

# Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?

**SOMMARIO:** 1. L'orientamento della Corte di cassazione in materia di assegno di divorzio e l'esigenza di un ripensamento. – 2. La sentenza Cass. 10 maggio 2017, n. 11504: una svolta a favore dell'ex coniuge obbligato. – 3. Il principio dell'«autoresponsabilità». – 4. Crisi del matrimonio e obbligo di svolgere un'attività lavorativa: la ripartizione dell'onere della prova. – 5. Autoresponsabilità e autosufficienza tra parametri standardizzati e valutazione caso per caso. – 6. L'esigenza di ripensare i criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento. – 7. Il ruolo del giudice nella formazione del diritto effettivamente vigente e la necessità di un intervento del legislatore.

*The decision of the Italian Supreme Court, dated May 10, 2017, no. 11504 modifies the settled case law in matters concerning maintenance payments in case of divorce. The benchmark for quantification that was related to the «standard of living during marriage» has been abandoned and the principle of «self-sufficiency» establishes itself. Precisely, the Supreme Court distinguishes a first phase of the proceeding regarding the an, i.e. the ascertainment of the existence of the right in the light of the principle of self-responsibility and a second phase concerning the quantum, to be undertaken according to the criterion of the financial independency. The essay compares the new rule of the Italian living law with the new regulation in France and Germany.*

## 1. L'orientamento della Corte di cassazione in materia di assegno di divorzio e l'esigenza di un ripensamento.

Dover mantenere l'ex coniuge rappresenta in molti casi una esperienza idonea a segnare l'esistenza di una persona. Rispetto ad altre fattispecie di mantenimento previste dalla legge, l'obbligo di mantenere l'ex coniuge si caratterizza per il fatto di basarsi su un rapporto affettivo concluso, spesso a seguito di un contenzioso umano e giudiziale.

Se quindi nelle altre ipotesi – si pensi al mantenimento dei figli o alla contribuzione ai bisogni della famiglia – la solidarietà indicata come fondamento dell'obbligo (in genere) è

spontanea<sup>1</sup>, nel caso del mantenimento dell'*ex* coniuge la solidarietà post-coniugale, che ad avviso di molti giustifica l'obbligo in esame, viene imposta dalla legge e soltanto in rare ipotesi è accompagnata da un sentimento altruista<sup>2</sup>.

Il problema è comune a molti ordinamenti giuridici, ma nel nostro risulta particolarmente accentuato alla luce di regole giurisprudenziali che in alcuni casi hanno determinato un eccessivo *favor* nei confronti dell'avente diritto e situazioni di vero e proprio disagio economico in capo all'obbligato. Si consideri, infatti, che, secondo un orientamento consolidato, non si prevede un limite temporale alla durata dell'assegno di divorzio; per determinare il suo ammontare si fa riferimento al tenore di vita che si è goduto o che sarebbe stato possibile godere durante il matrimonio; è sempre possibile chiedere la revisione dell'assegno dimostrando il miglioramento delle condizioni economiche dell'obbligato (addirittura derivante da successione *mortis causa*); è possibile la corresponsione in unica soluzione soltanto con il consenso del coniuge avente diritto e la valutazione di equità da parte del giudice; e, ancora, sull'*ex* coniuge chiamato a versare l'assegno si fa gravare l'onere di provare che l'altro *ex* coniuge ha rifiutato concrete offerte di lavoro.

Un insieme di regole, in definitiva, spesso idonee a determinare situazioni insostenibili per l'obbligato che di frequente ha visto peggiorare drammaticamente le proprie condizioni di vita. È ovvio, d'altra parte, che se il coniuge avente diritto all'assegno può pretendere di conservare lo stesso livello di vita goduto durante il matrimonio, si verifica di conseguenza, salvo ipotesi particolari, un significativo ridimensionamento del livello di vita dell'altro *ex* coniuge, già alla luce della necessità di dover sostenere i costi di un secondo alloggio. Condivisibili appaiono pertanto le sentenze della Corte suprema che avevano cercato di ridurre lo squilibrio facendo riferimento ad un tenore di vita *tendenzialmente* uguale a quello tenuto durante il matrimonio<sup>3</sup>, travolte peraltro dall'orientamento dominante sopra descritto.

