, più di recente, Cass., 5 febbraio 2014, n. 2546, in www.dejure.it; Cass., 20 marzo 2014, n. 6562, in *Foro it.*, I, c. 1496; Trib. Torre Annunziata, 2 maggio 2014, in www.dejure.it; Trib. Roma, 5 maggio 2014, *ivi*.

¹⁴ Si veda, sul punto, Cass., 21 novembre 2008, n. 27775, in www.dejure.it.

¹⁵ Su cui, da ult., M.S. ESPOSITO, *L'addebito della separazione tra violazione dei doveri coniugali ed esercizio di libertà fondamentali*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 973 ss.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 151, comma 2, c.c. è addebitabile la separazione al coniuge che abbia determinato l'impossibilità di proseguire nella convivenza a causa del "suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio" di cui agli artt. 143, comma 2, c.c. e 147 c.c.

¹⁷ Cass., 17 dicembre 2012, n. 23202, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1465, con nota di G. CASABURI. L'interpretazione restrittiva della disposizione si individua anche in quelle pronunce che ritengono che la sentenza di separazione vada ad assorbire

separazione ad uno dei coniugi sarebbe sufficiente a escludere che lo stesso possa beneficiare di un assegno di mantenimento ma non escluderebbe che, in sede di divorzio, possa astrattamente beneficiare di un assegno divorzile¹⁸. Vero è che l'eventuale addebito della separazione può servire al fine di ridimensionare l'ammontare dell'assegno divorzile ma, ciononostante, sembra del tutto inopportuno riconoscere all'addebitabilità la capacità di elidere la "solidarietà economica" fra i coniugi in un momento (la separazione) nel quale ancora risulta presente – pur se in forma attenuata - una "solidarietà morale" fra gli stessi mentre, al contrario, quando ogni vincolo fra i due ex coniugi viene a mancare per effetto del divorzio, la violazione dei doveri coniugali viene ad essere considerata solo quale strumento di quantificazione di obblighi economici che, per lo meno astrattamente, continuano a sussistere.

3. Dato comune alle due forme di "assegni", come detto, è che il coniuge debole non abbia adeguati redditi propri. Tutto ciò genera un ulteriore problema che si concretizza nella necessità di comprendere in relazione a cosa debba avvenire tale giudizio di "adeguatezza" del reddito del coniuge debole.

Sul punto, va in primo luogo segnalato che tali "assegni" non hanno natura alimentare e, cioè, non hanno la funzione di riconoscere al beneficiario quel minimo supporto economico necessario a soddisfare i bisogni primari dell'individuo¹⁹.

Proprio per questo, il parametro da utilizzare al fine di verificare l'inadeguatezza del patrimonio del coniuge debole è stato individuato nel "tenore di vita" avuto dai coniugi in costanza di matrimonio.

Anche su tale concetto di "tenore di vita", però, si è soffermata tanto la dottrina quanto la giurisprudenza che ne hanno evidenziato la sostanziale differenza rispetto al concetto di "stile di vita"²⁰.

Il concetto di "tenore di vita" si concretizza, infatti, in una valutazione potenziale del livello economico di vita che la coppia in crisi poteva permettersi durante il matrimonio a nulla rilevando l'eventuale "stile di vita" che materialmente gli sposi portavano avanti. Anche ove tale "stile di vita"

integralmente le condotte dei coniugi perpetrate in costanza di matrimonio. Tutte tali condotte sono già state assorbite dalla pronuncia di separazione e, pertanto, non possono aver alcun rilievo nella quantificazione dell'assegno divorzile. In questo senso, Cass., 22 novembre 2000, n. 15055, in www.dejure.it, ove, poiché l'infedeltà di uno dei coniugi era stata già valutata all'interno del giudizio di separazione che non aveva proceduto all'addebito della stessa, tale condotta non poteva essere oggetto di valutazione nella quantificazione dell'assegno divorzile.

¹⁸ In questo senso, espressamente, Cass., 2 agosto 2013, n. 18539, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 73, secondo la quale "Nell'ambito di tale apprezzamento non spiega alcuna incidenza l'addebito della separazione, il quale viene in rilievo esclusivamente ai fini della valutazione delle ragioni della decisione, intese con riferimento ai comportamenti che hanno cagionato il fallimento dell'unione (cfr. Cass., Sez. 1, 11 giugno 2005, n. 12382; 24 marzo 1994, n. 2872), che costituiscono uno dei parametri per la liquidazione dell'importo dovuto, unitamente alle condizioni dei coniugi, al contributo personale ed economico dato da ciascuno di essi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ognuno o di quello comune, ed al reddito di entrambi (cfr. Cass., Sez. 1, 12 luglio 2007, n. 15611; 22 agosto 2006, n. 18241; 19 marzo 2003, n. 4040; 27 settembre 2002, n. 14004). La valutazione di tali elementi, da effettuarsi anche in rapporto alla durata del vincolo, rappresenta infatti una fase ulteriore rispetto a quella del riconoscimento del diritto all'assegno, ed agisce ordinariamente come fattore di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto, potendo valere ad azzerarla soltanto in ipotesi estreme, quando la conservazione del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio finisca per risultare incompatibile con detti elementi di quantificazione (cfr. Cass., Sez. 1, 12 luglio 2007, n. 15611; 22 agosto 2006, n. 18241; 16 maggio 2005, n. 10210)".

¹⁹ Ciò è reso evidente dal fatto la quantificazione dell'assegno di mantenimento dipenda dai redditi dell'obbligato e non dai necessari bisogni del beneficiario - come invece afferma l'art. 438 c.c. in tema di quantificazione degli alimenti -, ma anche dal fatto che è lo stesso art. 156, comma 3, c.c. che, nel disciplinare l'assegno di mantenimento in caso di separazione fa salvo l'obbligo di prestare gli alimenti ai sensi degli artt. 433 ss. c.c. Insiste sulle differenze sussistenti fra assegno alimentare ed "assegni" comminati per far fronte a situazioni di crisi coniugale, Cass., 11 luglio 2013, n. 17199, in *Guida dir.*, 2013, n. 36, p. 99.

²⁰ Per la dottrina, v. V. AMENDOLAGINE, "Tenore" e "stile" di vita non possono considerarsi tra loro sinonimi quando si tratta di determinare l'assegno divorzile, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1349 ss. In giurisprudenza, tale distinzione è stata rimarcata da Cass., Sez. un., 29 novembre 1990, n. 11492, in *Giur. it.*, 1991, p. 1410 e da allora costantemente ribadita.

dovesse risultare per scelta dei coniugi meno agiato, ciò che rileva è esclusivamente il “tenore di vita” che potenzialmente²¹ gli stessi avrebbero potuto tenere in costanza di matrimonio²².

Il problema circa la legittimità e l'opportunità²³ di tale orientamento si è posto in maniera ancor più aspra, in particolare, proprio con l'assegno di divorzio più che per quello di separazione poiché, in tale ultimo caso, il fatto che permanga un vincolo matrimoniale – pur se attenuato – aveva reso maggiormente giustificabile l'obbligo del coniuge “forte” di assicurare il medesimo tenore di vita all'altro. Tuttavia, un assegno divorzile calcolato sulla scorta del potenziale tenore di vita della coppia, se da un lato rappresenta un forte strumento di tutela soprattutto in quelle circostanze nelle quali il coniuge debole abbia prestato la propria attività lavorativa in casa e che effettivamente appare “danneggiato” dalla crisi familiare²⁴, dall'altro manifesta un sorta di ultrattività dei vincoli matrimoniali di natura patrimoniale che non ha molto senso alla luce dell'ormai dissolto vincolo coniugale²⁵.

Tale impostazione, peraltro, si dimostrerebbe anche in contrasto con i *Principles on European Family Law*²⁶ elaborati dalla *Commission on European Family Law* che evidenziano l'emergere di una cultura europea che, sul punto, richiama l'esigenza di fare in modo che dopo il divorzio ogni ex-coniuge provveda a sé stesso in maniera autonoma recidendo definitivamente ogni relazione anche economica con l'altro²⁷.

Questo attrito è giunto fino a spingere la giurisprudenza di merito a sollevare questione di costituzionalità sulla “norma vivente” ricavabile dall'ormai granitico orientamento giurisprudenziale propenso, come detto, ad individuare l'ammontare dell'assegno divorzile di cui all'art. 5, comma 6 della l. n. 898 del 1970, sul potenziale tenore di vita della coppia al fine di mantenerlo invariato²⁸. La non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della disposizione – per come interpretata dal “diritto vivente” – viene ancorata ad una presunta lesione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità ai sensi degli artt. 2, 3 e 29 cost. nella misura in cui tale orientamento consolidato non tiene conto che, data la cessazione del vincolo coniugale, un eventuale assegno divorzile dovrebbe essere più correttamente quantificato in maniera tale da permettere al coniuge debole lo svolgimento di una “vita dignitosa” e non, al contrario, il mantenimento del “tenore di vita potenziale” tenuto in costanza di un matrimonio che già non esiste più²⁹.

