

RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

WALTER BIGIAVI E ALBERTO TRABUCCHI
(1955-1968) (1968-1998)

COMITATO DI DIREZIONE

C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI
GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA ANTONIO GAMBARO
NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE
ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO
RODOLFO SACCO VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER
PAOLO SPADA VINCENZO VARANO

E

GUIDO CALABRESI ERIK JAYME DENIS MAZEAUD
ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RIO

www.edicolaprofessionale.com/RDC



Wolters Kluwer

CEDAM

MASSIMO PALAZZO
Notaio in Pontassieve

IL DIRITTO DELLA CRISI CONIUGALE ANTICHI DOGMI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE

SOMMARIO: 1. Nuove trasformazioni del diritto della crisi coniugale: dallo *status* al contratto. — 2. La forza condizionante dei modelli sociali nella regolazione dei rapporti familiari. — 3. Gli accordi in vista del divorzio. — 4. Il diritto vivente in ordine alla determinazione dell'assegno *post* coniugale. — 4.1. La disposizione legislativa e il diritto applicato. — 4.2. Il criterio attributivo. — 4.3. I criteri correttivi dell'importo dell'assegno divorzile. — 5. Profili critici. — 5.1. Sul piano dell'esperienza. — 5.2. Sul piano dell'evoluzione storico sociale. — 5.3. Sul piano della coerenza argomentativa. — 6. Il mancato riconoscimento delle sentenze canoniche dichiarative della nullità del vincolo. — 7. La natura ordinamentale del diritto e la famiglia ordinamento giuridico primario.

1. — La l. n. 162 del 2014, di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante « misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile », individua due nuovi strumenti alternativi di giustizia per tentare di ridurre un contenzioso che, nel settore della crisi coniugale, pare crescere con andamento logaritmico. Le nuove norme introducono, due nuove procedure « semplificate » — di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni — che si affiancano, senza sostituirle ai procedimenti giurisdizionali di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni ⁽¹⁾.

I coniugi possono separarsi o sciogliere il matrimonio senza l'intervento dello Stato, attraverso il controllo giudiziario. Si tratta dunque di una svolta importante: per la prima volta nella storia del diritto italiano, a far data dalla introduzione del divorzio, l'accordo tra i coniugi in ordine alla cessazione del vincolo è completamente svincolato dalla competenza fino ad ora esclusiva del tribunale ⁽²⁾. Lo scioglimento del matrimonio per il caso di protratta se-

⁽¹⁾ Per un primo orientamento sulla novella cfr. M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e d.*, 2015, p. 295; B. POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in *F. it.*, 2015, V, c. 34 ss.; F. DANONI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e d.*, 2014, p. 1141 ss.; M. PALAZZO, *I nuovi accordi di separazione e divorzio*, in *Giustiziacivile.com* (22 aprile 2015); G. CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *F. it.*, 2015, V, c. 44; G. FREZZA, *Degiurisdizionalizzazione, negoziazione assistita e trascrizione*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2015, p. 18 ss.

⁽²⁾ La nuova legge prevede due distinte figure, in alternativa alla via giudiziaria, di grande interesse sia sul piano pratico sia su quello teorico della ricostruzione del sistema. Il diritto potestativo di separarsi e divorziare, fino ad oggi, a necessaria attuazione giudiziale

parazione personale (art. 3, comma 1°, lett. b), l. n. 898/1970) può conseguire ad un accordo (a seguito di procedura di negoziazione assistita da avvocati o ricevuto dall'ufficiale dello stato civile) che tiene luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali (decreto di omologazione della separazione consensuale; sentenza di separazione o di divorzio; decreto nei procedimenti di revisione) e va soggetto alle stesse forme di pubblicità ⁽³⁾.

Sarebbe riduttivo valutare le nuove procedure come strumenti semplicemente deflattivi del carico di lavoro dei tribunali. Esse rappresentano infatti due strumenti stragiudiziali di prevenzione e/o composizione della lite alternativi anche alla separazione giudiziale e al divorzio contenzioso, secondo la prospettiva propria delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie (*ADR*) le quali, come è noto, muovono da una visione non avversariale del conflitto, sulla base di una concezione del diritto non come complesso di comandi che rientrano nella normale disponibilità del legislatore, attraverso la mediazione del giudice, ma come dimensione dell'esperienza, generata nelle radici della società e dunque come un insieme di regole attraverso le quali la società si auto ordina, osservandole spontaneamente e collettivamente.

La legge di riforma costituisce una prima apertura verso opzioni diverse di gestione dei conflitti, che in futuro potrà essere razionalizzata e portata ad ulteriori svolgimenti. La riforma esprime il senso di una scelta assai rilevante, a seguito del ripensamento dell'interesse pubblico nella crisi coniugale, poiché

viene trasformato in diritto potestativo sostanziale che può essere esercitato: con un accordo ricevuto dal sindaco in veste di ufficiale di stato civile, se non ci sono figli (art. 12, l. n. 162/2014) oppure attraverso il nuovo istituto della negoziazione assistita anche in presenza di figli, minori, incapaci o portatori di handicap non economicamente autosufficienti. Con lo stesso procedimento è possibile modificare le condizioni di separazione e di divorzio. Entrambi questi contratti tengono luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziari (art. 6, comma 3°; art. 12, comma 3°, l. n. 162/2014). Nel caso di accordo negoziato tra i coniugi con l'assistenza degli avvocati, (senza figli minori, incapaci o portatori di handicap o maggiorenni non autosufficienti economicamente) è previsto un « nulla osta » di mera regolarità formale del pubblico ministero (art. 6, comma 2°). Nel caso di accordo davanti al sindaco, possibile solo in assenza di figli minori, incapaci o portatori di handicap o maggiorenni non autosufficienti economicamente, è prevista semplicemente, nei soli casi di separazione o divorzio e quindi non nel caso della modifica delle condizioni, una ricomparizione, dopo trenta giorni, per la « conferma » dell'accordo (art. 12, comma 3°). Chiarimenti applicativi sull'art. 12 sono stati forniti dal Min. Interno con le circolari n. 16/2014, 19/2014 e 5/2015.

⁽³⁾ La profezia di Maine, secondo cui le società progredite si muovono dallo *status* al contratto pare essersi concretizzata, cfr. H.S. MAINE, *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1861, ris. New York 1986, p. 141, trad. it. dall'edizione del 1917 (con il titolo *Diritto antico*) di A. FERRARI, a cura di V. FERRARI, Milano 1998. All'apprezzabile « passo indietro » compiuto dallo Stato nell'ingerenza nei rapporti familiari con l'introduzione dei nuovi contratti di separazione e divorzio ha fatto seguito il d.d.l. sul c.d. divorzio breve (*rectius* separazione breve), approvato definitivamente dalla Camera il 22 aprile 2015 (legge 6 maggio 2015, n. 55). Si è in tal modo ridotta la distanza che separa il nostro ordinamento da quelli europei, anche se l'Italia resta tra i pochi paesi europei, insieme a Irlanda e Polonia, a non contemplare il divorzio immediato.

viene definitivamente superata l'idea, prevalente nella nostra tradizione, in base alla quale il matrimonio può cessare esclusivamente attraverso un provvedimento giudiziario ⁽⁴⁾ e rivaluta l'autonomia dei coniugi quale fonte e tecnica di composizione della crisi coniugale: l'ordinamento arretra il potere di determinare la sorte della disputa a favore delle scelte private di soluzione ⁽⁵⁾.

A ben vedere le nuove procedure non configurano solo il formale e generale riconoscimento di una tecnica di soluzione delle controversie relative alla crisi coniugale, alternativa al processo, né hanno effetti limitati ai profili della gestione e dell'efficacia delle procedure e del relativo risultato finale. Esse determinano piuttosto, una svolta decisiva che influenza in profondità l'ambito giuridico e culturale delle relazioni sociali e in particolare del rapporto post coniugale.

Affidare il conflitto alla volontà, allo spazio potenziale dell'accordo rappresenta, nel quadro complesso della crisi coniugale, una leva del processo di affermazione dell'autonomia nella determinazione della sorte della lite e, dunque, di crescita della consapevolezza degli operatori del contenzioso familiare, dalle parti ai loro consulenti. Appare evidente infatti che l'utilizzo di una procedura non conflittuale per la definizione della crisi coniugale non solo riduce i tempi ed i costi per i coniugi e migliora l'efficienza dei tribunali, ma, soprattutto, genera un miglioramento della qualità del regolamento del rapporto post matrimoniale, in quanto negoziato e accettato dalle parti e non imposto in via eteronoma da una decisione (etimologicamente « tagliar-via ») del giudice.

Il più tangibile dei valori della procedura di negoziazione consiste infatti nell'acquisizione della capacità di valutare il grado di componibilità della lite, al fine di individuare la soluzione più adeguata rispetto non alle pretese bensì agli interessi dei coniugi e dei figli. Ciò non realizza dunque una mera scelta fra più opzioni offerte dagli strumenti giuridici, ma richiede un'attenzione competente ed informata ai profili della relazione che è entrata in crisi. Impone di entrare nel vivo del rapporto e della sua crisi per comprenderne anche gli aspetti più sommersi, gli interessi e, soprattutto, la relativa forza vitale.

⁽⁴⁾ Viene in tal modo superato definitivamente il tradizionale orientamento, di chiara matrice statalista proprio del vecchio assolutismo giuridico, della S.C. (cfr. *ex plurimis* Cass. 1998/6031; 2006/26165; 2010/23510 e da ultimo sez. un. 2014/16379, su cui *infra* par. 6) secondo il quale « la dichiarazione di divorzio non consegue automaticamente alla constatazione della presenza di una delle cause previste dall'art. 3, l. n. 898/1970, ma presuppone in ogni caso, attesi i riflessi pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento all'istituto familiare, l'accertamento, da parte del giudice, dell'esistenza dell'essenziale condizione della completa impossibilità di mantenere o ricostituire il rapporto familiare per effetto della definitività della rottura dell'unione spirituale e materiale tra i coniugi ». Non può dunque sfuggire il valore sistematico della novella legislativa, che esalta l'accordo delle parti dal quale scaturisce un rinnovato ordine nei loro successivi rapporti.

⁽⁵⁾ Per un'attenta analisi sul senso complessivo degli strumenti di soluzione alternativa delle controversie nell'ampia letteratura sul tema si veda almeno (a cura di) C. Besso, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2010; V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano 2007. Come è stato notato l'esperienza giuridica italiana tuttavia è ancora fortemente condizionata da un approccio avversariale e dal modello imperante della *iurisdiction*, cfr. G. Conte, *The italian way of mediation*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 163 ss.

Questa parrebbe la principale ricchezza dei nuovi strumenti appena introdotti: essi sviluppano un approccio, da parte di tutti gli operatori coinvolti, prima di tutto da parte dei soggetti in conflitto, ma poi evidentemente dei professionisti del diritto, che produce consapevolezza e autonomia nella soluzione dei problemi. Un metodo virtuoso che, anziché spezzare le ultime potenzialità vitali della relazione, le individua, le conosce, le protegge e le cura ⁽⁶⁾. Dunque si tratta di strumenti che favoriscono lo sviluppo dell'autonomia, intesa nel senso della libera determinazione e del libero governo degli interessi delle persone. Merita quindi di essere sottolineata l'importanza di un processo di evoluzione delle relazioni familiari che si alimenta del fondamentale principio di libertà in tutti i suoi ambiti e nella completezza della sua portata.

I nuovi contratti di separazione e divorzio ribadiscono, infatti, la sostanziale rilevanza dell'autonomia privata ⁽⁷⁾ come strumento di regolazione non solo della vita in comune (art. 144 c.c.) ma anche degli effetti della crisi, segnando una ulteriore tappa del processo di privatizzazione e contrattualizzazione delle relazioni familiari che la giurisprudenza teorica e pratica ha più volte rilevato ⁽⁸⁾. Ma soprattutto esprimono una chiara linea di politica legislativa volta a contrastare (e tendenzialmente superare) la storica pretesa dello Stato di assorbire la materia della crisi familiare tra le altre sulle quali esercitare sovranità e giurisdizione ⁽⁹⁾, in coerenza con il solenne principio di autolimitazione posto nell'ordinamento costituzionale italiano dall'art. 29 Cost., attraverso

⁽⁶⁾ Cfr. G. COSÌ, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano 2007; eventualmente M. PALAZZO, *Le progressive aperture della suprema corte al principio di autoresponsabilità nella configurazione dell'assegno post matrimoniale* in *Rass. d. civ.*, 2013, p. 423, spec. p. 460.

⁽⁷⁾ Per un aggiornato panorama del dibattito in tema di autonomia privata cfr. E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'Autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 43 (2014), t. 1, p. 589 ss. Nel settore dei rapporti familiari cfr. E. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano 2013, p. 77 ss.

⁽⁸⁾ Il processo di privatizzazione dell'istituto matrimoniale è stato avviato dalla introduzione del divorzio, come ha notato L. MENGONI, *Nuovi orientamenti sul matrimonio civile*, in *Jus*, 1980, (p. 106 ss.), p. 110. Descrive bene la traiettoria della privatizzazione del diritto di famiglia P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. Zatti*, I, 1, Milano 2011, p. 3 ss., spec. p. 22. Per analoghe considerazioni cfr. P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche* in *Familia*, 2002, p. 1; A. ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il nuovo diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *R. crit. d. priv.*, 2001, p. 338; T. AULETTA, *Famiglie ricomposte e obbligo di mantenimento*, in *Familia*, 2007, p. 3; E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna 1981, p. 53 ss., con un brillante tratteggio della storia dei rapporti tra Stato e famiglia alle p. 262 ss. Un interessante tracciato storico in A. MORACE PINELLI, *La crisi coniugale tra separazione e divorzio*, Milano 2001, p. 4 ss.; C. SALVI, *Natura e storia della evoluzione del diritto di famiglia in Italia (1942/2008)*, in *Diritto privato, studi in onore di Antonio Palazzo*, vol. 2, a cura di A. Garilli e A. Sassi, Torino 2009, p. 813.

⁽⁹⁾ P. GROSSI, *Un diritto senza Stato, (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni Fiorentini*, 25 (1996), p. 267 ss.

il riferimento alla famiglia come « società naturale », che segna un limite alla stessa potestà normativa dello Stato e, a maggior ragione, alla potestà giurisdizionale affidata al giudice. Da nessun punto di vista la Costituzione consente una forzatura sulle strutture che la famiglia ed i suoi componenti ricevono dal costume e dal sentire sociale sugli intenti e modalità di vita che in ogni nucleo familiare (e *a fortiori* dopo la definitiva cessazione del rapporto coniugale) si realizzano per autonoma decisione dei singoli individui ⁽¹⁰⁾.

Se dal piano costituzionale e delle norme ordinarie ci spostiamo a quello del diritto applicato, la questione dei confini della giurisdizione dello Stato appare più concreta e complessa.