In definitiva, seppure il dato statistico informa che anche nel nostro paese la maggior parte dei matrimoni che si concludono con il divorzio non determina il sopravvivere di alcun obbligo tra gli *ex* coniugi, da tempo si avvertiva l'esigenza di un ripensamento del suddetto orientamento giurisprudenziale, in realtà basato su una dubbia lettura del dato

<sup>1</sup> In argomento v. soprattutto, N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1, il quale intende la solidarietà come «sentimento di generosità o di altruismo».

<sup>2</sup> In termini generali, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari-Roma, 2014, 48, parla di «solidarietà giuridicizzata». Con riferimento ai rapporti familiari e agli obblighi di mantenimento, 50. Ma vedi anche T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, *passim*; e, sull'ambiguità del termine solidarietà, P. RESCIGNO, *Solidarietà e diritto* (lezione magistrale), Napoli, 2006, spec. 13.

<sup>3</sup> Cfr. Cass., 19 settembre 2005, n. 18477: «Non è, quindi, necessario uno stato di bisogno, rilevando invece l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate per ristabilire un sostanziale equilibrio»; Cass., 18 agosto 2006, n. 18200, nella quale si fa riferimento ad «un tenore di vita (tendenzialmente) analogo a quello goduto manente matrimonio»; Cass., 2 maggio 2007, n. 10133, ove si afferma che l'assegno di divorzio «deve assicurare al coniuge più debole un tenore di vita tendenzialmente analogo a quello goduto manente matrimonio».

normativo, in modo da pervenire a soluzioni più attente a tutti gli interessi in gioco ed al mutato significato degli istituti in esame nella società moderna.

## 2. La sentenza Cass. 10 maggio 2017, n. 11504: una svolta a favore dell'ex coniuge obbligato.

Una svolta significativa si è avuta con la sentenza della Corte di cassazione, 10 maggio 2017, n. 11504<sup>4</sup>, già confermata da Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, che tra l'altro non ha accolto la richiesta del sostituto procuratore generale di rimettere il ricorso al primo presidente per l'eventuale sua assegnazione alle Sezioni Unite.

La suddetta sentenza modifica il quadro sopra brevemente descritto soprattutto per tre ragioni:

- i. cancella dal diritto vivente il parametro del «tenore di vita» goduto durante il matrimonio;
- ii. corregge il criterio di ripartizione dell'onere della prova, assegnando all'ex coniuge che chiede l'assegno di mantenimento l'onere di dimostrare che, senza sua colpa, non ha trovato una occupazione lavorativa;
- iii. indica un parametro per quantificare l'assegno di divorzio nei casi, da considerare residuali, in cui si configura il diritto ad ottenerlo.

Prima di analizzare le questioni sopra indicate e di affrontare alcuni aspetti problematici conviene tuttavia soffermarsi sulle più rilevanti affermazioni contenute nella sentenza, che servono a comprendere le ragioni del nuovo principio di diritto stabilito dalla Corte di cassazione.