²¹ Da ult., insiste sull'esigenza di verificare il tenore potenziale di vita della coppia, Cass., 2 gennaio 2014, n. 488, in www.dejure.it.

²² Per l'applicazione di tale principio nella determinazione dell'assegno di separazione, Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, in www.dejure.it; Cass., 9 marzo 2006, n. 5061, *ivi*; Cass. 19 marzo 2009, n. 6699, *ivi*; Cass., 2 agosto 2013, n. 18538, *ivi*. Stesso criterio viene applicato dalla giurisprudenza nella determinazione dell'assegno divorzile. In tal senso, Cass., 16 maggio 2005, n. 10210, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 894; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4021, in www.dejure.it; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4764, *ivi*; Cass., 24 marzo 2010, n. 7145, *ivi*; Cass., 4 novembre 2010, n. 22501, *ivi*; Cass., 16 ottobre 2013, n. 23442, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1349; Cass., 21 ottobre 2013, n. 23797, in www.dejure.it.

²³ Ciò di cui però sovente i giudici non tengono conto è che spesso non è più possibile, a causa dell'avvenuta crisi familiare, mantenere quel tenore di vita matrimoniale dal momento che, con estrema frequenza, la separazione ed il divorzio determinano un incremento di costi che, a patrimoni invariati, rischierebbe di non rendere più sostenibile il tenore di vita praticato o praticabile in costanza di matrimonio. In tali circostanze, imporre al coniuge forte di assicurare l'originario “tenore di vita” del coniuge debole equivale ad impoverire eccessivamente tale soggetto impedendogli, a volte, lo svolgimento di una vita dignitosa. Sollevava tale problematica, già F. MACARIO, *Assegno di divorzio e mezzi adeguati*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1166. Si dimostra sensibile a tale problematica, Cass., 11 luglio 2013, n. 17199, cit.

²⁴ Evidenziano tale profilo, M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p. 353; G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, 3ª ed., in *Cod. civ. Commentario Schlesinger*, Milano, 2010, p. 585 ss.

²⁵ Sul punto, L. BARBIERA, *i diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, p. 31 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2.1., Milano, 2014, p. 294.

²⁶ V., in particolare, il punto 2.2.

²⁷ Cfr., M.G. CUBEDDU, *I contributi al diritto europeo della famiglia*, in S. PATTI e M.G. CUBEDDU, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 16.

²⁸ V. Trib. Firenze, Ord., 22 maggio 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687.

²⁹ V., sul punto, le riflessioni di E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687 ss. Va sul punto segnalato che la dottrina ha molto insistito sulla necessità di calcolare gli assegni derivanti dalla crisi familiare non in

Tralasciando le spinose problematiche di natura procedurale attinenti la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare il c.d. “diritto vivente”³⁰, appare però chiaro il crescente disagio dei giudici nel dover applicare criteri di quantificazione che, portati alle loro estreme conseguenze, possono determinare un uso distorto dell’assegno divorzile (ed anche di quello di separazione) che, lungi dall’essere un legittimo strumento di riequilibrio economico, diventa al contrario elemento anacronistico di cristallizzazione di posizioni economiche non sempre giustificabili³¹.

Tuttavia, nel pronunciarsi sulla questione, la Corte costituzionale³² ritiene ammissibile la doglianza sul “diritto vivente” ma nello specifico la ritiene infondata nel merito poiché il criterio del “tenore di vita” non rappresenta il solo strumento per quantificare l’assegno divorzile ma rappresenta il modo per individuare l’ammontare massimo dello stesso³³. In tale quadro, poi, gli ulteriori criteri individuati dall’art. 5, comma 6 della l. 898 del 1970 serviranno a ridimensionare – ove ricorrano le circostanze ivi indicate – l’ammontare del beneficio economico³⁴.

Tale pronuncia, che altro non fa se non ribadire e riconsolidare i criteri ermeneutici fino ad ora utilizzati dalla giurisprudenza³⁵, appare però non del tutto condivisibile se solo si ponga mente al fatto che la mera circostanza che l’ammontare dell’assegno divorzile possa essere diminuito nel suo ammontare in funzione di determinati elementi³⁶, non vuol dire che il criterio principale per la

funzione del “tenore di vita” quanto, piuttosto, in relazione al parametro della “vita dignitosa”. In questo senso, A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 131; M. BIN, *I rapporti di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 325; E. QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 537; L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, p. 346; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, p. 197.

³⁰ Il problema sorge per effetto del fatto che il “diritto vivente” altro non sarebbe se non l’interpretazione consolidata di determinate disposizioni normative sedimentatesi nel tempo. Tale interpretazione non vincola, almeno in teoria, il giudice decidente che, pertanto, potrebbe discostarsi dalla stessa. In tale quadro, se la rimessione della questione di legittimità costituzionale viene ad essere interpretata quale *extrema ratio* che risulta dunque ammissibile solo nella misura in cui il giudice decidente non ha la possibilità di interpretare la norma in maniera costituzionalmente legittima, appare evidente l’inammissibilità di una questione di costituzionalità sul diritto vivente. Tuttavia, appare evidente che di fronte ad orientamenti tanto consolidati, il giudice di merito, pur potendo discostarsi dall’interpretazione univoca, andrebbe sicuramente incontro a censura da parte del giudice d’appello. Ciò determinerebbe, nel caso di interpretazioni incostituzionali di una norma, il perpetrarsi di orientamenti contrastanti con i valori apicali dell’ordinamento. In relazione a tali profili, con specifico riferimento all’ordinanza del Tribunale di Firenze, v., A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza: l’assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687 ss. cui si rinvia, per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

³¹ Sul punto, v. *infra*.

³² Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in www.dejure.it.

³³ Secondo la Corte: “Nel merito, la questione non è fondata. L’esistenza, presupposta dal rimettente, di un “diritto vivente” secondo cui l’assegno divorzile ex art. 5, sesto comma, della legge n. 898 del 1970 «deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio» non trova, infatti, riscontro nella giurisprudenza del giudice della nomofilachia (che costituisce il principale formante del diritto vivente), secondo la quale, viceversa, il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non costituisce l’unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull’assegno divorzile”.

³⁴ Prosegue infatti la Corte notando che: “La Corte di cassazione, in sede di esegesi della normativa impugnata, ha anche di recente, in tal senso, appunto, ribadito il proprio «consolidato orientamento», secondo il quale il parametro del «tenore di vita goduto in costanza di matrimonio» rileva, bensì, per determinare «in astratto [...] il tetto massimo della misura dell’assegno» (in termini di tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso), ma, «in concreto», quel parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5. Tali criteri (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) «agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto» e possono «valere anche ad azzerarla».

³⁵ Sulle concrete modalità di individuazione degli “assegni” al coniuge “debole”, v. Cass., 19 marzo 2003, n. 4040, in www.dejure.it; Cass., 4 febbraio 2009, n. 2707, *ivi*. Sul punto, v. G. CASABURI, *Anche i ricchi piangono: quando l’assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, cit., p. 743.

³⁶ In questo senso, il giudice deve tener conto “delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi” e dovrà valutare tali elementi anche “in rapporto alla durata del matrimonio”.

determinazione dello stesso – che è e rimane il potenziale tenore di vita della coppia – sia di per sé legittimo e non in contrasto con i principi costituzionali evocati dal giudice rimettente³⁷. Infondo, il problema che viene sollevato è proprio questo: verificare se il parametro del “tenore di vita” attraverso il quale si individua l’ammontare dell’assegno, sia o meno un criterio ragionevole ed equo a prescindere dal fatto che poi, nei singoli casi di specie, il concreto ammontare dell’assegno possa essere ridimensionato in funzione di ulteriori elementi e circostanze che influiranno su una “base di calcolo” ricavata in violazione di principi costituzionali. Sul punto, però, la Corte non si pronuncia.

4. Sotto tale profilo, se il sistema che regola gli “assegni” ha una funzione di primario rilievo al fine di garantire la parità dei coniugi e l’effettiva tutela del coniuge debole - che magari ha prestato la propria attività lavorativa dedicandosi integralmente alla famiglia e rinunciando, per tal via, a possibili aspettative di carriera³⁸ -, la sua attuale interpretazione può portare ad evidenti distorsioni generando rendite parassitarie ed una eccessiva penalizzazione del coniuge “forte” (che nella normalità dei casi così forte non è)³⁹.

La dimostrazione può rintracciarsi in un celebre e recente caso che ha visto coinvolta una coppia molto famoso nella quale il marito – coniuge forte - ha un patrimonio ingentissimo e si separa dalla moglie, con la quale già di fatto non viveva da anni, la quale – coniuge debole – ha un patrimonio personale di decine di milioni di euro prodotto esclusivamente da elargizioni derivanti dal marito.

Ebbene in tale caso il giudice di primo grado condannò il marito a pagare in favore della moglie la somma di trentasei milioni di euro l’anno al fine di permettere alla stessa di mantenere il tenore di vita potenziale che in costanza di matrimonio, stante i rispettivi cespiti patrimoniali, la stessa avrebbe potuto portare avanti⁴⁰.