Mentre sul piano costituzionale la famiglia gode di uno « statuto di autonomia » rispetto allo Stato, la prassi giudiziaria quotidianamente evidenzia un intervento del giudice nella crisi coniugale quanto mai penetrante con provvedimenti di eteroregolamentazione, anche nel dettaglio, dei rapporti interpersonali con funzione sostanzialmente sostitutiva e vicaria. Questo fenomeno è certamente in parte riconducibile alla stasi del diritto processuale — ancora legato alla virata pubblicistica del codice di procedura civile del 1942 e ad una visione fondata sulla totale fiducia nel giudice e una corrispondente sfiducia nelle parti e nei loro difensori — ma non è privo di significato che due delle principali riforme degli anni recenti (l. nn. 54/2006 e 162/2014) sono state realizzate in controtendenza rispetto alla tradizionale prospettiva giurisprudenziale volta ad affermare rispettivamente la primazia dell'affidamento esclusivo su quello condiviso ⁽¹¹⁾ e la nullità virtuale degli accordi in vista del divorzio ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Il criterio di *self restraint* giurisdizionale, che costituisce la *ratio* profonda del diritto costituzionale della famiglia, appare compiutamente declinato nelle forme dei nuovi accordi di separazione e divorzio introdotti dalla l. n. 162/2014, che dunque rappresentano un consapevole ritorno alla natura autentica della comunità familiare. Cfr. P. ZATTI, *Famiglia, familiae, declinazione di un'idea*, in *Familia*, 2002, p. 17.

Non interessa in questa sede analizzare le regole procedurali previste dalla nuova normativa. Preme piuttosto osservare che gli artt. 6 e 12 della l. n. 162/2014 riconoscono in modo incontrovertibile che lo stato di coniuge nonché i reciproci rapporti economici tra separati e divorziati costituiscono situazioni pienamente disponibili da parte degli ex coniugi. Sulla base del principio ispiratore della riforma (la degiurisdizionalizzazione) viene stabilita la piena equipollenza tra gli accordi dei coniugi davanti al sindaco o attraverso la negoziazione assistita e il provvedimento del giudice. Gli accordi raggiunti producono infatti gli effetti e tengono luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono i relativi procedimenti. Tuttavia è noto che i tempi, i costi e la durata delle procedure giudiziarie di separazione e divorzio, nell'esperienza contemporanea, non rappresentano le sole criticità della complessa materia. Occorre infatti fare i conti con un « diritto vivente » di creazione giurisprudenziale di massimo favore per il richiedente dell'assegno di divorzio e ciò rappresenta un obiettivo ostacolo a una sistemazione negoziale degli assetti post coniugali.

⁽¹¹⁾ La riforma del 2006 nasce infatti proprio per rimediare all'immobilismo giudiziario come nota M. SESTA nella *Presentazione* del volume di A. ARCERI, *L'affidamento condiviso*, V, Milano 2007.

⁽¹²⁾ Cfr. V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e d.*, 2012,

Nell'attuale sistema del diritto di famiglia, il ruolo del giudice rispetto ai conflitti familiari in costanza di matrimonio è ristretto nei confini dell'arbitraggio (art. 145 c.c.), mentre appare esteso fino ad un sostanziale potere di stabilire le condizioni di separazione e divorzio in caso di conflitto in occasione della crisi, sulla base di elementi discrezionalmente se non arbitrariamente interpretabili: non essendo « *evidentemente possibile determinare l'esatto ammontare della somma di danaro necessaria per far conservare al coniuge svantaggiato dal divorzio il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio* » al giudice di merito è affidata una « *stima* » basata su « *elementi di comune conoscenza e per buona parte anche a una valutazione discrezionale ed equitativa* »⁽¹³⁾.

Con la forza di un'evidenza non sempre adeguatamente argomentata il diritto applicato degli ultimi decenni ha creato principi giurisprudenziali caratterizzati dalla super protezione degli interessi dell'ex coniuge c.d. economicamente più debole, che in realtà spesso travalicano la concreta esigenza di protezione di diritti fondamentali. I nuovi contratti di separazione e divorzio rappresentano dunque l'occasione per un ripensamento del problema dei limiti del controllo giudiziario, delle tecniche di tutela nel caso di accordi contrari a norme imperative o squilibrati, dei limiti alla discrezionalità del giudice nel costruire o modificare in via eteronoma la disciplina dei rapporti tra ex coniugi divorziati. Si tratta evidentemente di un tema della massima complessità poiché in questa materia le scelte dell'interprete sono profondamente condizionate dalle convinzioni culturali e ideologiche di ciascuno. Tuttavia la tacita avocazione allo Stato, attraverso il giudice, di scelte relevantissime attorno ai fini e ai modi della vita quotidiana delle persone, e quindi della loro libertà, non è vicenda di scarso rilievo.

Per comprendere, cioè, nel suo significato etimologico, afferrare, fare proprie le potenzialità della legge di riforma, di fronte alle persistenti insoddisfazioni per talune soluzioni sin qui adottate dai giudici in materia di conseguenze della crisi familiare⁽¹⁴⁾, documentate dall'elevato numero di sentenze

p. 1 ss., il quale spiega l'interventismo giudiziario in materia di divorzio in chiave di temporeggiamento su visioni retrospettive poiché le nuove prospettive del diritto di famiglia non sono ancora pienamente comprese e anche perché « la generazione precedente che governa, formatasi su una antecedente *Weltanschauung* è ontologicamente restia a riconoscere le metamorfosi intervenute ». Non pare infatti estranea alla prassi giudiziaria una visione ancora molto legata alla indissolubilità del matrimonio che induce il giudice a stabilire regole eteronome funzionali al « prolungamento » degli effetti del matrimonio ormai estinto.

(13) Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2013, n. 23442.

(14) In dottrina v., per tutti, G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Comm. Schlesinger*, 3^a ed., Milano 2010, p. 572 ss., con ampie citazioni. Lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura a più riprese ha promosso incontri per dipanare le numerose questioni interpretative tuttora controverse, da ultimo l'incontro di studio « vecchie e nuove questioni relative alla crisi familiare: mantenimento, casa familiare, tutela delle convivenze di fatto », Roma 5/7 marzo 2012. Con l'accuratezza propria di chi vive professionalmente gli aspetti critici del-

di cassazione annualmente pronunciate, non pare quindi superfluo tornare ad interrogarsi circa il senso complessivo di alcuni orientamenti giurisprudenziali sorti negli anni Ottanta e Novanta del Novecento e poi consolidatisi come giurisprudenza-normativa, fonte del diritto vivente ⁽¹⁵⁾, che poco concedono alla mutata realtà sociale.

Quasi inutile appare invece sottolineare come particolarmente complessa e ricca di sfaccettature sia la materia degli assetti post coniugali, essendo questo il momento in cui le libertà di ciascuno dei coniugi entrano in conflitto con quelle dell'altro e i diritti che l'uno reclama rappresentano, corrispondentemente, obbligazioni per l'altro. In questa dialettica libertà-responsabilità emergono, accanto agli interessi dei due *ex* coniugi altri interessi di primaria importanza: quelli dei figli, di un eventuale nuovo coniuge o convivente del debitore, dei figli nati dalla seconda unione ⁽¹⁶⁾. Si tratta di delicati problemi che richiedono soluzioni adeguate sul piano giuridico e idonee a bilanciare tra loro la varia e molteplice pluralità degli interessi in gioco.

Tralasciando l'ipotesi di affrontare in questa sede un'indagine sistematica, che implicherebbe la organica riproposizione di temi assai complessi, si vorrebbe, più modestamente, riflettere sui principi di fondo che negli anni più recenti hanno rappresentato il sostrato degli interventi giurisprudenziali in tre distinte fattispecie: l'attribuzione e quantificazione dell'assegno di divorzio, gli accordi in vista della crisi e il mancato riconoscimento dell'efficacia delle sentenze canoniche di nullità.

Questi consolidati filoni giurisprudenziali parrebbero infatti, in modo convergente e coordinato, aver dato luogo a un sistema di regole di diritto pretorio che garantiscano, comunque, all'*ex* coniuge economicamente più debole una adeguata compartecipazione, tendenzialmente vitalizia, alle risorse economiche dell'altro. Risulta infatti abbastanza evidente che, in vista del perseguimento di siffatta istanza perequativa e redistributiva del reddito del coniuge economicamente più forte, i tre filoni sopra richiamati realizzano un così inti-

la giurisdizione di « prima linea », un attento magistrato della prima sezione del Tribunale di Roma, in occasione dell'audizione avanti alla Commissione Giustizia della Camera 24 aprile 2014, ha messo in evidenza non solo le incongruenze del processo di famiglia attuale, che prolunga la causa in tempi inaccettabili e alimenta il conflitto, ma altresì la iniquità delle regole di diritto sostanziale (di creazione giurisprudenziale) che « per molti versi appaiono superate dalla coscienza sociale e idonee a creare il conflitto piuttosto che ridurlo ». Cfr. R. ROSETTI, *Le nuove prospettive del diritto di famiglia*, in *La Magistratura*, organo dell'Associazione Nazionale Magistrati, n. 3-4 luglio-dicembre 2014, consultabile on line in www.associazionemagistrati.it.

⁽¹⁵⁾ Così qualifica la stessa Cassazione le proprie decisioni che creano principi di diritto, cfr. Cass. 11 maggio 2009, n. 1741, in *R. d. fam.*, 2009, p. 1159; Cass. 2 ottobre 2012, n. 16754, in *R. d. fam.*, 2013, p. 79 ss.

⁽¹⁶⁾ P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2002, p. 1; A. ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il nuovo diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *R. crit. d. priv.*, 2001, p. 338; T. AULETTA, *Famiglie ricomposte e obbligo di mantenimento*, in *Famiglia*, 2007, p. 3; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. Zatti*, I, 1, Milano 2011, p. 3 ss.

mo intreccio che li rende tra loro interdipendenti: la nullità degli accordi preventivi o l'impossibilità di delibare una sentenza canonica di nullità, dopo tre anni di convivenza, costringono i coniugi che intendono sciogliere il matrimonio ad affrontare prima la procedura di separazione e poi quella di divorzio in modo che l'assegno verrà determinato dal giudice per realizzare l'obiettivo individuato dal pensiero giurisprudenziale di mantenere al coniuge creditore dell'assegno un tenore di vita analogo al precedente. L'assegno di divorzio (unitamente alle altre provvidenze patrimoniali scaturenti dal divorzio: assegnazione della casa, assegno perequativo per i figli), nei termini in cui attualmente è interpretato e applicato da una univoca giurisprudenza, parrebbe dunque riposare sull'idea di una specie di rapporto *post* coniugale che prosegue oltre il divorzio, quasi sostitutivo del matrimonio, che l'ordinamento giuridico mantiene, anche se libera i coniugi del vincolo nei suoi aspetti essenziali ⁽¹⁷⁾.

Emerge quindi il dubbio che, sotto un'appariscente tappa di progresso (tutela dell'*ex* coniuge debole ⁽¹⁸⁾) il diritto vivente di matrice giurisprudenziale abbia approntato uno straordinario strumento di conservazione del matrimonio indissolubile, quanto meno sul piano degli effetti economici, in cui credevano, per ragioni storiche e dogmatiche, la società e il diritto di una stagione trascorsa, ma che appare oggi in stridente contrasto con la realtà sociale, che non conosce più lo stereotipo di famiglia che aveva in mente il legislatore degli anni Settanta (una famiglia mono reddito e asimmetrica quanto alla ripartizione dei ruoli di genere ⁽¹⁹⁾) e soprattutto non riconosce al matri-

⁽¹⁷⁾ È evidente l'influenza esercitata dalla concezione dell'assegno di divorzio come prolungamento della pregressa unione che sotto questo aspetto ha efficacia e, dunque rilevanza ultrattiva, espressa già da A. TRABUCCHI, all'indomani della rimozione del principio di indissolubilità del matrimonio, in *Matrimonio e divorzio*, in questa *Rivista*, 1971, p. 1.

⁽¹⁸⁾ Come osserva E. QUADRI, *La crisi familiare e le sue conseguenze* « al di là di ogni ragionevole dubbio da identificare nella moglie, in dipendenza dei persistenti (...) condizionamenti di carattere economico-sociale » in *Rass. d. civ.*, 2013, p. 132.

⁽¹⁹⁾ Anche chi segue un'opzione interpretativa volta ad una ricostruzione del matrimonio in prospettiva neo istituzionale, non in senso organicistico ma personalistica e solidale, e quindi definisce il matrimonio « una istituzione radicata entro un diritto privato di interessi indisponibili » reputa che il diritto vivente di matrice giurisprudenziale sia da ripensare. « La disciplina dell'assegno post coniugale manifesta un eccesso di tutela che esige di essere contenuto entro limiti di presupposto e di tempo coerenti con la natura estintiva del vincolo propria del divorzio », cfr. A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo istituzionale del matrimonio*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1025; *Id.*, *Il matrimonio civile, una teoria neo istituzionale*, Milano 2013, p. 196. Parimenti chi sostiene una solidarietà « forte », condividendo il criterio giudiziario di massima tutela del coniuge c.d. economicamente più debole, reputa che vi siano eccessi di tutela nel caso di matrimoni di breve durata e un'ingiustificata compressione del diritto del debitore a formare una nuova famiglia cfr. 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. e d.*, 2014, p. 699 ss.; *Id.*, *Il diritto a formare una seconda famiglia tra doveri di solidarietà post coniugale e principio di autoreponsabilità* in *Fam. e d.*, 2014, p. 1043 ss.

monio la funzione di assicurare all'ex coniuge una sistemazione economica definitiva.

Occorrerebbe viceversa prendere atto della metamorfosi profonda dovuta al superamento nei paradigmi culturali e sociali della precedente concezione della famiglia c.d. *breadwinner family model* ⁽²⁰⁾ per riconoscere la nuova concezione della famiglia che ruota intorno ai singoli più che alla coppia ⁽²¹⁾.

2. — Inserire il punto nella linea: è il suggerimento dello storico del diritto ⁽²²⁾ che può essere accolto fruttuosamente anche dal giurista di diritto positivo, nel tentativo di presagire il percorso futuro di quella linea.

Il modello della tradizione romanistica, che la Chiesa cattolica aveva riconosciuto fino al Concilio di Trento, individuava la rilevanza della famiglia nella continuità di un rapporto di convivenza destinato a trovare nella cura reciproca tra i suoi membri la garanzia della propria stabilità, indipendentemente da un atto formale. Nei secoli successivi la famiglia trova invece il suo momento costitutivo nel matrimonio-atto, inteso come impegno volitivo sanzionato da un riconoscimento pubblico. Prevalse cioè il modello del « *political marriage* », che vedeva nel matrimonio un'istituzione troppo importante per essere lasciata alla libera scelta dei due coniugi. Tra la fine del XVIII e l'inizio del XX secolo si assiste tuttavia a una graduale scomparsa del vecchio sistema patriarcale di matrimoni combinati e alla progressiva affermazione del matrimonio quale libera e volontaria scelta dei coniugi basata sull'amore (la c.d. « *love revolution* ») e sulla reciproca perdurante disponibilità al rapporto.