Nelle pagine iniziali si osserva, in primo luogo, che «una volta sciolto il matrimonio civile o cessati gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio religioso, (...) il rapporto matrimoniale si estingue definitivamente sia sul piano dello *status* personale dei coniugi, i quali devono perciò considerarsi da allora in poi "persone singole", sia dei loro rapporti economico patrimoniali (art. 191, comma 1, cod. civ.) e, in particolare del reciproco dovere di assistenza morale e materiale (art. 143, comma 2, cod. civ.)». La precisazione – a nostro avviso – è molto importante perché se il reciproco dovere di assistenza trova certamente fondamento nella solidarietà coniugale, la sua cessazione (in verità non totale) rende in effetti abbastanza arduo configurare quella «solidarietà post-coniugale» tradizionalmente indicata come fondamento dell'obbligo di pagare l'assegno di divorzio<sup>5</sup>. La solidarietà post-coniugale viene comunque ancora (correttamente) ammessa nella sentenza in esame, che rinviene il suo fondamento nel dovere inderogabile di solidarietà «economica»

<sup>4</sup> In *Foro it.*, 2017, I, 1859, con note di G. Casaburi, C. Bona e A. Mondini; in *Fam e dir.*, 2017, 636, con nota di E. Al Mureden.

<sup>5</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II 1, *La famiglia*<sup>2</sup>, Milano, 2014, 297 s.

(art. 2, in relazione all'art. 23 Cost.). L'assenza di ragioni di solidarietà economica comporta – ad avviso della Corte – che l'eventuale riconoscimento del diritto determinerebbe una «locupletazione illegittima». Già sotto questo profilo si ravvisa pertanto un importante distacco rispetto alla concezione tradizionale che – non soltanto in Italia – individua il fondamento della solidarietà coniugale nelle norme di rango costituzionale che disciplinano il matrimonio e la famiglia, e quello della solidarietà post-coniugale nella stessa esistenza di un rapporto coniugale e familiare che, sia pur cessato, non perde la sua rilevanza sotto il profilo in esame ed i cui effetti – non a caso – sono in genere collegati anche alla durata del rapporto stesso.

Originale, inoltre, la lettura sistematica della normativa vigente che disciplina l'obbligo in questione (art. 5, comma 6, legge 898/1970) sotto l'aspetto del procedimento e delle sue scansioni. Si legge infatti che il giudizio deve essere distribuito in due fasi: la prima relativa all'accertamento della configurabilità del diritto all'assegno e, in caso di esito positivo, la seconda dedicata alla determinazione quantitativa dell'assegno.

Per quanto concerne la critica al «tenore di vita matrimoniale», quale parametro per quantificare l'assegno di divorzio, si afferma che non può avere una perdurante efficacia, sul piano economico, un vincolo che è stato disciolto sul piano personale. Ma, soprattutto, distinte le due fasi del giudizio, si precisa che il livello di vita matrimoniale non può comunque rilevare ai fini dell'accertamento dell'*an* dell'esistenza del diritto, da svolgere alla luce del principio di «autoresponsabilità» economica degli *ex* coniugi, che – ad avviso della Corte – informa la disciplina in materia dopo la riforma del 1987. Il criterio, in ogni caso, «non è più attuale», come conferma il costume sociale che ormai vede nel matrimonio un atto di libertà e di autoresponsabilità, per di più, in base alla normativa di recente introdotta nell'ordinamento italiano, agevolmente «risolubile».

Sulla configurabilità del diritto all'assegno, si conclude quindi nel senso che occorre anzitutto fare riferimento al dettato legislativo, poiché nella norma dell'art. 5 comma 6 della legge sul divorzio si parla di mancanza di «mezzi adeguati» e della «impossibilità di procurarseli» per ragioni oggettive, presupposti che devono entrambi riferirsi alla sfera dell'*ex* coniuge che richiede l'assegno.

Di conseguenza, si afferma che il parametro di riferimento per valutare l'adeguatezza dei mezzi deve essere individuato nella «autosufficienza», cioè nella «indipendenza economica» del richiedente, effettiva o potenziale, cioè nello stesso parametro applicato per disporre il pagamento di un assegno periodico in favore dei figli maggiorenni, economicamente non indipendenti, secondo quanto dispone l'art. 337-*septies*, primo comma, c.c.