Nel caso di specie, poi riformato in appello con una dimidiazione dell’assegno di mantenimento, viene disattesa la doglianza di parte convenuta secondo la quale, stante l’ingente patrimonio della moglie, la stessa non avrebbe avuto diritto al mantenimento avendo redditi sufficienti ai sensi dell’art. 156 c.c. Ma è proprio in funzione dei consolidati orientamenti giurisprudenziali che il Tribunale, pur evidenziando una posizione patrimoniale del coniuge debole tale da permettergli non solo una vita dignitosa ma agiatissima e lussuosa, riscontra una discrasia tale fra i patrimoni dei coniugi da rendere necessario un riequilibrio delle rispettive situazioni patrimoniali⁴¹. E, ben inteso, che la suddetta cifra è quella ritenuta dai giudici necessaria a riequilibrare la posizione dei due coniugi. Oltre ai redditi ingenti

³⁷ Sulle conseguenze che in termini di mancata realizzazione di interessi costituzionalmente garantiti può avere una quantificazione impropria degli assegni dovuti dal coniuge forte al coniuge debole in caso di separazione o divorzio, v. *infra*.

³⁸ In merito, v. le riflessioni di E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., p. 687 ss.

³⁹ Lo nota, in maniera estremamente diretta, G. CASABURI, *Anche i ricchi piangono: quando l’assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, cit., p. 744, ove evidenzia che “da strumenti di tutela della parte debole gli assegni di separazione e di divorzio si stanno tramutando (o si sono tramutati?) in fonti direndite di posizione perpetue quanto parassitarie (per non dire di veri e propri meccanismi sostitutivi dell’assegno di disoccupazione, o della pensione di invalidità o di vecchiaia, una vecchiaia che inizia molto presto). In altri termini il coniuge «forte» (ma spesso tale solo in apparenza) finisce per sostituire lo Stato nelle funzioni di erogazione di assistenza e previdenza, anche a chi non ne sarebbe meritevole”.

⁴⁰ Si tratta di Trib. Milano, 27 dicembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, p. 738; ed in *Foro it.*, 2013, I, c. 1878, con nota di G. CASABURI.

⁴¹ Si veda, sul punto, quanto afferma G. CASABURI, *Anche i ricchi piangono: quando l’assegno di separazione è di tre milioni di euro al mese*, cit., p. 742, ove, commentando le eccezioni difensive formulate dal convenuto in merito alla sufficienza dei redditi della moglie, afferma: “Si tratta però di una difesa suicida (di cui, del resto, erano sicuramente consapevoli gli esperti difensori). Il Tribunale ha avuto buon gioco nel replicare, alla stregua della consolidatissima giurisprudenza della Cassazione, che «l’adeguatezza di mezzi personali non deve essere apprezzata nella sua valenza assoluta e strettamente unilaterale, bensì in diretta correlazione con il tenore di vita che ha caratterizzato la convivenza familiare». (...) In sintesi (estrema, come afferma la sentenza) qui non rileva affatto un concetto di adeguatezza reddituale/patrimoniale assoluta, bensì di adeguatezza relativa, «ovvero scaturente dal diretto raffronto sia con la capacità economica del preteso obbligato sia con gli effetti tutti condizionanti il tenore di vita proprio del periodo di convivenza»”.

derivanti dal proprio patrimonio, la moglie aveva dunque l'esigenza di avere a disposizione ulteriori 100.000 euro al giorno per mantenere il proprio tenore di vita.

Non stupisce, allora, lo stesso disagio dei giudici nell'emettere la sentenza in parola nella consapevolezza che l'imbarazzante importo è, semplicemente, il frutto dell'applicazione proprio di quei criteri consolidati dai quali i giudici non hanno inteso discostarsi⁴².

Ma se il risultato è tanto lontano dalla realtà allora, forse, c'è qualcosa che non va nei criteri adottati per la quantificazione dei suddetti assegni e, se così è, forse è il caso di modificare l'interpretazione consolidata in maniera da continuare a riconoscere una giusta ed equilibrata tutela del coniuge economicamente debole che sia stato pregiudicato dalla crisi familiare senza, contestualmente, ammettere la possibilità di realizzare deviazioni così palesi da un ideale di giustizia che, al contrario, dovrebbe sempre guidare i giudici.

5. Sempre rimanendo nell'ambito della corretta individuazione del "tenore di vita" della famiglia, appare necessario evidenziare un'ulteriore problematica concernente la rilevanza sotto il profilo della quantificazione degli assegni (di mantenimento e di divorzio) di eventuali incrementi patrimoniali successivi alla intervenuta crisi familiare⁴³.

Può accadere, infatti, che i redditi del coniuge "forte" come anche di quello "debole" mutino in costanza di separazione o una volta intervenuto il divorzio e tale successiva modifica delle condizioni economiche altera, di fatto, l'equilibrio che si era stabilizzato fra gli ex coniugi.

Che i provvedimenti attinenti i rapporti economici fra ex coniugi siano sicuramente modificabili in dipendenza di intervenute sopravvenienze, è un dato di fatto che non può essere posto in dubbio⁴⁴; il problema, però, è proprio quello di verificare in che termini eventuali modificazioni economiche dei patrimoni personali possano legittimare modifiche – tanto in *melius* quanto in *peius* – dei provvedimenti economici⁴⁵.

La giurisprudenza, sul punto, non sembra aver raggiunto una posizione del tutto consolidata in particolare relativamente al fatto se tali successivi incrementi incidano o meno sul "tenore di vita" della coppia o, al contrario, determinino modificazioni solo sotto il profilo della "capacità economica del coniuge" e, di conseguenza, esclusivamente in relazione alla valutazione dell'idoneità dei redditi dei coniugi a permettere agli stessi il mantenimento del medesimo "tenore di vita".

⁴² Giova qui segnalare, a tal proposito, uno dei passaggi della sentenza: "stima pertanto il tribunale – consapevole di quanto l'ammontare possa nella comune percezione persino creare disorientamento, ma altrettanto convinto della necessità di uniformarsi ai generali ed imprescindibili criteri di legge anche quando la loro applicazione conduca ad un risultato ai più difficilmente comprensibile – non poter individuare che nell'importo di euro 3.000.000,00 l'assegno mensile di mantenimento".

⁴³ In generale, sul punto, si veda fin d'ora, A. LIUZZI, *Assegno di divorzio e incrementi reddituali*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 240 ss.; E. AL MUREDEN, *Assegno di divorzio ed incrementi reddituali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 748 ss.; M. DOSSETTI, *Successione ereditaria e revisione dell'assegno di divorzio*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1000 ss.

⁴⁴ Sulla modificabilità dei provvedimenti economici assunti nell'ambito di una situazione di crisi familiare nel caso in cui vi sia una modifica sostanziale delle situazione concreta della coppia. La giurisprudenza, infatti, è solita definire tali statuizioni quali pronunce munite di efficacia di giudicato "*rebus sic stantibus*" e, quindi, condizionato alla permanenza delle medesime condizioni sussistenti al momento dell'emanazione del provvedimento. Fra le più recenti in tal senso, Cass., 4 novembre 2010, n. 22505, in www.dejure.it; Cass., 18 luglio 2013, n. 17618, *ivi*; Cass., 1 luglio 2015, n. 13514, *ivi*.

⁴⁵ G. BONILINI, *La revisione dei provvedimenti accessori alla pronuncia di divorzio*, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2004, p. 853; A. FIGONE, *Modifica delle condizioni di separazione e divorzio*, in G. FERRANDO, *Separazione e divorzio*, in *Giust. sist.* Bigiavi, Torino, 2003, p. 915.

Il dato condiviso al livello giurisprudenziale è quello, incontrovertibile, attinente il fatto che tali successivi incrementi patrimoniali – qualunque ne sia la fonte – entrano a far parte del patrimonio dell'ex coniuge e, per tal via, incidono sulla sua capacità economica attuale.

In questo senso, se l'incremento patrimoniale riguarda il coniuge “debole”, questo potrebbe determinare la sopravvenuta capacità dello stesso di essere in grado di mantenere autonomamente il “tenore di vita” goduto in costanza di matrimonio o, quantomeno, di contribuire con il proprio patrimonio alle proprie esigenze in maniera più consistente. Così sarebbe, ad esempio, nel caso in cui il coniuge beneficiario di un assegno divorzile acquisti *mortis causa* un patrimonio tale da permettergli autonomamente la possibilità di mantenere il “tenore di vita”⁴⁶ goduto in costanza di matrimonio⁴⁷.