Anche in questo nuovo contesto, tuttavia, continuava a permanere l'idea che, all'interno del matrimonio, alla donna spettasse un ruolo diverso da quello del marito. Per lungo tempo la famiglia si è quindi basata su un assetto patriarcale e gerarchico, che attribuiva al marito una posizione di superiorità

⁽²⁰⁾ Si tratta del modello che attribuisce all'uomo il compito di provvedere ai bisogni economici della famiglia e alla donna il ruolo di casalinga a tempo pieno (*male breadwinner/full-time housewife model*). Cfr. R. RUBIO MARIN, *The Constitutional Disestablishment of the Gender Order: Towards a New Millenium Constitutionalism?* (contributo in corso di pubblicazione consultato per cortesia dell'Autrice). In effetti sebbene in linea teorica la regola del tenore di vita posso avvantaggiare entrambi i coniugi, nella quasi totalità dei casi sono le mogli a beneficiare dell'assegno. L'abbandono di questo modello, basato su una netta distinzione di ruoli in base al genere, nei comportamenti sociali è ben descritto da S. COONTZ in *Marriage, A history: from obedience to intimacy, or how love conquered marriage*, New York 2005.

⁽²¹⁾ Cfr. V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 1 ss. Realtà sociale e fenomeno giuridico si muovono spesso secondo velocità diverse, come da tempo messo in evidenza: non sempre il formante giudiziario è allineato ai modi e ai tempi che la società vive, tuttavia quando la realtà sociologica si presenta in contraddizione con il diritto applicato è lecito revocarne il dubbio la sua legittimazione sociale, cfr. A. ZOPPINI, *Tentativo di inventario per il nuovo diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *R. crit. d. priv.*, 2001, p. 338.

⁽²²⁾ Cfr. P. GROSSI, *Il punto e la linea*, in *Società diritto e Stato*, Milano 2006, p. 3 ss.

della moglie. La donna, relegata a svolgere compiti di casalinga e « angelo del focolare », ha subito varie forme di discriminazione, soprattutto nel campo del lavoro e delle cariche pubbliche. In Italia è assai emblematico che il diritto di voto alle donne nelle elezioni politiche e amministrative sia stato concesso soltanto nel 1946 e il divorzio introdotto con ritardo nel 1970.

Negli oltre centocinquanta anni che ci separano dalla unificazione politica e legislativa del Paese (1861) la famiglia ha subito radicali trasformazioni. A far data dall'introduzione del divorzio (1970), che ha segnato l'introduzione di una nuova stagione nella cultura giuridica italiana, si è progressivamente accresciuta la concezione privatistica dei rapporti familiari.

Nel segmento attuale della linea storica l'esperienza familiare tende a declinarsi al plurale ⁽²³⁾, le famiglie, e il divorzio è sentito come un « affare privato » giacché in questa direzione volge il sistema ed in quella altresì della piena disponibilità delle situazioni e dei diritti derivanti dal matrimonio ⁽²⁴⁾. Con i nuovi contratti di separazione e divorzio di questo processo di privatizzazione si è compiuta una tappa ulteriore.

Sono trascorsi circa cento anni da quando, nel 1914, Antonio Cicu pubblicava, vigente il codice civile Pisanelli del 1865, la sua limpida « teoria generale » del diritto di famiglia ⁽²⁵⁾. Il Maestro tracciava una concezione dell'istituto della famiglia, specularmente alla realtà sociale di quella fase storica, come struttura giuridica organica a carattere pubblicistico, fondata sul primato dell'interesse familiare su quello individuale, con evidenti suggestioni del neo hegelismo che influenza la cultura italiana tra la fine del XIX secolo e gli inizi del XX.

La vicenda storica che copre il secolo che ci separa dal 1914 si snoda attraverso alcuni passaggi significativi ma tutti dominati da due fondamentali valori ordinanti: la privatizzazione del rapporto di coppia e la primazia dell'interesse dei figli, tutti parificati nel trattamento.

Nel corso della post modernità novecentesca sono intervenuti macroscopici mutamenti nel contesto sociale ed economico, nei valori, nelle ideologie, nell'etica, nel costume, nella concezione della famiglia e dei rapporti familiari. Valori con i quali l'interprete non può certo omettere di misurarsi a causa della palese valenza sociale e culturale del diritto di famiglia cioè di regole che incidono su elementi strutturali profondi di una società in un certo contesto storico e che la coscienza sociale avverte istintivamente come regole inerenti la sfera più intima delle persone. Merita quindi, seppur in estrema sinte-

⁽²³⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in questa *Rivista*, 2002, p. 520; F.D. BUSNELLI-M.C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in questa *Rivista*, 2013, p. 767; tra le più lucide analisi storico-positivo, sulla traccia della magistrale lezione di Pugliatti, cfr. V. SCALISI, « *Famiglia* » e « *Famiglie* » in *Europa*, in questa *Rivista*, 2013, p. 23.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. RESCIGNO, *La riforma del divorzio*, Napoli 1988, p. 309, ora in *Matrimonio e famiglia*, Torino 2000, p. 205.

⁽²⁵⁾ A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, (1914), Rist. Bologna, Forni, 1978, con ampia lettura introduttiva di M. Sesta.

si, ripercorrere alcuni punti fondamentali della linea storica ⁽²⁶⁾, a cominciare dalla rilettura delle pagine di Santoro-Passarelli intitolate « L'autonomia privata nel diritto di famiglia » ⁽²⁷⁾ che, all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, ferma il senso della collocazione degli atti familiari nella categoria del negozio giuridico di diritto privato.

L'introduzione del divorzio, nel 1970, che ha resistito, circa quaranta anni or sono, al *referendum* abrogativo del 12 e 13 maggio 1974, e la sua diffusione nella società ha rappresentato un mutamento epocale nella nostra cultura giuridica: nel 2011 in Italia separati e divorziati erano tremilioniduecentomila. La stessa Chiesa Cattolica ha dovuto prendere atto e fare i conti con questa realtà sociale.

Promossa da numerosi interventi della Corte costituzionale è intervenuta la riforma del 1975, ben ventisette anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, 1 gennaio 1948, con l'affermazione anche a livello di legge primaria del principio di eguaglianza tra i coniugi, ponendo a fondamento del matrimonio il reciproco loro perdurante consenso (art. 144 c.c.). La l. n. 54 del 2006, così detta dell'affidamento condiviso, fissa il principio del diritto-dovere alla bigenitorialità. La legge sulla parificazione di tutti i figli (l. n. 212/2012) ed il successivo decreto attuativo n. 153/2013 rappresentano una riforma profonda e comparabile alla generale riscrittura del libro primo del codice avvenuta nel 1975, allorché — sotto la spinta delle modificazioni sociali e del costume intervenute, della dottrina e della Corte Costituzionale — il legislatore procedette alla integrale rifondazione del diritto di famiglia in attuazione dei precetti costituzionali. In seguito infatti alla riforma del 2012/2013 risulta radicalmente modificata la nozione di famiglia legale che, ora, non appare necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici di parentela tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso. Sembra quindi evidente la tendenza sempre più marcata al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*, cioè quale elemento fondativo della famiglia intesa come struttura giuridica. L'affermazione della procreazione come presupposto esclusivo e sufficiente del rapporto giuridico di parentela (cfr. artt. 74, 258, 315 c.c. *post* riforma) consegna definitivamente alla archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva scrivere come piana constatazione dell'esistente, osservando che lo stato di figlio naturale « non si collega ad una stato di famiglia poiché manca il matrimonio unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia » ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Un articolato panorama è tracciato da V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in questa *Rivista*, 2013, p. 1043 ss. (parte I) e p. 1287 ss. (parte II).

⁽²⁷⁾ In *D. e giur.*, 1945, p. 3, ora in *Saggi di diritto civile*, 1, Napoli, 1961, p. 361. Il tema è ripreso da A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in questa *Rivista*, 2001, p. 213 ss.

⁽²⁸⁾ A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassali*, II rist. della 2^a ed., Torino 1958, p. 139.

Oggi, al contrario, esiste una entità familiare — fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori — pur in difetto di un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori e, sicuramente, pur in difetto del matrimonio che un tempo era ritenuto l'architrave della struttura familiare. Non è questa una novità normativa inattesa ma il portato di un processo che si è sviluppato, sospinto dal mutare del sentimento sociale e del costume, attraverso gli interventi legislativi sopra ricordati, l'opera della scienza giuridica e della giurisprudenza pratica.

È doveroso prendere atto dell'accentuazione del processo di privatizzazione e pluralizzazione dei modelli familiari secondo una traiettoria indirizzata verso un regime di « atipicità » da molte parti segnalato e sintetizzato nella evocativa formula dell'arcipelago familiare⁽²⁹⁾. La Carta di Nizza del resto fornisce un quadro esemplare di disarticolazione della famiglia che perde la dimensione aggregante della solidarietà per diventare un semplice profilo della privacy di ciascun individuo⁽³⁰⁾.

Queste tappe legislative, sinteticamente tratteggiate, riflettono chiaramente una vicenda sociale segnata dal passaggio da un rapporto coniugale di tipo autoritario, coerente con una società tendenzialmente comunitaria (*Gemeinschaft*) ad uno fondato sull'eguaglianza e sull'accordo, coerente con una comunità contrattualistica (*Gesellschaft*) tipica delle moderne società post industriali; dalla indissolubilità alla dissolubilità del matrimonio con un semplice atto amministrativo (art. 12 L. 162/2014); dalla discriminazione dei figli alla loro parificazione; dal disfavore verso le convivenze *more uxorio* alla tutela delle convivenze tra persone di sesso diverso o anche dello stesso sesso sulle quali si sono pronunciate recentemente tre Corti⁽³¹⁾.

La riflessione storico giuridica dimostra in pieno che famiglia, matrimonio, divorzio, convivenze sono essi stessi elementi storici, cioè soggetti al mutamento. In altre parole non rappresentano istituti determinati una volta per tutte ma categorie intimamente storiche che vanno interpretate secondo le trasformazioni del quadro normativo e, soprattutto, secondo l'evoluzione della società e del costume.

La constatazione, largamente diffusa, che oggi la famiglia ha assunto una formulazione completamente diversa rispetto a quella tradizionale, tanto da potersi forse più congruamente parlare di famiglie per indicare, con l'uso del plurale, le molteplici espressioni nelle quali la comunità familiare può presentarsi, suggerisce l'esigenza di un ripensamento di alcune regole di diritto pre-

⁽²⁹⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in questa *Rivista*, 2002, p. 520.

⁽³⁰⁾ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e l'attesa della « povera gente » oggi*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 101 ss.

⁽³¹⁾ CEDU 24 giugno 2010; C. cost. 138/2010; Cass. 4184/2012; cfr. P. RESCIGNO, *Il matrimonio Same sex al giudizio di tre Corti*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 861.

torio sorte in un diverso contesto normativo e storico sociale. In altri termini non si tratta di ripensare la famiglia nel nuovo diritto quanto piuttosto di ripensare il diritto della nuova famiglia ⁽³²⁾, nella consapevolezza che la dimensione giuridica, in una visione serena e obbiettiva, risulta connaturale alla nostra quotidianità sociale e appartiene alla normalità di questa.

3. — Il tema degli accordi patrimoniali in vista del divorzio ha rappresentato in Italia uno dei più significativi luoghi di emersione della tendenza alla contrattualizzazione delle relazioni familiari, ampiamente rilevata dalla dottrina ⁽³³⁾. Il tema è all'evidenza strettamente connesso con l'assegno di divorzio per la ovvia ragione che la nullità dell'accordo implica necessariamente la determinazione dell'assegno in sede giudiziale secondo i criteri che saranno *infra* (par. 4) richiamati.

A fronte di un quadro normativo nazionale assai deficitario in quanto, come è noto, non prevede una disciplina specifica di queste forme contrattuali, si è affermato infatti, un orientamento giurisprudenziale, punta estrema della vecchia concezione pubblicistica dei rapporti familiari, che appare rigorosamente contrario a riconoscere validità ai contratti in vista della cessazione del rapporto coniugale ⁽³⁴⁾.

Il più che trentennale tradizionale indirizzo della Cassazione, contrario alla validità degli accordi in vista del divorzio, avviato nei primi anni Ottanta nel secolo scorso, prosegue nel corso degli anni Novanta ⁽³⁵⁾ e continua con altre pronunzie conformi, consolidandosi progressivamente, fino ai nostri giorni ⁽³⁶⁾. Due i principali argomenti tradizionalmente utilizzati dai giudici di legittimità per negare la validità dei *prenuptial o post nuptial agreements*: la illiceità della causa (artt. 1343 e 1418, comma 2°, c.c.) per contrasto con il

⁽³²⁾ Cfr. V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 1 ss.

⁽³³⁾ Tra i molti contributi si veda almeno L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna 2001, 2ª ed., p. 117; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, t. I, Milano 1999; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 69 ss.; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in questa *Rivista*, 1998, p. 113; G. ALPA-E. BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Tratt. Zatti*, I, 2, *Separazione e divorzio*, Milano 2002, p. 912 ss.; D.G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli 2005; G. CECCHERINI-L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova 2013, p. 345 ss.

⁽³⁴⁾ Almeno a far data da Cass. civ., sez. I, 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giust. civ.*, I, 1982, p. 724, con la quale si sono cominciati a enucleare profili specifici di invalidità degli accordi in oggetto, tali da scongiurarne l'adozione.

⁽³⁵⁾ Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863.

⁽³⁶⁾ Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084, in *D&G*, 2012. Una panoramica aggiornata di diritto comparato in A. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, p. 451; E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 94 ss.

principio di ordine pubblico della indisponibilità dello *status* e la interferenza con il diritto di difesa in giudizio (art. 24 Cost.).

Non di rado la tesi della nullità viene corroborata dal richiamo all'art. 160 c.c., che sancisce la inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio. Ancorché sia agevole osservare che sia dalla collocazione della norma, posta dal legislatore nel capo relativo al regime patrimoniale della famiglia ed in particolare riferita alla convenzioni matrimoniali, sia da una lettura sistematica risulta evidente che la stessa possa applicarsi esclusivamente al regime primario inderogabile che regola la fase della convivenza, come oggi opportunamente interpretato dalla stessa Cassazione⁽³⁷⁾. La giurisprudenza più recente ha peraltro chiarito che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico: più specificamente il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole e pertanto, mentre resta lecita la derogabilità « verso l'alto », la nuova azione di nullità (relativa e di protezione) sarebbe proponibile soltanto da questo⁽³⁸⁾. Il diritto pretorio ha creato un divieto preterlegale, presidiato con la tecnica della nullità virtuale, di stipulare accordi che non garantiscano al coniuge c.d. economicamente più debole il tenore di vita pregresso. In tal modo questo filone si salda evidentemente con la giurisprudenza in tema di assegno di divorzio.

Non è questa la sede per affrontare un'analisi compiuta delle argomentazioni poste dai giudici a sostegno della tesi della nullità delle intese preventive. Rinviando ai contributi specifici sul tema⁽³⁹⁾, può essere sufficiente ai fini del nostro discorso richiamare l'argomento comparatistico, del resto rilevato alla medesima pronuncia sopra citata quando sottolinea che questo tipo di contratti sono molto frequenti in vari Paesi sia anglosassoni sia dell'Europa continentale come Germania, Austria, Svizzera, Francia e Spagna (che, si noti per inciso, hanno regole non molto dissimili dalle nostre, con particolare riguardo al principio della libertà contrattuale) dove svolgono « una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili »⁽⁴⁰⁾. In aggiun-

⁽³⁷⁾ Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e d.*, 4, 2013, p. 321 ss.