Le argomentazioni offerte dalla Corte non appaiono sempre convincenti, ma deve essere anzitutto apprezzata – ad avviso di chi scrive – la scelta di fondo relativa alla «autoresponsabilità», che avvicina l'Italia agli altri ordinamenti europei. La Corte segnala che il principio enunciato, implicitamente rinvenibile nel tessuto normativo del nostro ordinamento, «appartiene al contesto giuridico europeo», poiché le legislazioni di molti paesi europei, «talora in termini rigorosi e radicali», hanno previsto come regola generale la piena autoresponsabilità economica degli *ex* coniugi, salvo eccezioni (limitate anche nel tempo) in caso di particolari situazioni che giustificano la solidarietà.

### 3. Il principio dell'«autoresponsabilità».

Il riferimento al contesto giuridico europeo è correttamente contenuto in poche righe della sentenza. In sede di commento sembra opportuno confermare l'esattezza della lettura della Corte suprema circa l'evoluzione della problematica in Europa, ma altresì svolgere alcune osservazioni relative alla complessità delle soluzioni invero riscontrabili in altri ordinamenti ed alla attenzione comunque riservata ad esigenze di tutela che a volte trovano un espresso riscontro nella normativa.

Conviene altresì mettere in luce che il principio dominante in Europa, anche alla luce dei *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, elaborati dalla Commissione europea per il diritto di famiglia, è quello della «autosufficienza» inteso tuttavia nel senso di «autoresponsabilità» (principio 2:2), cioè come obbligo di ciascun coniuge di provvedere ai propri bisogni dopo il divorzio<sup>6</sup>. Il principio conosce tuttavia alcune eccezioni o limitazioni, riconducibili all'idea della solidarietà. L'obbligo di mantenimento si configura, ad esempio, quando l'ex coniuge richiedente non ha mezzi adeguati né la possibilità di procurarli per far fronte ai propri bisogni e l'altro coniuge è in grado di soddisfare le sue esigenze. Al riguardo, occorre tenere conto della capacità lavorativa dei coniugi divorziati, dell'età e dello stato di salute, della cura di figli minori, della ripartizione dei doveri durante il matrimonio, della sua durata e del tenore di vita, nonché di successivi matrimoni o convivenze (principio 2:4). L'eventuale somma dovuta a titolo di mantenimento deve essere versata con cadenza periodica e in anticipo ed è altresì possibile il pagamento in un'unica soluzione (principio 2:5). Nonostante il sussistere dei suddetti presupposti il mantenimento può essere escluso se il pagamento risulta di eccezionale «durezza» per l'obbligato, tenendo conto tra l'altro del comportamento dell'ex coniuge richiedente (principio 2:6). Inoltre, nel valutare la capacità dell'ex coniuge chiamato a soddisfare i bisogni dell'altro, occorre accordare priorità alle esigenze di mantenimento dei figli dell'obbligato come pure tenere conto di eventuali obblighi di quest'ultimo nei confronti di un nuovo *partner* (principio 2:7). In ogni caso, il mantenimento – salvo casi eccezionali – può essere attribuito soltanto per un periodo di tempo limitato (principio 2:8) e l'obbligo si estingue se l'avente diritto è passato a nuove nozze oppure ad una convivenza stabile.

Secondo il principio dell'autoresponsabilità, codificato tra l'altro nell'ordinamento tedesco, ognuno dei coniugi dopo il divorzio, in linea di principio, deve provvedere al proprio mantenimento. Non si guarda invece alla mancanza di autosufficienza per giustificare alcune ipotesi che impongono determinate prestazioni a carico dell'altro ex coniuge.

<sup>6</sup> In argomento v. S. PATTI, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Familia*, 2005, 337 ss.

Per un quadro dell'evoluzione del diritto europeo della famiglia in tema di divorzio e mantenimento tra ex coniugi, v. K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT, I. SUMNER (Ed.), *European Law in Action, II, Maintenance between former spouses*, Antwerp-Oxford-New York, 2003.