Stesso discorso può essere applicato, con le dovute differenze, ai sopravvenuti incrementi patrimoniali del coniuge “forte” poiché, come sopra detto, il “tenore di vita” della coppia rappresenta per la giurisprudenza il criterio attraverso cui individuare l'importo “ideale” da corrispondere al coniuge “debole” che, tuttavia, può essere ridimensionato tenendo in considerazione la situazione economica concreta dei coniugi. In questo senso, ben potrebbe accadere che un incremento patrimoniale di cui benefici il coniuge obbligato al pagamento dell'assegno modifichi la propria situazione patrimoniale in maniera tale da permettere allo stesso di garantire – cosa prima impossibile – esattamente lo stesso “tenore di vita” al coniuge beneficiario o, comunque, una condizione economica che si avvicini in maniera più prossima a quello⁴⁸.

Se la soluzione in funzione della quale gli incrementi patrimoniali successivi alla crisi coniugale possono avere rilevanza esclusivamente sotto il profilo della consistenza del patrimonio personale degli ex coniugi appare quello maggioritario in dottrina⁴⁹ ed in giurisprudenza⁵⁰, non sono mancate pronunce di segno opposto. Secondo tale diverso orientamento, ricorrendo determinate circostanze, l'incremento patrimoniale successivo alla crisi coniugale, oltre ad incidere sulla consistenza patrimoniale della coppia, potrebbe addirittura concorrere a definire il “tenore di vita” dei coniugi. Infatti, se questo va inteso quale capacità economica potenziale della coppia, all'interno della sua valutazione dovranno necessariamente computarsi anche tutti quegli incrementi patrimoniali che derivino da aspettative legittimamente maturatesi in costanza di matrimonio⁵¹.

Eliminando quindi gli incrementi patrimoniali derivanti da inaspettati quanto improbabili guadagni, le variazioni positive del patrimonio che derivino da eventi probabili⁵² o dai comuni aumenti di

⁴⁶ In merito, v. le considerazioni di C. MAGLI, *Acquisti ereditari pervenuti successivamente allo scioglimento del matrimonio e revisione dell'assegno di divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 774, la quale afferma che “gli acquisti *mortis causa* intervenuti successivamente alla cessazione degli effetti civili del matrimonio costituiscono, infatti, un miglioramento della condizione del coniuge beneficiario e rappresentano, quindi, una circostanza perturbatrice dell'equilibrio delle sfere economiche dei divorziati stabilito in sede di divorzio, con la conseguenza che i predetti incrementi devono essere considerati come indici ai fini della determinazione delle condizioni economiche del soggetto nel giudizio sull'adeguatezza dei mezzi a sua disposizione”.

⁴⁷ Cass., 15 gennaio 2010, n. 553, in *Fam. dir.*, 2010, p. 674; Cass., 5 febbraio 2014, n. 2542, *ivi*, 2014, p. 771.

⁴⁸ E. AL MUREDEN, *Gli incrementi reddituali del coniuge obbligato ed i loro riflessi sull'assegno divorzile: dal criterio della prevedibilità a quello dell'incidenza proporzionale alla durata del matrimonio*, in *Fam. dir.*, 2011, p. 456 ss.

⁴⁹ A.M. FINOCHIARO, *Diritto di famiglia*, II, *Il divorzio*, Milano, 1988, p. 575; G. BONILINI, *La revisione dei provvedimenti accessori alla pronuncia di divorzio*, cit., p. 853.

⁵⁰ Cass., 18 marzo 1996, n. 2273, in *Giur. it.*, 1996, I, p. 1340; Cass., 30 maggio 2007, n. 12687, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 1000; Cass., 19 novembre 2010, n. 23508, *ivi*, 2011, p. 1196. Con specifico riferimento agli incrementi patrimoniali derivanti da successioni *mortis causa*, Cass., 16 marzo 1996, n. 2235, in *Fam. dir.*, 1996, p. 322; Cass., 26 novembre 1998, n. 12010, in www.dejure.it.

⁵¹ Cass., 28 gennaio 2004, n. 1487, in *Fam. dir.*, 2004, p. 237; Cass., 9 maggio 2008, n. 11560, in www.dejure.it; Cass., 4 novembre 2010, n. 22501, *ivi*.

⁵² Così, ad esempio, è stato ipotizzato che il fatto di beneficiare di una eredità proveniente dai propri genitori concretizza una aspettativa sicuramente probabile alla luce di ciò che normalmente accade e, in quanto tale, il relativo incremento patrimoniale dovrebbe contribuire a definire il tenore di vita della coppia. Al contrario, un lascito ereditario proveniente da un lontano parente, non concretizzando una probabile aspettativa di incremento patrimoniale, non potrebbe essere utilizzata al fine di definire il “tenore di vita” ma sarà qualificabile solo quale elemento volto ad individuare la consistenza patrimoniale

stipendio dovuti all'anzianità di servizio⁵³ determinerebbero null'altro se non una concretizzazione di aspettative che la coppia già aveva durante il matrimonio⁵⁴ e che, quindi, devono contribuire a definire il "tenore di vita" sulla scorta del quale calcolare l'assegno di mantenimento o di divorzio⁵⁵.

Va però detto che tale impostazione non sembra assolutamente aderente alla realtà dei fatti ed alla stessa funzione degli assegni di mantenimento e di divorzio il cui scopo non è quello di permettere all'ex coniuge di beneficiare degli incrementi economici dell'altro ma, più semplicemente, quello di evitare che per effetto della crisi si deteriori il tenore di vita che il coniuge debole aveva in costanza di matrimonio. Sarebbe maggiormente opportuno, cioè, che il concetto di "tenore di vita", ove si voglia continuare ad utilizzare tale parametro, venga strettamente ancorato sotto un profilo temporale alla situazione economica che la coppia aveva al momento della convivenza. Bisogna cioè entrare nell'ottica che quei due soggetti erano una coppia fino al momento della rottura del rapporto e non ha alcun senso ipotizzare la permanenza di una influenza economica delle vicende dell'uno sul patrimonio dell'altro quando ormai tutti i doveri di solidarietà materiale e spirituale già non esistono più. Seguendo l'impostazione che qui si intende criticare, cioè, si torna a riconoscere una ultrattività degli effetti economici del matrimonio determinando, di fatto, una eterna partecipazione dell'ex coniuge "debole" agli utili sopravvenuti dell'ex coniuge "forte" analogamente a quanto accadrebbe se il matrimonio non si fosse sciolto e, tutto ciò, appare una deviazione dalla realtà dei fatti che andrebbe senza dubbio evitata.

6. Ma la situazione di fatto nella quale vengono a trovarsi i coniugi sotto un profilo economico, può mutare anche per effetto di scelte di uno degli ex coniugi che risultano essere espressione di libertà fondamentali direttamente connesse al libero e pieno sviluppo della personalità dell'individuo. Si fa riferimento, ovviamente, alle circostanze nelle quali uno degli ex coniugi decida di intraprendere una nuova stabile relazione sia formalizzandola attraverso il matrimonio, sia rimanendo nell'ambito della convivenza *more uxorio*⁵⁶.

Al fine di poter analizzare tale problematica, sembra opportuno scindere le circostanze nelle quali sia l'ex coniuge debole ad intraprendere una nuova relazione dall'ipotesi nella quale tale scelta venga assunta dal coniuge obbligato al pagamento dell'assegno.

Partendo dalla prima ipotesi, se non ci sono dubbi sul fatto che se l'ex coniuge debole divorziato contrae nuove nozze perde la possibilità di continuare a pretendere il pagamento dell'assegno divorzile⁵⁷, più complessa appare l'ipotesi nella quale un soggetto, sia esso separato o divorziato, intraprenda dopo la crisi familiare una nuova relazione non formalizzata⁵⁸.

del coniuge beneficiario dell'eredità. In questo senso, C. MAGLI, *Acquisti ereditari pervenuti successivamente allo scioglimento del matrimonio e revisione dell'assegno di divorzio*, cit., p. 775 s.

⁵³ Cass., 25 settembre 2007, n. 20204, in www.dejure.it.

⁵⁴ Emblematico, in tal senso, è il caso deciso da Cass., 15 settembre 2008, n. 23690, in www.dejure.it, nel quale l'ex marito (coniuge forte) al momento della crisi familiare svolgeva la professione di ricercatore universitario. Dopo lo scioglimento del matrimonio diventa professore universitario ed affermato professionista. L'ex moglie ottiene che il "tenore di vita" venisse calcolato tenendo in considerazione il reddito da professore universitario e da affermato professionista dell'ex marito, ritenendo tali incrementi patrimoniali quali concretizzazioni di legittime aspettative maturate in costanza di matrimonio.

⁵⁵ Ancora la possibilità di utilizzare un determinato incremento patrimoniale alla prevedibilità dello stesso in costanza di matrimonio. In questo senso, FAZIO, *Assegno di divorzio e prevedibilità degli aumenti reddituali*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 475.

⁵⁶ Si tratta del frequente fenomeno della sovrapposizione delle famiglie nel tempo. Sui riflessi che tale problematica genera in tema di corretta quantificazione dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile, E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., p. 696 ss.; M. SESTA, *Negoziato assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295 ss.