⁽³⁸⁾ Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, p. 245, con nota di G. FERRANDO. In questa prospettiva il divieto di regolazione preventiva dei rapporti patrimoniali tra coniugi dopo il divorzio rappresenta una sorta di baluardo protettivo di un ordine pubblico della famiglia che i radicali mutamenti sociali intervenuti dal 1942 ad oggi più non giustificano, neppure sotto l'aspetto di una nullità di protezione nei confronti del coniuge economicamente più debole, poiché si crea in tal modo una sorta di discriminazione « al contrario » basata sul fatto che andrebbero soggetti a limitazione dell'autonomia privata solo coloro che sono uniti in matrimonio rispetto a tutti gli altri contraenti. Proprio questo profilo ha indotto la corte costituzionale nel 1973 ad abrogare il divieto di donazione tra coniugi (art. 781 c.c.).

⁽³⁹⁾ Per un aggiornato stato della questione cfr. I. MARCELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Rass. d. civ.*, 2014, p. 893 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084, cit.

ta all'argomento comparatistico, la riflessione scientifica più consapevole ha argomentato nel senso che il diritto al divorzio costituisce una facoltà insopprimibile della parte, attuabile anche in caso di opposizione dell'altro coniuge. Non si comprende quindi in che modo lo *status* ne potrebbe risentire nel caso che i coniugi predeterminino consensualmente le condizioni del divorzio ⁽⁴¹⁾. Nel medesimo ordine di idee si è argomentato per affermare che nessuna compressione del diritto di difesa deriverebbe dall'aver concluso un accordo di natura economica su diritti disponibili in vista del giudizio di divorzio ⁽⁴²⁾.

Appare insomma evidente che l'effettiva *ratio decidendi* dell'orientamento contrario alla validità degli accordi in oggetto ruota intorno all'interesse del beneficiario del credito costituito dall'assegno di mantenimento e di divorzio che, tuttavia, ad avviso della giurisprudenza, ha natura peregrativa e partecipativa, con la finalità di garantire non già diritti fondamentali ma un tenore di vita più agiato. Interesse ritenuto dalla S.C. di tale importanza da esigere una disponibilità controllata, che deve esplicarsi necessariamente in ambito processuale ⁽⁴³⁾, quasi che i coniugi siano soggetti non pienamente capaci, tanto che si renda necessario l'intervento dello Stato attraverso il giudice/tutore ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Come del resto già testualmente riconosciuto da Cass. civ., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6664, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 819, con nota di Finocchiaro. Da tempo si è osservato del resto da parte della dottrina più consapevole che lo *status* è mero concetto nominalistico per accoppiare in una parola sola la costellazione di diritti e obblighi riferibili a un soggetto. Cfr. F. VASSALLI, *Lezioni di diritto matrimoniale*, I, Padova 1932, p. 35; S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano 1943, p. 263.

⁽⁴²⁾ Cfr. G. OBERTO, *Accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, p. 25 ss.; M. COMPORTE, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio*, in *F. it.*, 1995, c. 105.

⁽⁴³⁾ Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1021.

⁽⁴⁴⁾ Nel quadro sopra delineato assumono rilievo tre recenti pronunzie che hanno deciso in ordine alla validità di un contratto stipulato da coniugi separati in vista del divorzio, di un contratto prematrimoniale e di un contratto stipulato in costanza di matrimonio in vista di una eventuale separazione.

Trib. Torino (sez. VII, ord. 20 aprile 2012, estensore Tamangone, in *Fam. e d.*, 2012, p. 803 ss.), in consapevole e aperto contrasto con la Cassazione ha ritenuto valido e non contrastante né con l'ordine pubblico né con l'art. 160 c.c., l'accordo perfezionato dai coniugi in vista del divorzio, nel quale si prevedeva che la corresponsione dell'assegno di mantenimento sarebbe cessata all'avvio del procedimento di divorzio, con l'impegno della moglie a null'altro pretendere dal marito. La Cassazione con la citata sentenza (2012/23713, estensore Dogliotti), avente ad oggetto la validità della scrittura privata sottoscritta il giorno prima delle nozze nella quale si conviene che in caso di separazione o divorzio la moglie avrebbe trasferito al marito un immobile a titolo di rimborso spese per il restauro della casa coniugale, ha qualificato il contratto come una *datio in solutum* sottoposta alla condizione sospensiva del fallimento del matrimonio. La pronunzia non mette in discussione l'orientamento giurisprudenziale contrario alla liceità degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio ma compie un passo non piccolo che dimostra che i tempi sono ormai maturi per una decisa inversione di rotta. Innanzitutto la corte riconosce

La regola di diritto pretorio volta ad affermare la nullità degli accordi preventivi opera in definitiva come valvola di chiusura di un sistema che mira ad assicurare comunque al coniuge creditore dell'assegno un appannaggio vitalizio, secondo una prospettiva indissolubilista, o più esattamente « cripto-indissolubilista », del matrimonio come istituto volto ad assicurare all'ex coniuge una « sistemazione economica » definitiva, come dimostrano alcuni corollari del diritto applicato (la derogabilità verso l'alto e la nullità relativa).

Le nuove procedure di separazione e divorzio, introdotte dalla l. n. 162/2014 dovrebbero aver tuttavia fugato ogni dubbio sulla piena disponibilità dei rapporti tra ex coniugi, mettendo in luce che non si tratta di situazioni a

che le prescrizioni dettate dall'art. 160 c.c. operano in costanza di matrimonio cioè, « prima » della crisi familiare e che non risulta in alcun modo violata la norma da una pattuizione volta a regolare la fase successiva alla crisi coniugale, lasciando inalterati i reciproci diritti e doveri dei coniugi durante il matrimonio. Con la sentenza in esame la giurisprudenza della Cassazione compie poi un passo ulteriore affermando la validità del contratto in cui la crisi coniugale assurga non a causa genetica dell'accordo bensì a mero evento condizionale. Infatti, osserva la corte, nell'ipotesi in cui l'obbligo assunto da un coniuge a favore dell'altro svolga funzione sanzionatoria, quale mezzo di coartazione della libertà decisionale in merito a iniziative relative alla cessazione del vincolo, se ne deve affermare la nullità insanabile, ma si riconosce, al tempo stesso e assai opportunamente, la possibilità di subordinare un'obbligazione giuridica al fallimento del matrimonio, osservando che non si tratta di condizione sospensiva meramente potestativa, vietata dall'art. 1355 c.c., dal momento che il fallimento del matrimonio non dipende mai dalla mera volontà di un coniuge e, soprattutto che la crisi coniugale non integra una condizione illecita ai sensi dell'art. 1354, comma 1°, per contrarietà all'art. 160 c.c. Infine (Cass. civ., sez. III, 21 agosto 2013, n. 19303) con riguardo ad un accordo perfezionato in costanza di matrimonio in forza del quale il marito, ricevuta una somma di denaro dalla moglie, si obbliga a restituirla nell'eventualità di una separazione personale, ha deciso che « non c'è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi, prima o durante il matrimonio di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione all'evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale ». Difficilmente le sezioni semplici procedono a *revirement* totali, si muovono piuttosto per piccoli passi, salvo investire della questione le Sezioni Unite, ma queste recenti pronunzie portano un contributo non minimo alla evoluzione del pensiero giurisprudenziale e forniscono agli operatori importanti punti di riferimento per l'attività professionale. Sembra un primo passo volto a colmare la distanza che separa il nostro diritto vivente dagli altri ordinamenti europei. Siamo tuttavia di fronte ad un itinerario in corso, non solo sul piano dell'individuazione di norme e letture giudiziali adeguate, ma anche sul piano della nostra consapevolezza interiore di giuristi, troppo plagiati da mitologie e conseguenti dogmi che alterano il nostro approccio culturale e tecnico giuridico. Nel vecchio sistema la regola era la indissolubilità del matrimonio, poiché dallo *status* di coniuge dipendeva la posizione sociale che ciascuno occupava entro una comunità caratterizzata da un preciso ordine, e le unioni familiari fuori dal matrimonio caratterizzate dalla negligenza, dello sfavore, della ritenuta contrarietà a principi di ordine pubblico. Oggi le cose non stanno più così. Le riforme degli anni Settanta o Ottanta del secolo scorso, la legge sull'affido condiviso del 2006, la recente l. n. 219/2012 sulla equiparazione di tutti i figli, hanno segnato indubbia discontinuità rispetto alla famiglia oppressa dalla cornice ideologica insita nell'interesse « super individuale » ad essa ricorrenza ed in nome del quale le sue vicende erano scandite attraverso una regolamentazione paternalistica, rigida e pervasiva e le libertà dei singoli compresse.

tutela di diritti fondamentali a disponibilità controllata ⁽⁴⁵⁾, e quindi la piena validità degli accordi anche preventivi rispetto all'insorgere della crisi. Nel ragionare sul ruolo e sulla funzione dell'autonomia privata oggi nel diritto di famiglia potrebbe addirittura apparire contraddittorio che per un verso il legislatore incoraggi e legittimi le soluzioni negoziali della crisi, e, per altro verso, la giurisprudenza continuasse a inibire in punto di fatto e quale conseguenza di un controllo *a posteriori*, attraverso la ricordata tecnica della nullità c.d. di protezione, gli accordi volti a prevenire contenziosi o a superare in modo non conflittuale la fase del divorzio.

Pur essendo la prevalente dottrina propensa a riconoscere che la persistente assenza di una specifica normativa in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale (separazione, divorzio, nullità del matrimonio) non impedisca già ad oggi il ricorso al generale principio di libertà contrattuale, resta tuttavia auspicabile un intervento legislativo volto a stabilire una disciplina organica di queste intese contrattuali, dettando regole di forma e di pubblicità e dissipando eventuali dubbi circa la tutela delle posizioni dei singoli soggetti coinvolti ⁽⁴⁶⁾. L'autonomia contrattuale conferma invero la propria vitalità e la sua attitudine a servire interessi generali in dialettica con le scelte politiche e culturali di questo momento storico ⁽⁴⁷⁾.

4. - 4.1. — L'art. 5, comma 6°, della l. n. 898/1970, come modificato dall'art. 10 della l. 6 marzo 1987, n. 74, stabilisce che « *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 e 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* ».

Le vicende ermeneutiche di questo complesso enunciato normativo sono assai note. Anteriormente alla riforma del 1987 prevaleva nella giurisprudenza, anche di legittimità, la tesi della natura polifunzionale dell'assegno (assistenziale, risarcitoria, compensativa). Dopo la riforma — permanendo con-

⁽⁴⁵⁾ La stessa Cassazione in relazione all'annullamento del matrimonio ha già da tempo affermato la piena validità di possibili intese preventive cfr. Cass. 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, p. 822.

⁽⁴⁶⁾ Sui numerosi progetti di legge presentati in materia cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e d.*, 2012, p. 69 ss.; Id., *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*; F. MORETTI, *Gli accordi in vista della crisi coniugale tra proposte normative e prassi giurisprudenziali*, in *Giustiziacivile.com* (30 maggio 2014).

⁽⁴⁷⁾ U. BRECCIA, *Autonomia contrattuale*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. Gabrielli*, Torino 2011, p. 67.

trasti giurisprudenziali in ordine al profilo funzionale ed al criterio attributivo, individuato da alcune sentenze non già nel tenore di vita coniugale ma in un modello di vita libero e dignitoso ⁽⁴⁸⁾ — a partire dal 1990 le Sezioni Unite hanno individuato il criterio di attribuzione « *nella mancanza di mezzi idonei al raggiungimento non della mera autosufficienza economica, ma di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio* » ⁽⁴⁹⁾.

La giurisprudenza di legittimità dell'ultimo quarto di secolo, interpretando le Sezioni Unite del 1990, si è attestata nel senso che il criterio attributivo non è più l'assenza di mezzi adeguati, ma la semplice disparità economica, superando la distinzione, posta dal legislatore, tra unico criterio attributivo (mancanza di mezzi) e plurimi criteri di quantificazione individuati nella prima parte del comma 6°.

In via interpretativa, quindi, la Suprema Corte ha trasformato il canone di determinazione (condizioni dei coniugi) in criterio di attribuzione e ha superato, di fatto, la stessa idea del carattere assistenziale, per riconoscere all'assegno una funzione « perequativa » cioè redistributiva del reddito tra gli ex coniugi, e « partecipativa » cioè volta a rendere partecipe l'ex coniuge economicamente più debole di eventuali incrementi reddituali o patrimoniali del debitore.

Questa soluzione giurisprudenziale, sebbene sottoposta a penetranti critiche sia sul piano sistematico, sia su quello della ragionevolezza e coerenza storica ⁽⁵⁰⁾, si è ormai consolidata ed è diventata giurisprudenza norma-

⁽⁴⁸⁾ Cass. civ., sez. I, 2 marzo 1990, n. 1652, in *D. fam.*, 1990, p. 437.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. le sentenze n. 11489, 11490, 11491 e 11492, tutte depositate in data 29 novembre 1990, in *F. it.*, 1991, 1, c. 74, che tuttavia individuano il tenore di vita pregresso come « tetto massimo » dell'assegno. In tal senso vedi anche Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2014, n. 2546, e la sentenza interpretativa di rigetto di C. cost. n. 11 dell'11 febbraio 2015, in *D. e giust.*, 2015, 12 febbraio 2015.

⁽⁵⁰⁾ Studiosi — anche appartenenti a diverse scuole e a successive generazioni — hanno criticato, sotto vari aspetti, il dogma giurisprudenziale del tenore di vita coniugale e gli esiti paradossali ai quali esso conduce. Così L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, s.d., ma 1988; M. BIN, *I rapporti di famiglia*, in *Riv. trim. d. proc. civ.*, 1989, p. 315; F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della l. n. 74/1987*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1987, p. 903; F. GAZZONI, *Aiuti familiari, plusvalenze maritali e assegno divorzile*, in *D. fam.*, 2009, p. 591, che parla di « logica illogica ». Si veda inoltre M.G. CUBEDDU, *I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio*, cit., p. 871 ss.; E. QUADRI, *Rilevanza della « durata del matrimonio » e persistenti tensioni in tema di assegno di divorzio*, in *Fam. e d.*, 2000, p. 505; T. AULETTA, *Famiglie ricomposte e obbligo di mantenimento*, in *Famiglia*, 2008, p. 9.

Già prima della riforma del 1987 non si è mancato di sottolineare l'indipendenza dell'assegno di divorzio dal livello di vita matrimoniale, goduto in precedenza: così V. SCALISI, *Divorzio persone e comunità familiare*, in questa *Rivista*, 1984, I, p. 755 ss. Ha evidenziato in termini molto netti A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in questa *Rivista*, 1987, II, p. 125 ss., che lo spiccato carattere assistenziale dell'assegno impone di ritenere che esso ha la funzione di porre rimedio ad uno stato di bisogno e perciò non può far conseguire al suo beneficiario un contributo economico superiore a quanto necessario per una vita dignitosa. La prevalente dottrina ha inoltre analiticamente evidenziato le molteplici incongruenze della soluzione giurisprudenziale: per

tiva fonte del « diritto vivente »⁽⁵¹⁾. Occorre dunque interrogarsi criticamente se la ricostruzione della funzione dell'assegno in chiave perequativa, alla luce dei mutamenti storico sociali sopra richiamati, possa dirsi davvero conforme al sentire sociale comune e poi, soprattutto, conduca ad un esito appagante nell'ottica della realizzazione di un giusto equilibrio degli interessi in gioco.