L'esperienza tedesca risulta particolarmente interessante poiché per molti anni in Germania si è attribuito un rilievo prevalente alla solidarietà postconiugale ma, nel 2007, una legge di riforma ha introdotto nel § 1569 BGB il «principio dell'autoresponsabilità» (*Grundsatz der Eigenverantwortung*)<sup>7</sup>, al quale viene affiancato quello della *Handlungsfreiheit*, cioè della libertà di agire che ciascuno dei coniugi deve avere dopo il divorzio e che risulta limitata da eventuali obblighi di mantenimento. La solidarietà post-coniugale non è comunque scomparsa, trovando giustificazione (in genere comunque per un periodo di tempo determinato) anzitutto nel fatto che in molti casi il matrimonio causa una dipendenza economica di un coniuge, il quale ad esempio non può iniziare o continuare la propria formazione professionale oppure deve ridurre o abbandonare la propria attività lavorativa. Le conseguenze di queste scelte (comuni) si ripercuotono sul periodo post-coniugale e la solidarietà (*nacheheliche Solidarität*) sopravvive quale fondamento di alcune fattispecie puntualmente disciplinate. Si consideri, ad esempio, il § 1570 BGB secondo cui l'ex coniuge ha diritto ad un assegno di mantenimento nel caso di presenza di uno o più figli minori (comuni) fino al compimento del terzo anno di età degli stessi, e ciò a prescindere dalla sua situazione patrimoniale e, ovviamente, oltre alla somma prevista per il mantenimento dei figli. In tal modo il legislatore ha garantito la presenza e la cura del genitore, in genere la madre, nella prima fase di vita del figlio, mentre a questa regola, rigidamente formulata, sarebbe stato ben difficile pervenire mediante un'evoluzione giurisprudenziale. Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento alla norma che garantisce all'ex coniuge quanto necessario per completare la sua formazione professionale nel caso in cui essa non era stata iniziata o era stata interrotta in vista del matrimonio o durante il matrimonio (§ 1575 BGB); oppure a quelle che prevedono l'obbligo di mantenimento se sussistono gravi motivi che impediscono l'esercizio di un'attività produttiva (§ 1576), oppure uno stato di bisogno, che comunque non rileva se al momento del divorzio ci si doveva aspettare che il mantenimento poteva essere assicurato in modo duraturo dal patrimonio dell'ex coniuge (§ 1577). La misura del mantenimento si determina sulla base delle condizioni di vita matrimoniale e il mantenimento comprende tutti i bisogni della vita (§ 1578, 1). La pretesa al mantenimento del coniuge divorziato deve essere tuttavia limitata temporalmente se una pretesa a tempo indeterminato appare iniqua anche in ragione delle esigenze di un figlio comune (§ 1578b, 2).

Dal principio dell'autoresponsabilità discende che la mancanza di autosufficienza non rileva se non ricorrono i presupposti che giustificano la solidarietà postconiugale, in particolare se non è conseguenza della ripartizione di ruoli concordata durante il matrimonio. Viceversa sono previste diverse ipotesi in cui si configura un obbligo di prestazione da ricondurre al principio di solidarietà post-coniugale, a prescindere dalle condizioni econo-

<sup>7</sup> Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts (UÄndG, BGBl, 2007, I, 3189), entrata in vigore il 1° gennaio 2008. Per un commento v. W. BORN, *Das neue Unterhaltsrecht*, in *NJW*, 2008, 1 ss.

miche dell'avente diritto e quindi dalla sua «autosufficienza». Si noti che nonostante la dettagliata disciplina prevista dal BGB, spesso la giurisprudenza fa ricorso a clausole generali che vengono concretizzate e hanno condotto alla elaborazione di tabelle<sup>8</sup>.

In Francia, a seguito di una riforma del *Code civil* del 2004<sup>9</sup> è stata introdotta una normativa che, mirando ad una *dédramatisation* del divorzio, tende anzitutto a risolvere in modo definitivo le eventuali questioni patrimoniali in modo che ciascuno dei coniugi divorziati possa riprendere il cammino della vita autonomamente e senza «carichi pendenti».