⁵⁷ Sul punto, è lo stesso legislatore che con l'art. 5, comma 10 della l. 898 del 1970 afferma espressamente che "L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze". La ragione di tale disposizione va ricercata nel fatto che con le nuove nozze si instaurano nuovi vincoli di solidarietà sia morale che materiale

Va subito segnalato che tale problematica risente evidentemente del forte dibattito dottrinale circa la rilevanza sotto un profilo giuridico delle convivenze *more uxorio* il quale non sempre si è dimostrato favorevole a riconoscere alla stabile convivenza di una coppia la capacità di produrre effetti giuridici⁵⁹. La problematica è resa più incerta dal fatto che, contrariamente a quanto accade nella disciplina attinente l'assegnazione della casa coniugale⁶⁰, la legge italiana non richiama la creazione di una nuova "famiglia di fatto" fra le ipotesi di cessazione dell'obbligo di corrispondere un assegno di mantenimento o divorzile⁶¹.

In tale quadro normativo e culturale la giurisprudenza, in un primo momento adagiata su interpretazioni formaliste⁶², ha successivamente precisato che l'istaurazione di una convivenza stabile e seria da parte dell'ex coniuge debole con un terzo determina la creazione di nuovi rapporti affettivi ed economici che sono in grado di recidere il legame con l'ex coniuge forte⁶³. Perché ciò accada, però, è necessario che il rapporto di fatto successivamente instaurato non assuma le sembianze di una relazione che, pur assidua, si dimostri momentanea o occasionale⁶⁴. Come pare evidente, tale rilievo, di per sé del tutto giustificabile, determina il sorgere di un pesantissimo onere della prova in capo al coniuge forte che intende liberarsi dall'obbligo di pagare l'assegno. Questi, infatti, dovrà dimostrare la stabilità e serietà della relazione intrattenuta dall'altro coniuge e la presenza di un comune progetto di vita insieme cosa che, per ovvie ragioni, appare di non facile dimostrazione in relazione a rapporti di fatto.

Non è un caso, infatti, che la maggior parte delle sentenze che riconoscono alla convivenza *more uxorio* la capacità di elidere gli obblighi del coniuge forte, si fondano sulla circostanza che da quella convivenza di fatto siano nati dei figli che, secondo i giudici, rappresentano chiaro indice dell'istaurarsi di un rapporto stabile fra i genitori degli stessi⁶⁵. Allo stesso modo, la presenza di figli nati da una diversa relazione determinerebbe, ove si ritenesse che l'ex coniuge forte debba continuare a pagare

con il nuovo coniuge che sono, per ovvie ragioni, del tutto incompatibili con la permanenza di vincoli di natura patrimoniale con l'ex coniuge.

⁵⁸ È stato evidenziato come, nonostante la diversa fase patologica nella quale viene a presentarsi la problematica in parola, la giurisprudenza abbia elaborato principi comuni applicabili sia nel caso di convivenza *more uxorio* durante la separazione che una volta intervenuto il divorzio. In questo senso, E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoreponsabilità"*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 1047.

⁵⁹ Sul dibattito dottrinale v., su tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 933 ss. il quale, nel ricondurre la famiglia di fatto nell'ambito delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità di ciascun individuo, ne riconosce la rilevanza giuridica proprio quali strumenti necessari per permettere una piena realizzazione del principio personalista di cui all'art. 2 cost.

⁶⁰ Si veda, sul punto, l'art. 337 *sexies* c.c. che afferma la cessazione del diritto all'assegnazione della casa familiare nel caso in cui il coniuge assegnatario contragga nuove nozze o inizi una stabile convivenza *more uxorio*. Tuttavia v., pure, Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Fam. dir.*, 2019, p. 62 che tempera tale disposizione introducendo l'obbligo per il giudice di verificare l'opportunità di una revoca dell'assegnazione della casa familiare in funzione dell'interesse dei figli.

⁶¹ In senso contrario, invece, l'art. 101 del *Código civil* spagnolo che annovera anche la convivenza stabile intrapresa dal coniuge beneficiario fra le cause che determinano la cessazione dell'obbligo di versare l'assegno da parte del coniuge forte.

⁶² La giurisprudenza maggiormente datata propendeva per una interpretazione restrittiva delle ipotesi che legittimano la cessazione della corresponsione dell'assegno precisando che solo il fatto di contrarre nuove nozze potesse avere tale carattere. Alla base vi era una latente convinzione che la convivenza *more uxorio*, in quanto non disciplinata dal nostro ordinamento, non avesse rilevanza giuridica e, pertanto, non comportasse il sorgere di alcun obbligo reciproco fra i membri della coppia. Cfr., Cass., 11 maggio 1983, n. 3253, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1225; Cass., 20 novembre 1985, n. 5717, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1369; Cass., 19 settembre 1996, n. 9505, in *Fam. dir.*, 1997, p. 29.

⁶³ In questo senso, Trib. Bari, 25 settembre 2012, in *Dir. fam.*, 2013, p. 549.

⁶⁴ Cfr., Cass., 10 novembre 2006, n. 17643, in www.dejure.it; Cass. 25 novembre 2010, n. 23968, *ivi*.

⁶⁵ Cass., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Guida dir.*, 2011, p. 63; Cass., 12 marzo 2012, n. 3923, in *Giust. civ.*, 2013, p. 2197; Cass. 18 novembre 2013, n. 25845, in *Dir. giust.*, 2013. Tale orientamento è apparso alla dottrina tanto più opportuno alla luce delle recenti modifiche introdotte dal d.lgs. n. 154 del 2013 che ha equiparato la posizione dei figli nati nel matrimonio con quelli nati fuori dal matrimonio eliminando la precedente distinzione fra figli legittimi e figli naturali. In questo senso, E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoreponsabilità"*, cit., p. 1048 s.

l'assegno di mantenimento, l'inaccettabile situazione per cui i soldi di quest'ultimo verrebbero utilizzati anche per il sostentamento dei figli dell'ex coniuge beneficiario⁶⁶.

Altro problema riguarda, poi, la possibilità di qualificare la presenza di una relazione stabile quale elemento necessario e da solo sufficiente ad eliminare l'obbligo di prestazione da parte del coniuge obbligato o se, al contrario, risulta ulteriormente necessario che dalla sopravvenuta convivenza derivino dei vantaggi economici in capo al coniuge debole che rendano superfluo – in tutto o in parte – il permanere dell'assegno di mantenimento o di divorzio. Sul punto, mentre la giurisprudenza richiede al coniuge forte l'ulteriore onere di dimostrare anche la presenza di un miglioramento economico della situazione patrimoniale del coniuge debole direttamente dipendente alla nuova convivenza dallo stesso instaurata⁶⁷, la dottrina evidenzia opportunamente l'esigenza di valorizzare la nuova situazione di fatto che si viene a creare a prescindere dalla presenza di effettivi vantaggi economici per il coniuge debole. La creazione di una nuova famiglia – sia essa fondata sul matrimonio o su un mero rapporto di fatto – determina la creazione di nuovi vincoli sia affettivi che materiali che vengono assunti dalle parti in maniera consapevole e responsabile⁶⁸. Da ciò, quindi, l'incompatibilità della permanenza di vincoli economici con l'ex coniuge a prescindere dalla situazione economica della nuova coppia⁶⁹.

Allo stesso modo, poi, si presenta come particolarmente spinosa la questione relativa alla "irreversibilità" dell'assegno di mantenimento o di divorzio che sia stato revocato a causa dell'istaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte del coniuge debole. Anche sul punto, la giurisprudenza maggioritaria sembra assumere un orientamento di netto favore per il coniuge debole affermando che, pur nei casi nei quali la convivenza di fatto presenti le caratteristiche che la rendano rilevante al fine di incidere sull'assegno di mantenimento o di divorzio, tali effetti sono momentanei e subordinati temporalmente alla prosecuzione dell'esistenza della famiglia di fatto. Una mera sospensione degli obblighi connessi all'assegno di mantenimento o di divorzio che, quindi, possono riemergere nel caso in cui la copia di fatto si allontani⁷⁰. Tale soluzione è stata criticata dalla dottrina che, pur con distinte impostazioni e con diversa intensità⁷¹, ha posto in luce come l'atto di matura autoresponsabilità con il quale il coniuge debole decide di instaurare un nuovo e stabile rapporto sentimentale e materiale con altro individuo si dimostra del tutto incompatibile con una riviviscenza degli obblighi di mantenimento originariamente gravanti sull'ex coniuge forte.

⁶⁶ Trib. Lamezia Terme, 1 dicembre 2011, in *Dir. fam.*, 2012, p. 797.

⁶⁷ Sembrano mettere in connessione la rilevanza della convivenza *more uxorio* sull'assegno di mantenimento proprio in funzione del miglioramento economico che la stessa determina in capo all'ex coniuge debole, Cass., 5 giugno 1997, n. 5024, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 305; Cass., 4 aprile 1998, n. 3503, *ivi*, 1998, p. 333; App. Roma, 11 settembre 1995, *ivi*, 1996, p. 1001.