4.2. — Un problema di determinazione si pone ogni qualvolta ricorra un diritto ad una prestazione non determinata ma determinabile in funzione di un dato variabile⁽⁵²⁾, ma pur sempre individuato. L'enunciato « mezzi adeguati » esprime infatti un concetto di relazione, che avrebbe richiesto la definizione legislativa anche del parametro rispetto al quale misurare l'adeguatezza.

La prassi giurisprudenziale ha elaborato la scomposizione del giudizio in due

una sintesi cfr. G. BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., pp. 572/591, specialmente nota n. 90; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio in Trattato diritto di famiglia*, diretto da Zatti, vol. 1, t. II, 2ª ed., Milano 2011, p. 1631 ss.; M. PITTALIS, *Sub art. 5 l.d.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano 2009, p. 3895. Rileva il contrasto logico tra cessazione del vincolo e ultrattività del tenore di vita coniugale A. LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale*, in *D. fam.*, 1988, p. 438; in termini critici vedi anche A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo istituzionale del matrimonio*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1025 e 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. e d.*, 2014, p. 699 ss.; ID., *Il diritto a formare una seconda famiglia tra doveri di solidarietà post coniugale e principio di autore-sponsabilità*, in *Fam. e d.*, 2014, p. 1043 ss. Recentemente F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa?*, in *Fam. e d.*, 2013, p. 108; G. CONTE, *I criteri di determinazione dell'assegno divorzile al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giustiziacivile.com*, 2014; M. PALAZZO, *Assegno post-coniugale e capacità di lavoro potenziale*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 728.

⁽⁵¹⁾ Testualmente in tal senso A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, cit., p. 1637, il quale ne deduce la « sterilità di ogni ulteriore resistenza alla accettazione di questa linea interpretativa ». Sul diritto vivente come problema di ermeneutica giuridica afferente ai rapporti tra giudice e legge cfr. L. MENGONI, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv. — dir. civ.*, VI, Torino 1990, p. 445 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *G. cost.*, 1986, I, p. 1152 ss. Ulteriori indicazioni bibliografiche in G. SANTORELLI, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione ai fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli 2006.

⁽⁵²⁾ Cfr. già E. BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti*, Camerino 1921, pp. 97-138. Non è raro l'impiego da parte del legislatore di una tecnica normativa che fa uso di concetti ampi e sensibili alla evoluzione sociale (es. fedeltà, pregiudizio della prole) che sono poi concretati nell'interpretazione. Sui concetti indeterminati o *Ausfüllungsbedürftige* cfr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York 1975, p. 282; J. EESSER, *Forvestandis und methoden-wahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di G. Zaccaria e S. Patti, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli 1983. La peculiarità della norma in esame è tuttavia è data dalla circostanza che non è definito dalla legge il dato variabile rispetto al quale determinare la prestazione, essendo l'enunciato « mezzi adeguati » privo del correlato parametro (es. tenore di vita pregresso o mantenimento di un'esistenza libera e dignitosa).

fasi logiche. Una prima nella quale il giudice fissa in astratto quanto necessario a garantire il tenore di vita e una seconda nella quale assegno viene determinato in concreto e liquidato sulla base dei criteri di moderazione indicati dalla legge.

Una, sia pur sintetica, rassegna del diritto di produzione giurisprudenziale in tema di assegno rende evidente che l'individuazione del parametro di attribuzione e quantificazione dell'assegno di divorzio nel tenore di vita coniugale costituisce un orientamento non solo consolidato ma univoco. Per chiarire meglio il discorso conviene quindi soffermarsi sui passaggi essenziali del pensiero giurisprudenziale degli ultimi decenni.

La Suprema Corte con decine di decisioni ha più volte ribadito che « *secondo l'orientamento (...) espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite 29 novembre 1990 n. 11492 in tema di scioglimento del matrimonio, nella disciplina dettata dalla L. 1 dicembre 1970 n. 898, art. 5, come modificato dalla L. 6 marzo 1987 n. 74, art. 10, che subordina l'attribuzione di un assegno di divorzio alla mancanza di "mezzi adeguati", l'accertamento del diritto all'assegno divorzile va effettuato verificando l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso, ovvero che poteva ragionevolmente prefigurarsi sulla base di aspettative esistenti nel corso del rapporto matrimoniale* »⁽⁵³⁾.

A tal fine, è stato precisato, « *il tenore di vita può desumersi dalle potenzialità economiche dei coniugi, ossia dall'ammontare dei loro redditi e disponibilità patrimoniali* »⁽⁵⁴⁾ e che « *l'assegno va poi quantificato nella misura necessaria, in relazione della situazione economica di ciascuna parte, a rendere tendenzialmente possibile il mantenimento di detto tenore* »⁽⁵⁵⁾.

Secondo la costante giurisprudenza, quindi, « *il presupposto attributivo dell'assegno è costituito dalla mancanza di mezzi adeguati a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito* »⁽⁵⁶⁾. Se l'ex coniuge ha capacità lavorativa, attuale o potenziale, e, a maggior ragione, abbia redditi tali da garantirgli un tenore di vita autonomo e dignitoso, e cioè sia economicamente autosufficiente, un problema di « assistenza » non dovrebbe neppure venire in rilievo. Al contrario, secondo la consolidata giurisprudenza, il tenore di vita per parametrare l'assegno viene desunto dalla disparità delle situazioni economiche tra i due coniugi, quale elemento induttivo da cui desumere in via presuntiva il te-

⁽⁵³⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2010, n. 22501; in senso conforme, tra le tante, Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2013, n. 16597; Cass. civ., sez. I, 28 ottobre 2013, n. 24252; Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2010, n. 20582.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007, n. 15610; Cass. civ., sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4764; Cass. civ., sez. I, 7 maggio 2002, n. 6541; Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2003, n. 15383; Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2003, n. 4040.

⁽⁵⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 4 novembre 2010, n. 22501 cit.

⁽⁵⁶⁾ Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2014, n. 2546.

nore di vita goduto ⁽⁵⁷⁾; in tal modo la disparità di situazioni economiche costituisce, in concreto, il presupposto attributivo dell'assegno attraverso un meccanismo presuntivo, anche laddove il richiedente risulti economicamente indipendente. Il mantenimento del tenore di vita da parte del beneficiario rappresenta quindi il « valore » da realizzare e pertanto da parametro attributivo assurgente a criterio della decisione.

La giurisprudenza ha poi creato, quali corollari della norma in discussione, ulteriori norme di diritto pretorio, tutte volte ad elevare la misura concretamente liquidata dell'assegno, assai spesso legittimando pretese economiche considerevolmente superiori alla assistenza materiale spettante al coniuge durante la convivenza e quindi in costanza del reciproco dovere di contribuzione (art. 143 c.c.).

In questa prospettiva è stato riconosciuto che il tenore di vita coniugale non è quello effettivamente goduto durante il matrimonio, ma anche quello « potenziale », che « *si sarebbe potuto godere ove le aspettative, già presenti durante la convivenza matrimoniale, ma realizzatesi dopo la sua rottura, si fossero invece realizzate durante il matrimonio* » ⁽⁵⁸⁾. Assumono a tale riguardo rilievo anche gli intervenuti eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiede l'assegno, « *qualora costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio, quali ad esempio i miglioramenti economici relativi all'attività di lavoro subordinato svolta dal coniuge durante la convivenza, i quali costituiscano evoluzione normale e prevedibile, ancorché non certa, del rapporto di lavoro* » ⁽⁵⁹⁾.

In definitiva, « *non è rilevante il tenore di vita di livello inferiore tollerato, subito o concordato, ma quello che i coniugi avrebbero potuto tenere in base alle rispettive potenzialità economiche* » ⁽⁶⁰⁾. « *Il diritto all'assegno non è escluso dalla giovane età e dall'attitudine al lavoro del coniuge richiedente, a meno che non si offra la prova (difficilissima da parte dell'altro ex coniuge) del rifiuto di specifiche e congrue offerte di lavoro* » ⁽⁶¹⁾. « *È riconosciuto l'assegno all'ex coniuge già abbiente (anche più dell'altro) che per scelte avventate abbia sperperato i propri beni* » ⁽⁶²⁾.

L'assegno non è escluso, ma solo sospeso, in caso di stabile convivenza del richiedente con altra persona ⁽⁶³⁾. In ogni caso, « *il coniuge onerato del*

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007, n. 15610.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 23 luglio 2008, n. 23352.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2000, n. 1379; Cass. civ., sez. I, 27 dicembre 2011, n. 28892.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2005, n. 10210; Cass. civ., sez. I, 30 marzo 2009, n. 7614.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 2008, n. 2874.

⁽⁶²⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2013, n. 3398.

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 11 agosto 2011, n. 17195; Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1789. Tale orientamento è stato tuttavia superato da Cass. civ., sez. I, 3 aprile 2015, n. 6855 (rel. Dogliotti) che ha ritenuto la convivenza avviata dal creditore dell'assegno fatto

pagamento dell'assegno ha l'onere di provare non solo l'instaurazione ed il permanere di una convivenza more uxorio dell'avente diritto con altra persona, ma anche il miglioramento delle condizioni economiche dell'avente diritto a seguito di un contributo al suo mantenimento da parte del convivente, quanto meno in termini di risparmio di spesa, poiché la convivenza in quanto tale è di per sé neutra ai fini del miglioramento delle condizioni economiche del titolare dell'assegno, potendo essere instaurata anche con una persona priva di redditi e di patrimonio » ⁽⁶⁴⁾.

Inoltre, poiché la decisione di formare una nuova famiglia è considerata come una « scelta » e non una « necessità », resta fermo il diritto dei componenti della prima famiglia di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio e non può subire limitazioni a seguito della decisione del debitore di dare vita ad una nuova famiglia ⁽⁶⁵⁾.

4.3. — Nella prassi applicativa tuttavia il criterio di attribuzione costituito dalla mancanza di mezzi adeguati a mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, e che sarebbe presumibilmente proseguito, opera in realtà al tempo stesso, come si è visto, anche come criterio di quantificazione ed è determinabile dal giudice in via presuntiva sulla base della semplice disparità economica tra i coniugi. Gli altri criteri indicati dalla norma contenuta nell'art. 5, comma 6°, della l. n. 898/1970 operano soltanto come meri criteri di determinazione, correttivi del criterio del tenore di vita come sopra individuato ⁽⁶⁶⁾.

Il ruolo centrale che l'inadeguatezza dei mezzi (a garantire il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio) ha assunto, nella prassi del diritto giurisprudenziale, esclude infatti che si possano porre sullo stesso piano di rilevanza gli altri criteri indicati dall'art. 5, comma 6°, della l. n. 898/1970. Questi ultimi degradano, infatti, a meri parametri di moderazione dell'assegno « *se la conservazione del tenore di vita goduto finisca per risultare incompatibile*

idoneo a determinare la perdita definitiva del diritto, anche considerando che l'obbligato « confiderebbe, all'evidenza, nell'esonero definitivo da ogni obbligo ».

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Trib. Roma, sez. I, 22 aprile 2011, in *G. mer.*, 2013, p. 21069.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 novembre 2000, n. 15065. Tale orientamento è stato poi mitigato da Cass. civ., sez. I, 23 agosto 2006, n. 18367 e Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 2008, n. 1595. Recentemente, con ampia e perspicua argomentazione, evidenzia che la configurazione dell'assegno di divorzio come diritto funzionale alla conservazione del tenore di vita goduto durante il matrimonio conduce a « risultati chiaramente iniqui e inaccettabili »: D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, in *Fam. e d.*, 2015, p. 471 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2014, n. 2546; Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2007, n. 15611 e Cass. civ., sez. I, 22 agosto 2006, n. 18241. Viene così superato l'orientamento delle Sezioni Unite del 1990 (ma recentemente ribadito anche da C. cost. 9 febbraio 2015, n. 11) che avevano indicato nel tenore di vita il « tetto massimo », poiché esso è suscettibile di essere elevato ove il tenore di vita effettivamente dovuto fosse inferiore a quello potenziale oppure il miglioramento delle condizioni del debitore consenta un emolumento più alto sulla base di sviluppi prevedibili durante il matrimonio.

con detti elementi di qualificazione »⁽⁶⁷⁾. In questa prospettiva la giurisprudenza ha ritenuto persino « irrilevante, sotto il profilo della attribuzione dell'assegno (che spetta e va liquidato), la durata (nel caso molto breve: una settimana) del matrimonio »⁽⁶⁸⁾.

Costituisce inoltre consolidato principio giurisprudenziale che sia da escludere la necessità di una puntuale considerazione da parte del giudice di tutti i parametri indicati⁽⁶⁹⁾, e poiché in definitiva non è possibile determinare esattamente quanto necessario a garantire il progresso tenore di vita è il giudice a decidere sulla base di una « stima affidata a elementi di comune conoscenza e per buona parte anche a una valutazione discrezionale e equitativa »⁽⁷⁰⁾.

5. — Il parametro del tenore di vita, individuato dal diritto vivente per attribuire e poi quantificare l'importo dell'assegno in definitiva costituisce il criterio di decisione delle controversie in materia di assegno. In questo modo l'interesse del coniuge c.d. economicamente più debole costituisce il *focus* della controversia e rende, nel diritto applicato, gli interessi e i diritti dell'oneroso, pur meritevoli di considerazione, pressoché irrilevanti⁽⁷¹⁾.

Nell'espone il suo pensiero sulla scienza giuridica contemporanea un autorevole studioso nota che il giudice « mente neutrale e logica » ha piena libertà argomentativa; e giusta è la decisione che ha la caratteristica di non patire più obiezioni da parte di alcuno degli interessati; giusta in quanto « gli argomenti che giustificano concordano, e non si danno argomenti in contrario » pena l'arbitrarietà⁽⁷²⁾.

Si condivide o meno l'idea del diritto come discorso⁽⁷³⁾ non appare se-

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2014, n. 2546.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 3 dicembre 2008, n. 28741; cfr. Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2009, n. 2721, in *Fam. e d.*, 2009, p. 682 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile viene attribuito dopo un matrimonio durato una settimana. Configurabilità e limiti della funzione assistenziale-riabilitativa*.

⁽⁶⁹⁾ Cass. civ., sez. I, 3 gennaio 2014, n. 488. Ma v. *contra* C. cost. 11/2015 cit. secondo la quale il giudice « deve tenere conto di tutti i criteri » indicati nell'art. 5, comma 6°, l. n. 898/1970.

⁽⁷⁰⁾ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2013, n. 23442, cit. La giurisprudenza mostra quindi piena consapevolezza che si tratti di uno pseudo-criterio e che in concreto la determinazione dell'assegno sia affidata alla più ampia discrezionalità del giudice.

⁽⁷¹⁾ Questo atteggiamento di massimo favore per il richiedente l'assegno, che è ben consapevole di trovare nel giudice un benevolo accoglimento delle proprie richieste, per quanto esose possano apparire, rende spesso impraticabile una soluzione concordata dei rapporti economici post coniugali, aumentando notevolmente il contenzioso e il carico di lavoro dei magistrati, la conflittualità tra i coniugi ed i costi dei procedimenti e delle connesse consulenze tecniche d'ufficio e di parte. Aumentando ovviamente anche il conflitto tra i coniugi, spesso già elevato.

⁽⁷²⁾ Cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, p. 533 ss.

⁽⁷³⁾ Cfr. criticamente P. PERLINGIERI, *Il diritto come discorso? Dialogo con A. Gentili*, in *Rass. d. civ.*, 2014, p. 770.

riamente revocabile in dubbio che la norma è prodotto dell'interpretazione⁽⁷⁴⁾ e che a partire dagli anni Ottanta del Novecento il diritto giurisprudenziale ha assunto il primato tra i vari formanti dell'ordinamento giuridico, così da potersi affermare che il legislatore è l'autore dell'enunciato e l'interprete l'autore della norma. Conseguentemente non parrebbe un inutile esercizio verificare criticamente le condizioni di asseribilità, cioè gli argomenti che giustificano e sorreggono la linea interpretativa posta alla base della giurisprudenza normativa in tema di assegno post matrimoniale. L'orientamento giurisprudenziale prevalente evidenzia infatti alcuni profili di contraddizione che suscitano perplessità sotto vari aspetti.

5.1. — L'astrattezza dalla quotidiana realtà di tutti i giorni del parametro individuato dalla prassi giudiziaria emerge già sul piano dei fatti: come è ampiamente dimostrato dalle risultanze istruttorie dei procedimenti di divorzio, con il medesimo reddito, ma con i costi (quanto meno) raddoppiati a causa del doppio *ménage* imposto dalla vita separata, nessuno dei due coniugi può mantenere un tenore di vita analogo al precedente, salvo i casi di particolare agiatezza statisticamente irrilevanti.

Considerata la crescente rilevanza demografica delle famiglie ricomposte, dopo un precedente divorzio⁽⁷⁵⁾, la ragionevolezza del parametro del « tenore di vita precedente » risulta quantomeno problematica nel caso che il debitore dia vita ad una nuova famiglia, fondata o meno sul matrimonio. In queste situazioni della vita reale, che generano una complessa trama di rapporti, garantire il tenore di vita all'*ex* coniuge impone al debitore una ingiustificata « distrazione » delle proprie risorse a scapito della nuova famiglia⁽⁷⁶⁾. Specularmente la persistenza di diritti economici scaturenti da un matrimonio concluso, nel caso che il creditore abbia instaurato una convivenza *more uxorio* con prole conduce alla « paradossale, inopportuna, illegittima conclusione che il coniuge tenuto all'assegno debba contribuire al

(74) Sul diritto come fenomeno interpretativo cfr. S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, III, *L'attività giuridica*, 2ª ed., Milano 1935, p. 233 ss.; T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, pp. 140 e 154; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *D. giur.*, 1975, p. 826, ora in *Id.*, *Il diritto del contratto fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 10; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, p. 71; J. ESSER, *Vorstandis und methoden-wahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it. a cura di G. ZACCARIA-S. PATTI, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli 1983; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, (trad. it di G. Vattimo), Milano 2000, p. 639; L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, (1983), in *Diritto e valori*, Bologna 1986; R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, Cambridge MA 2011.

(75) Cfr. *ex multis* D. BUZZELLI, *La famiglia composta*, Napoli 2012.

(76) Cfr. E. AL MUREDEN, *Il « diritto a formare una seconda famiglia » tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di « autoreponsabilità »*, in *Fam. e d.*, 2014, p. 1043 ss.

mantenimento del figlio (o dei figli) nati dalla relazione concubinaria dell'*ex coniuge* »⁽⁷⁷⁾.

Così l'assegno divorzile come applicato dalle Corti parrebbe finire per violare l'art. 2 Cost., come è stato osservato, perché rende di fatto difficile, se non impossibile, la costituzione di una nuova formazione sociale: non vi è infatti dubbio che il diritto vivente scoraggia la realizzazione di una seconda famiglia che per potersi avviare richiede in capo ai soggetti l'assenza di pesi insostenibili⁽⁷⁸⁾.

5.2. — Occorre inoltre interrogarsi se il dogma del tenore di vita rafforzato (cfr. *supra* nota n. 60) e potenziale (cfr. *supra* note n. 58 e 59), che rappresenta il diritto applicato dalle Corti, costituisca una norma compatibile con il principio costituzionale di ragionevolezza alla luce dei profondi mutamenti sociali e normativi interni ed europei che vedono il matrimonio profondamente trasformato, da indissolubile a un rapporto dissolubile attraverso un semplice atto amministrativo (art. 12, l. 6 novembre 2014, n. 162).

Pur considerando il mutamento intervenuto con la riforma del 1987, la giurisprudenza degli ultimi ventiquattro anni ha realizzato un'operazione ermeneutica volta a ricondurre la portata del nuovo art. 5, comma 6°, L.D. nei limiti della lettura della norma già emersa prima della riforma del 1987, (allorquando la giurisprudenza riconosceva all'assegno una funzione non soltanto assistenziale ma anche risarcitoria e compensativa) che peraltro fu elaborata proprio al dichiarato scopo di ridurre la eccessiva discrezionalità del giudice e per garantire un moderato vantaggio a favore del coniuge bisognoso, ma non già per assicurargli il tenore di vita coniugale, come emerge chiaramente dai lavori parlamentari⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ Trib. Lamezia Terme 1 dicembre 2011, in *D. e fam.*, 2012, p. 797.

⁽⁷⁸⁾ La ragionevolezza del diritto applicato è stata messa in discussione anche sul piano dei valori costituzionali cfr. A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza, L'assegno divorzile il criterio del tenore di vita*, in *Fam. e d.*, 2014, p. 704 ss.; A. CARIOLA, *Quel che resta e quel che impedisce: la vicenda dell'assegno divorzile nel contesto delle nozioni di famiglia e convivenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4, 2014.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. Res. Somm. Senato, IX legislatura, n. 560, 561 del 17 febbraio 1987 e 562, 563, 564 del 18 febbraio 1987 e diffusamente il relatore al progetto di legge N. LIPARI, *Note introduttive*, in *Leggi civili commentate*, 1987, p. 847 ss. La ricostruzione del profilo funzionale dell'assegno in chiave assistenziale e non perequativa-compartecipativa dei redditi dell'altro, sembra trovare conferma anche nella (inascoltata) decisione della C. cost. 21 gennaio 2000, n. 17, che ribadisce il carattere alimentare dell'assegno di divorzio, ritenendo applicabili i privilegi dettati per i crediti alimentari degli artt. 2751, n. 4, 2778, n. 17, c.c. anche ai crediti del coniuge separato e divorziato, sostanzialmente riconoscendo ai medesimi una funzione latamente alimentare. Le norme di diritto giurisprudenziale elaborate dalla Corte di Cassazione parrebbero, viceversa, avere riportato in vita l'art. 145 del codice del 1942 che stabiliva « il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di se, di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze », considerando che l'assegno di divorzio non è destinato ad operare eccezionalmente o per un periodo di tempo determinato, ma costituisce un assegno di carattere vitali-

La struttura portante di qualsiasi sistema di norme (di fonte legislativa o giurisprudenziale) è la storia. Come ha notato Giorgio Berti ⁽⁸⁰⁾ « *il sistema regge fino al punto in cui si accorda con il suo sottofondo sociale, cioè con una certa storia sociale. Dopo di che si dissolve e diventa il fantasma di se stesso* ». Così è accaduto per il dogma per il tenore di vita che appare il frutto di una concezione indissolubilista del matrimonio, propria del vecchio sistema, ormai superato. Un edificio ormai logoro, che non può essere ritenuto inattaccabile dall'usura del tempo e conservato, poiché non sembra corrispondere alle esigenze ed ai nuovi bisogni delle famiglie ricomposte, ed è idoneo a ordinare i tempi nuovi ⁽⁸¹⁾.

La concezione dissolubilista del matrimonio non è evidentemente penetrata a pieno nell'aria che respirano i giuristi e non pare priva di significato la circostanza che il divorzio sia sempre rimasto fuori dal codice civile, con evidente *vulnus* al principio di sistematicità delle leggi, anche in occasione delle successive riforme. Non pare quindi incongruo ipotizzare che le descritte regole di diritto pretorio costituiscano il frutto di una prospettiva conservativa e di una visione del matrimonio ormai superata e fondata su una matrice ideologica cripto-indissolubilista, come emerge anche da un oggettivo e disteso esame di ulteriori consolidati filoni giurisprudenziali che hanno messo capo ad altre regole di diritto pretorio come la nullità degli accordi in vista del divorzio, ove i coniugi pattuiscano un emolumento inferiore a quello risultante dal parametro del tenore di vita ⁽⁸²⁾ e la non delibabilità delle sentenze canoniche di nullità dopo tre anni di convivenza ⁽⁸³⁾, inducendo a credere che ele-

zio, idoneo a creare posizioni di rendita parassitaria (v. già P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 9^a ed., Napoli 1990; recentemente F. GAZZONI, *Aiuti familiari, plusvalenze maritali e assegno divorzile*, in *D. fam.*, 2009, p. 585; F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa?*, in *Fam. e d.*, 2013, p. 1108).

⁽⁸⁰⁾ *Riflessioni su cultura ed esperienza del giurista*, in *Jus*, 1983, p. 351.

⁽⁸¹⁾ In seguito alla riforma del 2012 (l. n. 219) e del 2013 (d. legisl. n. 153) i nuovi artt. 74, 258, 315 c.c. hanno radicalmente modificato la nozione di famiglia legale, che, ora, in modo speculare alla evoluzione della società, non appare necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso. Il controllo giudiziale di impronta tipicamente statalista sulle condizioni economiche successive al divorzio, per di più esercitato nell'esclusivo interesse di uno dei due ex coniugi, come storicamente sin qui avvenuto, appare oggi in aperto contrasto con l'impostazione legislativa privatistica del matrimonio e con l'effettivo assetto dei rapporti sociali, lasciando poco o nessuno spazio alla effettiva operatività di regole di comportamento (norme) di matrice non statuale interne alla comunità familiare (es. tenore di vita effettivamente praticato; volontà di mantenere separate le reciproche sfere economiche attraverso l'adozione del regime patrimoniale della separazione dei beni; accordi in vista del divorzio). In tema cfr. P. RESCIGNO, *La comunità familiare come formazione sociale*, in *Matrimonio e Famiglia*, Torino 2000, p. 348.

⁽⁸²⁾ A partire da Cass. civ., sez. I, 11 giugno 1981, n. 3777 fino a Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084.

⁽⁸³⁾ Cass. civ., sez. un., 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380.

mentari opzioni interpretative costituiscono indiscusse o indiscutibili diagnosi della realtà.

Le regole giurisprudenziali, sorte in un contesto sociale e normativo incline a mantenere una visione del matrimonio indissolubile *usque ad mortem*, quanto meno sul piano della ultrattività degli effetti economici, potevano apparire ragionevoli nella fase precedente. Una rilettura aggiornata del contesto sociale e normativo parrebbe suggerire una interpretazione costituzionalmente orientata nel quadro della ragionevolezza. In tale prospettiva la sfera di integrazione delle rispettive situazioni economiche dei coniugi dovrebbe essere regolata dal regime patrimoniale primario in costanza di convivenza (separazione dei beni o comunione legale); mentre all'assegno di divorzio resterebbe affidata la funzione di sopperire alle esigenze del coniuge bisognoso nella misura in cui risulti privo dei mezzi necessari a garantirsi una vita autonoma e dignitosa. In tal modo corrispondendo tanto alle esigenze di chi sia dedicato esclusivamente al lavoro domestico, quanto a quelle di chi versi in particolari situazioni di disagio o malattia. In detta prospettiva il parametro di attribuzione e commisurazione dell'assegno dovrebbe essere individuato nei mezzi adeguati a mantenere un tenore di vita autonomo e dignitoso, con funzione riabilitativa e soggetto a rigorosi limiti temporali, allineandosi al principio di autoresponsabilità, che del principio di autodeterminazione rappresenta il correlato logico giuridico, vigente in molti Paesi dell'Unione Europea.

Del resto il principio di « autoresponsabilità », individuato dal legislatore tedesco nel nuovo par. 1569 BGB quale chiave di volta dell'assetto *post coniugale*, appare sicuramente più consono alla promozione della pari dignità tra i coniugi, rispetto alla prospettiva compartecipativa-assistenzialistica accreditata dalla nostra giurisprudenza. Parimenti il *code civil* (art. 274 ss.) mostra una chiara opzione di politica legislativa per una sistemazione *post matrimoniale definitiva*, prevedendo l'assegno periodico solo quale soluzione eccezionale (e comunque di ripiego) oltre che reversibile. La commissione europea sul diritto di famiglia, istituita nel 2001, con sede a Utrecht ha fissato il principio 2.2: « dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni » ⁽⁸⁴⁾.

5.3. — La problematica ragionevolezza del parametro si manifesta anche nella contraddittorietà tra funzione assistenziale, astrattamente proclamata, e funzione redistributiva del reddito tra gli ex coniugi, concretamente svolta dall'assegno nel diritto vivente: se la *ratio* dell'assegno è di tipo assistenziale, in funzione di protezione di un soggetto debole, appare contraddittorio assu-

⁽⁸⁴⁾ Solo in Italia è attualmente prevista un'obbligazione di mantenimento senza limiti di tempo. Cfr. M.G. CUBEDDU, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Tratt. Zatti*, I, 1, 2011, p. 105 ss. La sostanziale omogeneità delle trasformazioni economico sociali e la progressiva integrazione dei diversi paesi dell'Unione Europea tuttavia produrrà a breve ed inevitabilmente l'accreditarsi di principi comuni anche nella definizione degli assetti *post coniugali*.

mere come parametro di attribuzione e determinazione il tenore di vita coniugale, nei termini individuati dalla prassi giurisprudenziale, giacché in tal modo, come espressamente riconosce la giurisprudenza, la funzione dell'assegno perde la funzione assistenziale e travalica in quella perequativa, essendo in concreto « *volto a riequilibrare, sia pure in parte, la situazione economico-sociale dell'ex coniuge* »⁽⁸⁵⁾.

La finalità assistenziale-solidaristica, riferita ad un rapporto matrimoniale terminato, in sostanza, dissimula un obiettivo di riequilibrio economico per equivalente, attraverso una redistribuzione del reddito *inter privatos*, che rappresenta, come sopra notato, nel diritto applicato il valore da realizzare.

Questa linea interpretativa risulta inoltre problematica anche sul piano esegetico. La finalità perequativa dell'assegno, infatti, sembrerebbe esclusa da un chiaro indice normativo contenuto nell'art. 5, comma 10°, l. div. che ne prevede la estinzione in caso di passaggio a nuove nozze del beneficiario. « Una simile funzione non può essere certo fatta dipendere dalle libere scelte post-matrimoniali dell'ex coniuge »⁽⁸⁶⁾.

Infine, nel caso — assai frequente — che i coniugi avessero optato per il regime patrimoniale della separazione dei beni, imporre per via eteronoma da parte dello Stato, attraverso il giudice, una integrazione delle rispettive sfere economico patrimoniali vita natural durante, parrebbe in contraddizione con i principi di autonomia privata e autodeterminazione, recepiti nella Convenzione EDU che all'art. 8 vieta l'ingerenza della autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della propria vita familiare⁽⁸⁷⁾.