⁶⁸ Un primo riconoscimento della incidenza della sopravvenuta convivenza *more uxorio* sull'assegno divorzile svincolato dall'analisi relativa alla capacità della stessa di incidere positivamente sul patrimonio dell'ex coniuge beneficiario, è riscontrabile in Cass., 8 agosto 2003, n. 11975, in *Giur. it.*, 2004, p. 1601.

⁶⁹ E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, cit., p. 1051, ove afferma: "Ogni considerazione relativa alle condizioni economiche godute dal nuovo convivente ed ogni comparazione tra il livello di benessere della nuova famiglia fondata sulla convivenza rispetto a quello che aveva caratterizzato la precedente unione matrimoniale dovrebbero risultare in linea di principio prive di rilievo proprio perché, una volta assunta la decisione (e la responsabilità) di costituire un nuovo nucleo familiare autonomo, non dovrebbe residuare più spazio per interferenze fra questo nuovo nucleo e persistenti doveri di solidarietà post-coniugale radicati sul matrimonio precedente".

⁷⁰ In questo senso, in giurisprudenza, Cass., 11 agosto 2011, n.17195, cit.; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1789, in *Foro it.*, 2012, I, c. 1445; Cass., 26 febbraio 2014, n. 4539, in *Dir. giust.*, 2014.

⁷¹ In questo senso, v. E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoresponsabilità"*, cit., p. 1051 s., ove afferma che mentra nel caso di assegno divorzile l'istaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte dell'ex coniuge beneficiario sarebbe in grado di escludere definitivamente qualunque successivo onere economico in capo all'ex coniuge forte, nel caso di assegno di mantenimento dovuto in funzione dell'avvenuta separazione dei coniugi sarebbe ipotizzabile una riviviscenza degli oneri gravanti sul coniuge forte nel momento della cessazione della convivenza *more uxorio* del coniuge debole. La ragione andrebbe rintracciata nel fatto che nella separazione ancora permane intatto – pur se con effetti in parte attenuati – il vincolo matrimoniale fra i due coniugi.

Su questa linea va segnalata una recente ed importante sentenza che, in accoglimento delle posizioni dottrinali sopra menzionate riconosce all'instaurazione di una nuova "famiglia di fatto" la capacità di elidere definitivamente l'obbligo di mantenimento gravante sull'ex coniuge forte⁷². Tale orientamento, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato atto, sembra segnare una netta presa di posizione del tutto aderente all'ormai riconosciuta rilevanza giuridica di tali forme di convivenza e con il rilievo per cui dalla stessa si generano un complesso di diritti, doveri ed aspettative reciproche che appaiono totalmente incompatibili con la permanenza – anche quiescente – di rapporti di natura patrimoniale con l'ex coniuge⁷³.

7. Appare a questo punto opportuno, però, analizzare le problematiche connesse alla circostanza nella quale sia il coniuge onerato del pagamento dell'assegno a unirsi in una nuova famiglia che, come pare evidente, determina il sorgere di nuovi ed ulteriori obblighi economici in capo al soggetto. In questo senso, se la determinazione dell'ammontare dell'assegno dipende dalle condizioni economiche dei coniugi, appare evidente come tali sopravvenienze debbano sicuramente essere tenute in considerazione al fine di una revisione degli oneri economici⁷⁴.

Nonostante ciò, però, non sono mancate sentenze che, nel tentativo di cristallizzare la situazione economica del coniuge forte al momento dell'intervento della crisi familiare, hanno ritenuto del tutto indifferente la presenza di una nuova famiglia sulla quantificazione dell'assegno spettante alla prima. La ragione utilizzata dalla giurisprudenza va individuata nella circostanza per cui il fatto di creare un nuovo nucleo familiare viene qualificato come una scelta individuale dell'ex coniuge non necessaria ma meramente volontaria e, quindi, evitabile. Il fatto che il soggetto onerato abbia deciso di intraprendere un determinato percorso di vita diverso dal precedente sarebbe sufficiente a scaricare integralmente il costo economico di quelle scelte sullo stesso⁷⁵.

In funzione di tale posizione, cioè, fatta eccezione per i casi nei quali l'ex coniuge forte sia particolarmente facoltoso, di fatto si va a precludere al coniuge onerato la possibilità di crearsi una nuova famiglia non potendone sostenere i costi a causa del permanere inalterato degli obblighi economici scaturenti dalla crisi coniugale.

Tale posizione, proprio per le conseguenze che genererebbe, appare però criticabile alla luce del fatto che la scelta – sicuramente individuale e libera – di contrarre un nuovo matrimonio o di intrattenere una relazione stabile con altro soggetto appare strumentale a realizzare la personalità di

⁷² Così, Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Fam. dir.*, 2015, p. 553.

⁷³ Sul punto, G. FERRANDO, "Famiglia di fatto" e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di cassazione, in *Fam. dir.*, 2015, p. 560, la quale, aderendo all'orientamento da ultimo segnalato, afferma: "La scelta di convivere, di formare una famiglia di fatto, di avere dei figli con un altro compagno non è senza conseguenza. Al contrario spezza quel legame ormai solo economico ancora esistente con l'ex coniuge. E quando la famiglia di fatto si esaurisce, non si può tornare a chiedere l'assegno all'ex marito come se niente fosse. C'è una contraddizione in tutto questo, un *venire contra factum proprium*, che non si può ammettere, anche tenuto conto dell'affidamento che l'ex coniuge ripone sull' "esonero definitivo dall'obbligo", vista la nuova situazione che si era venuta a creare". Pur evidenziando come l'orientamento in parola si discosti dal tenore letterale delle disposizioni che riconnettono l'estinzione del diritto all'assegno divorzile alla sola celebrazione di nuove nozze, mostra di aderire nella sostanza alla nuova interpretazione E. AL MUREDEN, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 683 ss. In senso maggiormente dubitativo, E. QUADRI, *Aspetti economici postconjugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 387 s.

⁷⁴ Sul punto v., fin d'ora, D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 472 s., ove fa notare come "l'attribuzione (e la determinazione) dell'assegno di divorzio si basa fondamentalmente sulle condizioni economiche degli ex coniugi e poiché la formazione di una nuova famiglia ed eventualmente la procreazione di figli con i connessi obblighi economici, da parte dell'ex coniuge obbligato, comporta una sopravvenuta modifica delle sue condizioni economiche, appare difficilmente contestabile come tali circostanze risultino idonee a giustificare, almeno su di un piano teorico, la revisione della disposizione concernente l'attribuzione dell'assegno ai sensi dell'art. 9 l. div."

⁷⁵ Cass., 22 novembre 2000, n. 15065, in *Fam. dir.*, 2001, p. 34; Trib. Bari, 9 novembre 2004, in www.dejure.it; Trib. Bari, 17 ottobre 2005, in www.utetgiuridica.it.

ciascun individuo contribuendo a delineare quello che, sia nelle fonti internazionali⁷⁶ che in quelle nazionali⁷⁷, è qualificabile come un diritto fondamentale della persona⁷⁸.

L'insostenibilità dell'orientamento da ultimo espresso, nonché la difficoltà di accettare gli esiti cui lo stesso porterebbe, ha spinto la dottrina a porsi in maniera estremamente critica sul punto nel tentativo di ribadire l'esigenza di verificare attraverso una nuova valutazione comparativa l'incidenza economica della nuova situazione di fatto sul patrimonio del soggetto onerato in modo da ridimensionare, eventualmente, l'ammontare dell'assegno da corrispondere al coniuge debole⁷⁹.

Proprio sulla scorta di tali considerazioni, la stessa giurisprudenza si è mostrata tutt'altro che insensibile alla problematica cogliendo l'esigenza di un concreto bilanciamento fra le necessità economiche della prima famiglia e quelle della nuova. Nei confronti di quest'ultima, infatti, lo stesso soggetto inizia ad assumere oneri che non possono essere considerati – *sic et simpliciter* – meno rilevanti rispetto ai primi⁸⁰.

Come pare evidente la soluzione del problema deve necessariamente passare attraverso una equilibrato contemperamento dei contrapposti interessi facenti capo alle due famiglie che, nel tempo, si sono sovrapposte ma nella convinzione per cui non sembra opportuno affidare ad un criterio meramente cronologico la prevalenza dell'una sull'altra⁸¹. Affermare la prevalenza dell'obbligo economico derivante dall'assegno di mantenimento o divorzile a scapito degli obblighi economici derivanti dalla formazione di una nuova famiglia (dentro o fuori del matrimonio⁸²) equivale a privare completamente di tutela le esigenze – pur meritevoli – della nuova formazione sociale⁸³.