Occorre tuttavia dare atto che nella realtà del nostro tempo non vi è più un uniforme panorama assiologico e, come sopra notato, il passaggio dalla famiglia alle famiglie ha reso le divergenze in chiave di valore un connotato individuante del nostro contesto sociale. E il giudice, al centro di una permanente conflittualità, non può offrire una soluzione che sia da tutti condivisa, anche perché la progressiva tendenza ad una sempre maggiore creazione giurisprudenziale del diritto si scontra con la difficoltà per il giudice di individuare punti di riferimento ampiamente condivisi cui agganciare le sue soluzioni interpretative. Se, come avviene per l'assegno di divorzio, che rappresenta il fulcro intorno al quale ruota l'assetto dei rapporti economici *post* coniugali, si confrontano indici di valore diversi è inevitabile che, almeno per un certo arco di tempo, le soluzioni giurisprudenziali si offrano a valutazioni critiche.

La pesante eredità di un recente passato, costellato di notevoli discriminazioni nei confronti del coniuge c.d. economicamente più debole, probabilmente non ha sin qui consentito di maturare un'adeguata consapevolezza della necessità di attuare nella materia che ci occupa un congruo bilanciamento

⁽⁸⁵⁾ Cass. civ., sez. I, 8 novembre 2013, n. 25845.

⁽⁸⁶⁾ E. QUADRI, *La crisi familiare e le sue conseguenze*, cit., 141.

⁽⁸⁷⁾ In termini, sentenza CEDU 2 novembre 2010, *Piazzi c. Italia*.

degli interessi. Viceversa il criterio di massimo favore per il coniuge debole dovrebbe, nella prospettiva del diritto privato nella legalità costituzionale, misurarsi con l'impatto di tale criterio con il rispetto delle libertà fondamentali del debitore dell'assegno.

In questa fase di transizione, connotata dal deperimento di un quadro di principi di senso e di valore generalmente condivisi, occorre del tempo prima che i nuovi valori e modelli vengano comunemente ricevuti nel contesto sociale, con un processo graduale che sarà certamente favorito anche dal ricambio generazionale dei magistrati. Ciò corrisponde alla fisiologia dell'esperienza giuridica. Tuttavia l'essenziale storicità del fenomeno giuridico dovrebbe indurre progressivamente all'abbandono di modelli culturali nei quali si riconosceva la società di passate stagioni, per ragioni storiche e dogmatiche, per adottare una prospettiva incarnata nell'esperienza contemporanea che non conosce più il matrimonio indissolubile ma, al contrario, le famiglie non matrimoniali e le famiglie ricomposte che non possono ragionevolmente essere ostacolate da un pesante assegno da corrispondere all'*ex* coniuge vita natural durante, tanto più ove questi sia economicamente autosufficiente sebbene con un reddito inferiore a quello dell'altro *ex* coniuge. È opportuno in conclusione ricordare l'importante decisione di C. cost. n. 11/2015⁽³⁸⁾ che ha ritenuto meritevole di ripensamento l'incondizionata proposizione secondo la quale l'assegno di divorzio debba consentire il tendenziale mantenimento dello stesso tenore di vito goduto in costanza di matrimonio, superando orientamenti giurisprudenziali che, sul punto specifico e nel merito dello stesso, sembravano assolutamente consolidati come sopra notato (par. 4) pur a fronte di una formale dichiarazione di rigetto sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 6°, 1. div., ritenuta non fondata nel merito, la consulta « suggerisce » una particolare interpretazione della norma di diritto vivente sottoposta al vaglio di costituzionalità, interpretando la stessa nel senso che « il tenore di vita » goduto in costanza di matrimonio rileva per determinare in astratto il tetto massimo della misura dell'assegno. Ma, in concreto, quel parametro concorre e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso art. 5. Tali criteri « agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto e possono valere anche ad azzerarla ». Parrebbe quindi superato definitivamente il vecchio orientamento giurisprudenziale che applicava meccanicamente il parametro di determinazione dell'assegno individuato nel tenore di vita matrimoniale. Vengono, inoltre, ridefiniti i poteri del giudice ordinario che « deve » applicare tutti i criteri previsti dalla legge, come fattori di moderazione. Viene infine abbandonata la funzione redistributiva-partecipativa e riaffermata la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ C. cost. n. 11 dell'11 febbraio 2015, in *D. e giust.*, 2015, 12 febbraio 2015.

⁽³⁹⁾ Tale orientamento risulta recepito anche dalla giurisprudenza di merito. Cfr. in tal senso Trib. Milano, sez. IX civ., ordinanza 2 aprile 2015 (est. G. Buffone): « l'assegno di-

Se probabilmente è ricostruibile nei termini del diritto soggettivo (pur non astrattamente ma storicamente e realisticamente considerato) l'interesse del coniuge bisognoso a mantenere un tenore di vita autonomo e dignitoso dopo il divorzio, è lecito al contrario dubitare che possa riportarsi alla nozione di interesse individuale dirittamente protetto dall'ordinamento l'interesse a godere di una vita più agiata dopo il divorzio, a carico dell'altro coniuge. Sia perché in costanza di matrimonio il dovere di contribuzione è caratterizzato dalla reciprocità (art. 143 c.c.) mentre il diritto all'assegno opera in modo unilaterale⁽⁹⁰⁾; sia perché la compressione di diritti fondamentali dell'obbligato (disporre dei redditi del proprio lavoro; diritto a ricostituire una nuova famiglia; diritto a dedicarsi ad attività di coltivazione della propria interiorità o alla cura dei figli, e dunque non remunerative) che appaiono di rango costituzionale, può avvenire solo in funzione della protezione di diritti fondamentali di rango superiore e tale non parrebbe il diritto a mantenere il pregresso tenore di vita che, sul piano ordinamentale, appare una mera aspettativa di fatto, di regola non tutelata e non tutelabile se non entro rigorosi limiti di durata e in funzione riabilitativa.

6. — Ribaltando l'orientamento recentemente espresso da Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2012, n. 8926⁽⁹¹⁾, due sentenze gemelle delle sez. un. del 17 luglio 2014, nn. 16379 e 16380⁽⁹²⁾, enunciando il principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363, comma 3^o, c.p.c.), hanno deciso che la convivenza vorzile non si traduce in una impropria misura finalizzata a evitare che la funzione stessa dell'istituto venga frustrata » (v. al riguardo, C. cost., sentenza 11 febbraio 2015, n. 11, pres. Criscuolo, est. Morelli).

⁽⁹⁰⁾ La moderna riflessione sul principio di solidarietà ne ha rilevato anzitutto la polise-mia e il genericismo (F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e « l'attesa della povera gente » oggi*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 101). Inoltre un conto è affermare il valore reciproco dell'impegno tra i componenti della famiglia in costanza di convivenza, altro è utilizzare la solidarietà « a senso unico » per creare un'obbligazione vita natural durante a carico di uno soltanto degli ex coniugi, prescindendo *in toto* dalla reciprocità valevole nella prima ipotesi, a tutela per di più non di diritti fondamentali della persona ma di un mero interesse economico a una vita più agiata. Per il rilievo che all'individuo spetta l'impegno simmetrico dello stare ai patti liberamente definiti e allo Stato il diverso impegno asimetrico e solidale (in senso tecnico di comune debito, in quanto *munus*) di assicurare a chiunque una protezione dell'indisponibile qualità di persona, cfr. M. ROBLES, *Il debito di solidarietà: per una tutela civile dei diritti umani*, in *R. d. priv.*, 2014, p. 424.

⁽⁹¹⁾ In *Fam. e d.*, 2013, p. 21, con nota di L. IANNAcone, sulla scia delle sez. un., 20 luglio 1988, nn. 4700, 4701, 4702 e 4703, in *F. it.*, 1988, I, c. 427, che avevano affermato l'inesistenza nella legislazione ordinaria di un principio fondamentale dell'ordinamento matrimoniale in base al quale la convivenza tra i coniugi successiva alla celebrazione delle nozze sia ostativa alla delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio per la sopravvivenza del matrimonio-rapporto. Conforme S. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio, libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino 2011, p. 318.

⁽⁹²⁾ In *Corr. giur.*, 2014, p. 1196, con nota di V. CARBONE; in *G. it.*, 2014, c. 2111 ss., con nota di N. COLAIANNE; in *Dir. Pers. Fam.*, 2014, p. 1368, con nota di E. GIACOBBE, *Le sezioni unite tra nomofiliachia e « nomofantasia »*.

« come coniugi » quale elemento essenziale del matrimonio-rapporto, ove protrattasi per almeno tre anni dalla celebrazione del matrimonio concordatario e quindi tale da esprimere una reale comunione di vita, integra una situazione giuridica di « ordine pubblico interno », ostativa alla dichiarazione di efficacia della sentenza canonica di nullità per vizio genetico del matrimonio-atto. Tuttavia la convivenza triennale non è ostativa alla delibazione nel caso di domanda congiunta ovvero qualora non sia eccepita, a pena di decadenza, dalla controparte in caso di domanda proposta da uno soltanto dei coniugi.

Sicuramente ha pesato su questo orientamento della cassazione l'abuso del ricorso alla delibazione per eludere le più onerose conseguenze previste dalla disciplina dell'assegno di divorzio ma il complesso e articolato percorso argomentativo compiuto dalle sez. un. per giungere ad affermare che la convivenza protratta dopo le nozze per almeno un triennio e connotata da riconoscibilità esteriore (cfr. i punti 3.7.1 e 3.7.2 della sentenza n. 16379/2014) costituisce ostacolo alla delibazione, in quanto rappresenterebbe un principio di ordine pubblico interno, rivela alcuni profili di contraddizione. In parte interni alla stessa motivazione della decisione, in parte rispetto al diritto vivente, complessivamente considerato, in materia di crisi coniugale.

Il criterio di decisione del mancato riconoscimento della sentenza canonica dichiarativa della nullità del vincolo parrebbe rappresentato da « un ordine pubblico familiare », cioè da « un pubblico interesse » al mantenimento del matrimonio rapporto, attesi « i riflessi pubblicistici riconosciuti dall'ordinamento all'istituto familiare » (p. 41 della sentenza) e la convivenza coniugale come fonte di « una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili » (p. 40), « indisponibili dalle parti perché involgenti aspetti che trascendono interessi esclusivamente individuali » (pp. 36 e 37). Tale circostanza era stata peraltro negata dalle stesse sez. un. nel 1988 e recentemente dalla prima sezione civile nel 2012 ⁽⁹³⁾. Ciò che maggiormente colpisce tuttavia è la concezione di fondo della famiglia e dell'istituto matrimoniale che emerge dalla lettura delle sez. un. 2014: la S.C. appare insomma ancora molto vicina alla matrice ideologica della visione del matrimonio istituzione tracciata con fissità di tratti da Antonio Cicu nel 1914 ma assai lontana dal pluralismo familiare che caratterizza l'odierna realtà storico sociale.

Appare inoltre alquanto contraddittorio riconoscere la convivenza coniugale come un principio di ordine pubblico, secondo l'insegnamento tradizionale quindi a presidio di interessi generali, e poi relegarla in concreto a una mera questione di fatto affidata alla disponibilità delle parti, attraverso la domanda congiunta oppure la mancata eccezione nella comparsa di risposta ⁽⁹⁴⁾.

Si deve dunque concordare con Rodolfo Sacco quando afferma che alcune clausole generali (come l'ordine pubblico), attribuendo al giudice un largo

⁽⁹³⁾ Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2012, n. 2274.

⁽⁹⁴⁾ Come recentemente ribadito anche da Cass. civ., sez. I, 27 gennaio 2015, n. 1495.

potere discrezionale diano vita a « regole di pura opinione » ⁽⁹⁵⁾? Avendo il giudice il dovere di motivare, appare forse più congruo ritenere che quando egli utilizzi una clausola generale abbia il potere di individuare la concreta regola vincolante per le parti, ma pur sempre alla luce delle norme costituzionali e del criterio di ragionevolezza (l'antico *rationabiliter*) che nella sua estesa eccezione equivale a congruità, giustizia e rispetto della coerenza argomentativa. Il richiamo all'ordine pubblico interno non solo sembra legato ad una concezione della famiglia non più attuale, ma parrebbe altresì ultroneo rispetto alla tutela dell'interesse individuale del coniuge c.d. economicamente debole, che rappresenta, in definitiva, la *ratio decidendi* sostanziale della decisione.

Sicché, più precisamente, si sarebbe dovuto individuare nella convivenza triennale non già un divieto di ordine pubblico ma, semmai, una condizione di procedibilità della domanda, da individuarsi nella mancata eccezione da parte del convenuto a presidio dei suoi interessi economici, che trovano migliore e più ampia realizzazione nel procedimento contenzioso di divorzio, secondo una logica che evoca sullo sfondo il paradigma delle nullità di protezione.

Allargando lo sguardo al diritto applicato in questa materia appare, inoltre, difficoltoso coordinare questo atteggiamento negazionista della delibazione sia con i nuovi accordi in materia di separazione e divorzio e modifica delle condizioni, introdotti dalla l. n. 162/2014, sia con il costante orientamento giurisprudenziale che riconosce a ciascun coniuge il diritto potestativo sostanziale di provocare la separazione o il divorzio senza che il giudice possa procedere a un accertamento dei fatti costitutivi, per la rilevanza data alla volontà del coniuge, che è considerata determinante ⁽⁹⁶⁾.

Ulteriori perplessità derivano dal fatto che le sez. un. non operino alcuna distinzione tra i rapporti che riguardano i coniugi e quelli con i figli, che viceversa da nessun punto di vista risultano modificati dal riconoscimento della sentenza di nullità essendo ormai pacifica l'insussistenza di una relazione necessaria tra famiglia e matrimonio, come è dimostrato dai nuovi artt. 74, 215 e 358 c.c. in forza dei quali il rapporto genitori-figli dichiaratamente prescinde dalla presenza del vincolo coniugale. Mentre sul versante rapporti tra coniugi dopo l'introduzione dei nuovi contratti di separazione e di divorzio ad opera della l. n. 162/2014 occorre prendere atto che essi sono interamente rimessi al perdurante consenso reciproco al rapporto, come risulta ancor prima che sul piano del diritto positivo su quello dell'effettivo assetto dei comportamenti sociali ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. R. SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, p. 431, in *Tratt. Sacco*, Torino 2004.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 gennaio 2014, n. 1164, in *Fam. e d.*, 2015, p. 38 ss. Conformi Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2007, n. 3356; Cass. civ., sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099; Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2012, n. 2274.

⁽⁹⁷⁾ Sulla rilevanza normativa delle regole sociali di comportamento cfr. P. Grossi, *Sul-*

Le sez. un. continuano dunque a vedere il diritto matrimoniale nei termini di un diritto pubblico applicato ai privati prescindendo dalla non smentibile verità che il diritto non si esaurisce nella dimensione normativa (di fonte legislativa o giudiziale), ma è piuttosto ordinamento della società, che nasce in basso e dal basso nel pieno rispetto della storicità di questa. Il diritto giurisprudenziale sembra ostinatamente ignorare che l'ordinamento giuridico italiano ed europeo ha imboccato con decisione la strada della privatizzazione del rapporto matrimoniale, cui riconosce vera natura di « diritto dei privati » e l'interprete non può sovrapporre le proprie personali visioni al processo evolutivo, avendo il diverso compito di ricreare una coerenza precettiva e applicativa tra normativa e realtà storica.

Escluso quindi che il matrimonio-rapporto incida su rapporti indisponibili per i coniugi, occorre aggiungere che la domanda di delibazione presentata anche da uno solo dei coniugi, documentata ed è idonea a provare in modo pieno che detto rapporto, inteso come perdurante consenso a una comunione materiale spirituale, è definitivamente dissolto. Appare quindi del tutto irragionevole il mantenimento forzoso di un simulacro di rapporto in palese contrasto con la realtà storica e il vissuto dei singoli. Né si comprende a quale primaria esigenza dell'ordinamento ciò potrebbe corrispondere.

Quello che ha spinto le sez. un. a questa opzione interpretativa appare dunque, ancora una volta, l'esigenza di tutelare gli interessi del c.d. coniuge economicamente più debole ad una vita più agiata: sebbene questo argomento non sia evocato dalle sez. un. 2014, esso ha costituito il vero problema su cui si erano soffermate le sez. un. del 1988. In tale occasione peraltro le stesse sez. un. riconobbero che « le apprezzabili ragioni di tutela del coniuge più debole, il quale... è dal punto di vista patrimoniale insufficientemente tutelato a seguito di una pronuncia di nullità (cfr. artt. 129 e 129 *bis* c.c.) rispetto alla più ampia tutela che riceve dalla pronuncia il divorzio (cfr. art. 5 ss., l. n. 898/1970) », non generavano alcun contrasto con l'ordine pubblico italiano. Ritennero inoltre che un eventuale scelta politica correttiva della precedente fosse compito del legislatore e non di interventi giurisprudenziali claudicanti i quali, anche laddove non animati da poco encomiabili forzature ideologicamente orientate, corrono il rischio di porre in discussione radicati valori democratici come la divisione dei poteri e il principio di legalità.

Probabilmente la strada più corretta per sciogliere questo nodo sarebbe proprio quella di valorizzare adeguatamente l'autonomia negoziale dei coniugi sul piano qualitativo, mettendoli in condizione di stipulare accordi preventivi in vista della crisi solidi e soddisfacenti per entrambe le parti, in modo da salvaguardare le future relazioni interpersonali, inevitabili in pre-

la odierna fattualità del diritto, in *Giust. civ.*, 2014, p. 11; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 288; anche l'analisi di R. DWORKIN adotta un'epistemologia coerentista secondo la quale la correttezza dei principi giuridici si connette oltre che alla loro coerenza reciproca alla possibilità di integrarli in una visione complessiva, che si estende alle diverse pratiche sociali, cfr. R. DWORKIN, *Justice for hedgehogs*, Cambridge MA 2011.

senza di figli, e prevenire il conflitto, che viceversa viene alimentato (e non superato) dalla decisione del giudice. In aggiunta o in alternativa si potrebbe immaginare un intervento legislativo⁽⁹⁸⁾ volto a equiparare i rapporti economici tra ex coniugi sia per il caso di nullità sia per quello di scioglimento del matrimonio, che pur nella ovvia eterogeneità concettuale e strutturale evidenziano un'evidente uniformità funzionale⁽⁹⁹⁾, auspicabilmente accompagnato da una rimodulazione della linea interpretativa giurisprudenziale che ancorasse l'assegno post coniugale a criteri di maggiore ragionevolezza, meno eccessivamente unilaterali e ad elementi di valutazione più obiettivi e quindi meno arbitrariamente interpretabili, quale, ad esempio, un tenore di vita autonomo e dignitoso. Un simile percorso apparirebbe certo più ragionevole alla riflessione scientifica e alla società civile rispetto alle acrobazie nelle quali si lancia la giurisprudenza per la via di garantire all'ex coniuge, ancorché non bisognoso, emolumenti consistenti a carico dell'altro, attraverso l'alterazione funzionale dell'assegno di divorzio (e in funzione servente rispetto a questo obiettivo creando regole di diritto pretorio quali la nullità degli accordi in vista del divorzio derogativi *in peius*); o per la via di ostacolare il riconoscimento civile alle sentenze canoniche di nullità, salvo che il potenziale beneficiario dell'assegno di divorzio vi consenta a secondo del suo mutevole e imprevedibile interesse personale (magari soddisfatto da una somma di denaro altrimenti corrisposta). Alimentando in tal modo comportamenti opportunistici e strumentali.

7. — Negli ultimi decenni la famiglia come formazione sociale primaria che trovava il suo momento costitutivo nel matrimonio ha subito grandi trasformazioni, come sopra notato, prima nei paradigmi sociali e culturali e poi nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico (legislazione e giurisprudenza) ed oggi risulta indifferente parlare di una pluralità di famiglie giuridicamente caratterizzate in modo diverso ovvero di uno schema familiare che si viene specificando in funzione di una pluralità di fattori, come bene emerge dal dibattito sulle convivenze. Risulta inoltre largamente condivisa l'idea che la regola legislativa o giudiziale non soltanto non esaurisce la giuridicità ma ne esprime una semplice concretizzazione e nemmeno la prevalente⁽¹⁰⁰⁾.

Se anche non si ritenesse accoglibile la prospettiva segnalata da A.C. Jemolo secondo cui « un diritto di famiglia statale costituisce un elemento ete-

⁽⁹⁸⁾ Come auspicato dalla giurisprudenza nelle composizioni più autorevoli: oltre alle sez. un. n. 4700/1988, cit., cfr. C. cost. 27 settembre 2001, n. 329, in *Famiglia*, 2002, con nota di G. FERRANDO, *Gli effetti economici delle nullità matrimoniali al vaglio della Consulta*.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. F. UCCELLA, *Matrimonio, I*, *Dir. Civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 35, XIX, Roma 1990.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato (1918)*, ora in *Opere*, 1, Milano 1959; per un quadro più ampio P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012.

rogeono, destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato »⁽¹⁰¹⁾, non parrebbe viceversa trovare obiezione l'idea di A. Moro: « la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una *realtà* (corsivo mio) che non può menomare né mutare »⁽¹⁰²⁾, e dunque dovrebbe convenirsi che il tentativo di qualificazione formale dei rapporti familiari si sottragga fisiologicamente ad ogni rigidità giustificabile soltanto in chiave di precomprensioni di natura ideologica.

La sfida per il diritto contemporaneo della famiglia parrebbe dunque quella di demolire la muraglia cinese costruita tra società e diritto durante la modernità giuridica e riscoprire la natura autentica di questo quale ordinamento della società, recuperando quella onticità che lo statalismo moderno ha per un verso depauperato e per l'altro verso profondamente alterato. Il sistema del diritto della crisi coniugale non può che essere — in maniera ancora più evidente di quanto accada per ogni rapporto giuridico — duttile e aperto e quindi capace di riflettere le modulazioni dell'esperienza nella sua storicità.

Se le vicende della crisi coniugale, sommariamente richiamante in queste pagine, sembrano in larga misura suscettibili di rapide evoluzioni, le trasformazioni ordinamentali del recente passato (l. n. 162/2014) e quelle del prossimo futuro (c.d. divorzio breve, accordi preventivi sulla crisi coniugale, tribunale della famiglia) parrebbero dischiudere nuove frontiere per la giurisprudenza teorica e pratica, agevole essendo la previsione del ruolo che gli accordi di separazione e divorzio saranno destinati a svolgere in termini di rilevanza ed efficacia nella realizzazione dei diversi e confliggenti interessi che ruotano intorno alla crisi coniugale nella prospettiva di un superamento del conflitto e non della sua esasperazione.

È peraltro evidente che il legislatore, pur avendo dato prova di sensibilità e attenzione alla materia nel recente intervento normativo sugli accordi di negoziazione assistita e davanti all'ufficiale di stato civile, non può operare da solo. Sicché l'effettività dell'attuale novellata cornice normativa dipende molto dal modo in cui essa verrà concretamente interpretata e applicata dagli operatori. Su questo piano il discorso sin qui svolto si rivela necessariamente incompiuto, costituendo al massimo la premessa in chiave storicamente contestualizzata all'opera di razionalizzazione e applicazione che, tanto sulle so-

⁽¹⁰¹⁾ A.C. JEMOLO, *Sul diritto di famiglia, scritti in onore di G. Scaduto*, I, Padova 1970, p. 553 ss. (p. 563).

⁽¹⁰²⁾ A. MORO, *Intervento alla seduta dell'Assemblea costituente (del 6 novembre 1946)*, riportato da P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, ed. Università di Macerata, 2013, p. 69 ss., il quale aggiunge « se Dossetti disegna la famiglia come ordinamento giuridico primario, è per reazione alla pretesa del vecchio assolutismo giuridico di dettare alla famiglia una disciplina sua, anche in quello che essa ha di più intimo e di più essenziale, di più collegato inevitabilmente alle sorgenti stesse dell'essere e alle ragioni fondamentali della vita umana (seduta del 30 ottobre 1946), trovando in Aldo Moro un pronto supporto teorico ».

luzioni quanto sul metodo per applicarle, resta affidato alla giurisprudenza pratica, alla riflessione scientifica, alla sensibilità degli operatori per l'ampia e inesplorata materia del diritto c.d. collaborativo.

Se risulta chiara l'opzione di politica legislativa di consegnare alla auto-responsabilità dei coniugi e dei loro consulenti la gestione della crisi familiare, attraverso lo strumento tecnico degli accordi negoziati *extra causam*, non è affatto scontato che dottrina, giurisprudenza e professionisti siano pronti a recepire il mutato assetto valoriale di cui sono espressione le nuove norme. Ciò implicherebbe, da un lato, una ricostruzione del diritto della crisi coniugale « nel » diritto privato generale, piuttosto che — come è accaduto sino ad ora — « accanto » allo stesso, per di più confinato in una zona grigia coabitata dal diritto pubblico e da una disciplina processuale che molto spazio lascia ai poteri autoritativi del giudice; dall'altro lato, una visione del diritto come dimensione dell'esperienza che nasce in basso e dal basso, spontaneamente sulla base di regole liberamente poste in essere dalla autonomia degli interessati. Risulta infatti chiaro che ove la giurisprudenza perdurasse in una visione della crisi matrimoniale fortemente marcata dai profili pubblicistici, insiti nella concezione istituzionale della famiglia, ancora presente in molte decisioni, il successo delle procedure di negoziazione assistita sarebbe assai scarso, essendo uno dei coniugi indotto a ricercare la via giudiziale, ove potrebbe fare affidamento su un atteggiamento benevolo del giudicante.

I tre filoni giurisprudenziali sommariamente richiamati, espressione del vecchio assolutismo statalista, nella versione dell'assolutismo giudiziario, evidenziano che il momento normativo, (quando il diritto appare quale comando autorevole dell'investito di un potere, legato all'esercizio del potere o a una scansione di superiorità tra chi il potere lo detiene e chi lo subisce) non coglie affatto l'essenza del diritto ma unicamente la sua più appariscente manifestazione.

Il diritto applicato in questa materia rappresenta un chiaro indice di un cammino appena iniziato verso una concezione dell'autonomia privata come decisivo momento di coesione, ossia di aggregazione concettuale del sistema del diritto privato generale, esprimendo tanto il motore e il filo conduttore del percorso, quanto l'obbiettivo consistente nella valorizzazione delle istanze della società civile contemporanea all'interno dell'esperienza giuridica. Il discorso è svolto solo in minima parte ed è in larga parte suscettibile di svolgimento, ma molti sono gli sforzi da compiere in tale direzione, indipendentemente dalla condivisione degli esiti. La cultura giuridica italiana appare ancora troppo legata ad un approccio avversariale ed alla ricerca dello scontro in tribunale ma il sistema di affidare al giudice le decisioni sulla crisi coniugale, e quindi sulla vita delle persone, è diventato troppo costoso, doloroso, distruttivo, inefficiente per una società realmente civile.

Ciò che rileva nella riconduzione della crisi coniugale nell'alveo della disciplina generale è la prospettiva metodologica che si risolve in una opzione culturale e che, al tempo stesso, rivela i tratti di una scelta assiologica e di

coerenza del sistema. La regola legislativa o giurisprudenziale non soltanto non esaurisce la giuridicità ma ne esprime una semplice concretizzazione e nemmeno la prevalente. Occorre in definitiva, capovolgere la prospettiva e ricostruire il diritto della nuova famiglia non delle alture dell'apparato statale (un'aula parlamentare, una camera di consiglio) ma dal livello basso della società con la sua realtà plurale, composita, complessa. Dal basso, da un osservatorio ravvicinato si può raggiungere una visione complessiva e oggettiva del rapporto familiare e della sua eventuale dissoluzione, specialmente per quello che attiene ai rapporti tra i coniugi, per i quali il matrimonio civile non costituisce più una sistemazione economica definitiva, come nel passato, ma un rapporto basato sull'affetto e sul reciproco consenso, che può venire meno per molteplici ragioni ed ai coniugi stessi spetta ricreare un nuovo ordine dei loro rapporti, senza pesanti « eredità » imposte dal giudice con regola eteronoma.

L'auspicio è che le nuove norme siano il prodromo di un ripensamento profondo, di cui abbiamo bisogno, e che deve investire il diritto e la sua autentica natura ordinamentale; quindi, il rapporto diritto-società-Stato, il ruolo della normazione e il ruolo della autonomia privata. E questo uno dei messaggi scientifici più alti che viene dal patrimonio della nostra tradizione culturale: da Santi Romano ⁽¹⁰³⁾ a Filippo Vassalli ⁽¹⁰⁴⁾; da Aldo Moro ad Arturo Carlo Jemolo; da La Pira a Dossetti a Togliatti ⁽¹⁰⁵⁾. Alla giurisprudenza pratica ed alla scienza giuridica contemporanea è affidato l'alto compito ordinante di eliminare gradualmente l'avversarialità dei processi di separazione e divorzio, allo stesso modo di quanto è avvenuto con le ordalie nel medio evo. Come ben sanno gli storici del pensiero giuridico non sarebbe la prima volta che una scienza giuridica consapevole ed insofferente a barriere culturali costituisce il miglior salvataggio dell'ordine giuridico.

⁽¹⁰³⁾ Secondo la famosa proposizione di Santi Romano incisa al centro del suo volume *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1946 (rist. 1967) prima di essere norma il diritto è « organizzazione, struttura, posizione della stessa società ». Il diritto nella sua essenza e nella sua origine nativa è dimensione dell'esperienza, nasce dal basso spontaneamente giacché è la stessa società che si auto-ordina osservando collettivamente le regole liberamente poste in essere. Sulla figura di Santi Romano cfr. P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, in *Nobiltà del diritto*, Milano 2008, p. 669 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ La grande verità cara a Vassalli è la naturale intima estrastatualità del diritto civile, con questo imperativo per i giuristi egli chiude infatti il suo saggio *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi Giuridici*, vol. III, t. 2, Milano 1970, p. 574: « assecondare in primo luogo, per quanto è in loro, il movimento in atto verso il superamento del dogma statale » (p. 762).

⁽¹⁰⁵⁾ Si vedano le sedute del 9 e 10 settembre 1946 in *La Costituzione della repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, Roma - Camera dei Deputati, 1946-1948, vol. VI, p. 323, dove sono riportati gli interventi di La Pira Dossetti, Togliatti e Moro volti ad affermare l'antioriorità della persona rispetto allo Stato.