Ciò che appare necessario, quindi, è l'esigenza di effettuare una nuova valutazione comparativa della mutata situazione economica dell'ex coniuge onerato che porti il giudice a bilanciare i contrapposti interessi in gioco e che lo chiami, nel caso, a ridurre gli obblighi economici derivanti dalla crisi coniugale in funzione dell'esigenza di garantire alla nuova famiglia un sostegno economico dignitoso⁸⁴. Non avrebbe alcun senso tutelare economicamente in maniera maggiormente forte una famiglia ormai dissolta rispetto ad una nuova famiglia ancora unita che si vedrebbe privata di risorse necessarie al solo fine di mantenere intatti gli obblighi economici in relazione alla prima. Se permane l'esigenza di tutela dell'ex coniuge debole, non si può negare l'altrettanto necessaria tutela del coniuge attuale che non

⁷⁶ Il riferimento è all'art. 12 CEDU che recita: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto". Sul punto, v. F. PARENTE, *La libertà matrimoniale tra status personae e status familiae*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 140 ss.

⁷⁷ La costituzione italiana non sancisce espressamente il diritto fondamentale a contrarre matrimonio ma lo stesso si ricava da una corretta interpretazione dell'art. 2 cost.

⁷⁸ Diffusamente, sul punto, D. BUZZELLI, *La famiglia 'composita'*, Napoli, 2012, p. 89 ss.

⁷⁹ C. GRANELLI, *Sulla variabilità dell'assegno al coniuge divorziato (contributo all'interpretazione dell'art. 9 l. 1 dicembre 1970 n. 898)*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 129; V. SCALISI, *Commentario alla Legge 1 agosto 1978, n. 436*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1979, p. 601; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 349 ss.; T. AULETTA, *La famiglia rinnovata: problemi e prospettive*, in *Famiglia*, 2005, p. 19 ss.; D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, cit., p. 472 ss.

⁸⁰ Cass., 19 ottobre 1981, n. 5447, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 409; Cass., 12 ottobre 2006, n. 21919, in *Fam. dir.*, 2007, p. 596; Cass., 22 marzo 2012, n. 4551, in *Corr. giur.*, 2012.

⁸¹ Sul punto, D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, cit., p. 476 s., dove fa opportunamente notare che "anche la nuova famiglia dell'ex coniuge, al pari delle altre, pone un'esigenza di tutela che non può essere ignorata e che va invece adeguatamente assicurata, non potendosi operare alcuna differenziazione all'interno delle stesse famiglie, circondandole di ogni tutela ove formate da coniugi entrambi alla prima esperienza di vita matrimoniale e, di contro, discriminandole, almeno sotto il profilo patrimoniale, laddove invece uno dei coniugi che la compongono abbia vissuto un'esperienza di divorzio".

⁸² Sulla rilevanza del problema anche nel caso di separazione e conseguente composizione di un nuovo nucleo familiare di fatto, E. AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoreponsabilità"*, cit., p. 1053.

⁸³ In questo senso, E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, cit., p. 700.

⁸⁴ In questo senso si esprime, da ult., Cass., 19 marzo 2014, n. 6289, in *Fam. dir.*, 2015, p. 470.

sembra opportuno relegare in una posizione subordinata solo per preservare uno *status quo* che, come si è avuto modo di evidenziare, non risulta più attuale.

Di qui, l'esigenza di una profonda rilettura dell'impostazione tradizionale che riporti in uno stato di equilibrio la situazione economica della prima famiglia con quella della seconda in modo da non privare nessuna delle due del necessario sostegno materiale senza, di contro, preservare situazioni di squilibrio che, in ultima istanza, violerebbero sia il diritto del coniuge forte a creare una nuova famiglia che quello della nuova famiglia a beneficiare delle risorse derivanti dal coniuge più facoltoso⁸⁵.

8. Da ultimo, un cenno va necessariamente dedicato a verificare se la volontà degli ex coniugi possa in qualche modo incidere sull'*an* e sul *quantum* degli assegni. Il problema richiamato è quello, particolarmente dibattuto in Italia, della validità o meno di c.dd. "accordi prematrimoniali" con i quali i coniugi, in vista di una futura crisi coniugale, vadano a disciplinare le relative attribuzioni patrimoniali⁸⁶.

Va subito segnalato che il panorama giurisprudenziale che caratterizza l'argomento è fortemente orientato verso l'esclusione della validità di tali accordi⁸⁷ che sarebbero caratterizzati da illiceità della causa comportando, di fatto, una mercificazione degli *status* personali. Attraverso tali accordi, cioè, si realizzerebbe un condizionamento del comportamento processuale del coniuge più debole in fase di separazione o di divorzio⁸⁸. In dottrina, peraltro, è stato anche evidenziato come l'ammissibilità di tali accordi potrebbe porre dei problemi di prevaricazione del coniuge forte sul coniuge debole il quale, data la sua condizione, potrebbe subire l'imposizione di effetti negoziali sui quali, di fatto, non è in grado di incidere⁸⁹.

Congiuntamente a tale orientamento, sempre nel senso di una radicale nullità degli accordi prematrimoniali, si è sviluppata la posizione di quanti affermano l'invalidità di tali negozi sulla scorta della presunta indisponibilità dei diritti oggetto degli stessi⁹⁰. Tale orientamento radica la propria validità sul dettato dell'art. 160 c.c. il quale, nell'affermare che "gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio", viene interpretato quale disposizione che esclude la validità di qualunque negoziazione relativa ai suddetti interessi⁹¹.

⁸⁵ Sul punto, E. AL MUREN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di "autoreponsabilità"*, cit., p. 1053, il quale, criticando l'orientamento che tende a mantenere intatti gli oneri economici gravanti sull'ex coniuge forte nei confronti della prima famiglia, evidenzia come "a questa impostazione dovrebbe sostituirsi quella che mira a garantire un'equa ripartizione delle risorse economiche di cui dispone la parte più benestante e quindi la finalità di garantire un tenore di vita tendenzialmente analogo tra loro a tutti i soggetti economicamente deboli, appartenenti al primo e al secondo nucleo familiare e dipendenti dal medesimo soggetto".

⁸⁶ Sul punto, in generale, G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 69 ss. Analizza tali figure negoziali nel panorama degli ordinamenti di common law, T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione di diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 459 ss.

⁸⁷ In generale, Cass., 20 maggio 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, c. 184; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645, in *Fam. dir.*, 1995, p. 239; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Studium iuris*, 1996, p. 232; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Giur. it.*, 1998, p. 1708; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021.

⁸⁸ Si veda, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, p. 344.

⁸⁹ C. DIONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 494 ss.

⁹⁰ In dottrina, propendono per tale orientamento, A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità interessati*, in *Giur. it.*, 1981, p. 1553 ss.; L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 108; E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, p. 344 ss.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 695 ss.

⁹¹ Su tutte, Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it.*, 1986, I, c. 747; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1320; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, p. 417; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, p. 1239; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. dir.*, 1995, p. 14; Cass., 20 maggio 1999, n. 4905, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1798; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Giur. it.*, 2006, p. 1826; Cass., 10 agosto 2007, n. 17634, in www.dejure.it; Cass., 21 febbraio 2008, n. 4424, in *Foro it.*, 2008, I, c. 212; Cass., 11 novembre 2009, n. 23908, in www.dejure.it; Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, *ivi*.

Un orientamento granitico che, però, non manca di presentare delle ipotesi di discontinuità che, pur se limitatamente ad ambiti particolari, aprono delle brecce all'interno dello tesso. Così, ad esempio, viene riconosciuta piena efficacia agli accordi stipulati fra i coniugi che si trovino in uno stato di separazione di fatto⁹² o, ancora, si è riconosciuta piena validità all'interno del nostro ordinamento agli accordi prematrimoniali che due coniugi stranieri avevano pattuito nel loro Paese d'origine nel quale gli stessi erano pacificamente ammessi⁹³.

A tali datate aperture, vanno sicuramente a sommarsi le riflessioni della dottrina che pare, al contrario, maggiormente propensa a riconoscere validità ai suddetti accordi⁹⁴ e, di conseguenza, a rimettere la regolamentazione degli interessi patrimoniali dei coniugi alla volontà degli stessi⁹⁵.

Nel tentativo di erodere le basi giuridiche su cui la giurisprudenza ha fondato il proprio orientamento maggioritario, in primo luogo, viene evidenziato come attraverso gli accordi prematrimoniali non si pervenga assolutamente ad una commercializzazione-mercificazione dello *status* dal momento che lo scioglimento del vincolo matrimoniale – da cui dipende la modifica dello *status* – è rimessa alla libera scelta anche di uno solo dei coniugi che, indipendentemente dalla volontà dell'altro, può determinare l'instaurarsi di una separazione e, conseguentemente, del divorzio. Gli accordi prematrimoniali, lungi dall'incidere sul profilo dello *status*, vanno quindi a regolamentare esclusivamente i rapporti economici che si verranno ad instaurare fra i coniugi per effetto della loro scelta congiunta o non⁹⁶.

Sotto il profilo della inderogabilità dei diritti e di doveri derivanti dal matrimonio sancita dall'art. 160 c.c., è stato invece evidenziato come, a prescindere dalla presenza di evidenti deroghe a tale principio generale espressamente previste all'intero del nostro ordinamento⁹⁷, la collocazione sistematica della norma dovrebbe portare a considerare la stessa quale disposizione applicabile esclusivamente alla fase fisiologica del rapporto coniugale e non anche a quella patologica. Non rientrerebbero nell'ambito di applicazione della disposizione poco sopra menzionata, cioè, gli atti dispositivi dei reciproci diritti patrimoniali successivi alla crisi coniugale i quali ben potrebbero essere regolamentati attraverso atti di autonomia negoziale⁹⁸.

A fronte di tali osservazioni, del tutto isolata appare la posizione giurisprudenziale volta a riconoscere piena efficacia agli accordi prematrimoniali attinenti la corresponsione o la quantificazione

⁹² Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808.

⁹³ Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, p. 579.

⁹⁴ Si vedano le autorevoli posizioni di P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 113; ID., *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, p. 437 ss.; F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in D. AMRAM e A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziativa dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. XIX.

⁹⁵ Si veda, fin d'ora, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 483 ss.; ID., «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in *Tratt. contr. Roppo*, VI, Milano, 2006, p. 253 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi familiare*, in *Famiglia*, 2008, p. 25 ss.

⁹⁶ Riferimenti in tal senso, in T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 45 ss.

⁹⁷ Sul punto, I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 265, ove, fa notare come “neppure l'indisponibilità ex art. 160 c.c. dei diritti e degli obblighi derivanti dal matrimonio rappresenta un ostacolo insuperabile; una interpretazione eccessivamente restrittiva pare infatti collidere con una serie di previsioni normative: basti pensare alla possibilità per i coniugi di modificare, mediante convenzioni, il regime patrimoniale della famiglia (art. 159 ss. c.c.), di stabilire le condizioni della separazione consensuale (art. 158 c.c.) o di presentare una domanda congiunta di divorzio che regoli “le condizioni inerenti la prole ed ai rapporti economici” (art. 4, comma 13, l. div.)”. A tali fattispecie si deve oggi sommare, come si vedrà infra, anche quanto disposto dall'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 come convertito con l. 11 novembre 2014, n. 164. Da ultimo, v. le considerazioni di B. GRAZZINI, *Assegno di mantenimento “a tempo” fra “autosufficienza economica” e rinuncia al diritto*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 688 ss.

⁹⁸ G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., p. 69 ss.; ID., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. dir.*, 2012, p. 806 ss.

degli “assegni” dovuti dal coniuge forte in favore del coniuge debole. Così, però, è stato deciso in un caso nel quale il Tribunale di Torino ha sancito la validità di un accordo stipulato poco prima dell’inizio del procedimento di separazione coniugale in funzione del quale si stabiliva che la corresponsione dell’assegno di mantenimento in favore della moglie sarebbe cessato definitivamente al momento della proposizione della domanda di divorzio⁹⁹.

Va però ribadito che anche a fronte di tali aperture giurisprudenziali, la Corte di cassazione continua ad affermare in linea di principio – aderendo al suo costante orientamento – l’invalidità di accordi di tale genere pur riconoscendo un certo margine di influenza all’autonomia privata all’interno della famiglia in crisi. Ciò che continua ad essere fortemente osteggiato da parte dei Giudici di legittimità, cioè, è che attraverso un accordo delle parti si vada ad incidere sull’attribuzione degli assegni rimanendo però nella piena disponibilità dei coniugi il fatto di regolamentare i rispettivi rapporti economici nati durante il matrimonio in funzione della futura ed eventuale crisi coniugale.

Così, ad esempio, è stato considerato pienamente valido l’accordo stipulato prima del matrimonio con il quale la futura moglie si impegnavano a trasferire al marito, in caso di crisi coniugale, un immobile di sua proprietà quale prestazione indennitaria a fronte del fatto che il futuro marito si era sobbarcato le spese relative alla ristrutturazione di un altro immobile – pure di proprietà della moglie – nel quale avevano intenzione di stabilire la loro residenza coniugale. Da parte sua, il futuro marito avrebbe trasferito alla futura moglie un portafoglio di titoli del valore di circa 10.000 euro per compensare le reciproche prestazioni¹⁰⁰.

Allo stesso modo, è stato considerato valido ed efficace il patto stipulato fra i coniugi che subordinava la restituzione del prestito erogato dalla moglie a titolo di mutuo in favore del marito alla sopravvenienza di una crisi coniugale fra gli stessi¹⁰¹.

Appare però evidente come nei casi sopra riportati non entri in gioco propriamente l’attribuzione o la quantificazione degli “assegni”, ma la crisi coniugale rilevi esclusivamente quale condizione sospensiva di obblighi che nulla hanno a che vedere con quelli derivanti per legge dalla crisi coniugale che, invece, non possono – secondo la Cassazione – essere oggetto di disposizione da parte dei coniugi.

L’argomento è particolarmente complesso e richiederebbe considerazioni che, in questa sede, non si ritiene opportuno sviluppare¹⁰². Tuttavia sembra chiaro che un atteggiamento di chiusura così rigido da parte della giurisprudenza non possa trovare accoglimento in quanto eccessivamente limitativo del diritto di soggetti ormai adulti di regolare i reciproci rapporti economici derivanti dalla crisi familiare. Se esistono esigenze di tutela del coniuge debole, è altrettanto vero che la debolezza del coniuge che qui si prende in considerazione è di carattere meramente economico e non cognitivo o di “forza negoziale” e, pertanto, non si vede come tali accordi possano prevaricare un soggetto rispetto all’altro. In aggiunta, è altrettanto evidente come a tali accordi potranno applicarsi i normali strumenti di tutela contro eventuali vizi del consenso e che, chiaramente, spetterà al giudice verificarne la meritevolezza alla luce

⁹⁹ Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. dir.*, 2012, p. 803. Nel caso di specie, il giudice di merito aderisce integralmente alle posizioni dottrinali propense a considerare pienamente validi ed efficaci fra le parti tale tipologia di accordi.

¹⁰⁰ Così, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 890, con nota di I. MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione*.

¹⁰¹ Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 94, con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

¹⁰² Si rinvia, per ulteriori recenti riferimenti, a C. BRIGNONE e I. TARDIA, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1 ss.; F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: insopprimibile forza regolatrice dell’autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1564 ss.; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negoziabilità*, in *Contratti*, 2014, p. 582 ss.; A. PERA, *Il rapporto coniugale tra status e contratto negli ordinamenti italiano e inglese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 251 ss.; M. GILIBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell’autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 476 ss.

dei principi dell'ordinamento ed in relazione alla singola e specifica situazione concreta nella quale si venga a trovare la coppia in crisi.

Ed aperture in questo senso possono oggi essere rinvenute nel d.l. 12 settembre 2014, n. 132 - convertito con l. 11 novembre 2014, n. 164 - che all'art. 6 introduce la c.d. negoziazione assistita da uno o più avvocati per la soluzione consensuale di procedimenti di separazione e divorzio attraverso la quale, con l'accordo fra le parti, si possono determinare gli effetti della separazione o del divorzio regolamentandone, sempre consensualmente, i relativi effetti economici. Attraverso la medesima procedura possono, peraltro, essere modificate le condizioni di separazione e di divorzio già assunte. Se è vero che tale strumento si applica a situazioni di crisi coniugale già in atto – e non riguarda patti stipulati in vista di una futura ed eventuale crisi – è altrettanto vero che attraverso la stessa si determina, pur con delle precauzioni¹⁰³, una negoziazione degli effetti economici derivanti dalla crisi familiare che, di fatto, svuota di contenuto giuridico le remore ad ammettere la validità di accordi prematrimoniali in vista di una crisi coniugale¹⁰⁴.

Riconoscere validità a tali patti, quindi, oltre a non comportare eccessivi pericoli strutturali ed a mostrarsi in linea con la più recente evoluzione normativa, servirebbe anche ad alleggerire quella rigidità che, in tema di assegni di mantenimento e di assegni divorzili, continua a caratterizzare la giurisprudenza nazionale permettendo una più equilibrata ripartizione fra i coniugi degli oneri economici derivanti dalla crisi familiare.

¹⁰³ La procedura di negoziazione assistita prevede un diverso regime a seconda del fatto che la coppia in crisi abbia o meno figli minori, incapaci, maggiorenni ma non autosufficienti o portatori di handicap gravi dalla situazione nella quale la coppia non abbia figli o gli stessi siano maggiorenni ed autosufficienti. Nel primo caso, infatti, l'accordo fra i coniugi deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente che ne verifica la regolarità e la rispondenza dello stesso all'interesse dei figli. In tale ultimo caso, trasmette l'accordo al Presidente del Tribunale che fissa l'udienza di comparizione delle parti dinanzi a sé. Nel secondo caso, al contrario, l'accordo viene trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente che ne verifica la mera regolarità formale. Sul ruolo di controllo svolto dai soggetti coinvolti all'interno di tale procedura, M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 283 ss.

¹⁰⁴ In questo senso, C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione ed una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive*, cit., p. 590 s.