Nell'ordinamento francese – come si vedrà – si tende in primo luogo ad un riequilibrio patrimoniale, non a concedere un minimo per vivere e quindi l'«autosufficienza» presenta un rilievo marginale.

#### 4. Crisi del matrimonio e obbligo di svolgere un'attività lavorativa: la ripartizione dell'onere della prova.

Secondo la sentenza in esame incombe sull'*ex* coniuge che chiede l'assegno di divorzio l'onere di provare la sussistenza delle «relative condizioni di legge», cioè la mancanza di mezzi adeguati o, comunque, l'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive.

Per quanto riguarda il primo aspetto, rileva l'«autosufficienza», cioè il «possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari»: di conseguenza non può configurarsi il diritto all'assegno se il coniuge divorziato dispone comunque di beni dai quali ricavare i mezzi necessari per vivere. Mentre, con riferimento alle «capacità e possibilità effettive di lavoro personale» si stabilisce un'applicazione della norma generale in tema di ripartizione dell'onere della prova (art. 2697 c.c.), che corregge gravi e ripetute violazioni della stessa disposizione.

Erroneamente, infatti, la giurisprudenza aveva posto a carico dell'*ex* coniuge obbligato l'onere di dimostrare che il richiedente l'assegno avesse rifiutato concrete occasioni di lavoro, non rispettando in tal modo non soltanto la norma generale ma altresì criteri, da tempo elaborati, conformi a principi di logica e di buon senso, come quello della «vicinanza alla prova». La conseguenza della suddetta erronea ripartizione era stata quella di porre il soggetto chiamato a versare l'assegno di fronte ad una vera e propria *probatio diaboli-ca*, e in definitiva di incidere sulla regola di diritto sostanziale attraverso la distribuzione dell'onere probatorio.

<sup>8</sup> Cfr. N. DETHLOFF, *Familienrecht*, 30 ed., München, 2012, 184 ss. Per approfondimenti, v. G. BRUDERMÜLLER, *Geschieden und noch gebunden? Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral*, München, 2008; M. KREMER, *Das Prinzip der familiären Solidarität im Unterhaltsrecht des BGB*, Bielefeld, 2010.

<sup>9</sup> Loi 26 mai 2004, n. 2004/409, entrata in vigore il 1° gennaio 2005.

Considerazioni analoghe dovrebbero indurre la giurisprudenza a modificare la regola della ripartizione dell'onere, circa la possibilità di svolgere un'attività lavorativa, anche nei giudizi relativi all'assegno di mantenimento a seguito di separazione personale dei coniugi. Sussiste infatti un orientamento consolidato secondo cui sul coniuge chiamato a versare l'assegno di mantenimento grava l'onere di fornire la prova del rifiuto dell'altro coniuge di concrete opportunità di lavoro<sup>10</sup>. La giurisprudenza ha in tal modo esteso alle fattispecie di separazione personale la regola dettata in tema di divorzio, posto che la norma dettata in materia di separazione personale dei coniugi prevede soltanto il diritto di ricevere quanto è necessario al mantenimento in mancanza di adeguati redditi propri ma non contiene la frase «o comunque non può procurarsi per ragioni oggettive». Non essendo stata prevista una regola particolare di ripartizione dell'onere della prova, dovrebbe trovare applicazione la regola generale dell'art. 2697 c.c., secondo cui l'onere di provare i fatti costitutivi grava sull'attore. Nel caso in esame fatti costitutivi sono sia la mancanza di mezzi adeguati sia l'impossibilità di procurarseli, cioè di svolgere un'attività lavorativa. Se allora può (entro certi limiti, alla luce delle condizioni del mercato del lavoro) giustificarsi la regola giurisprudenziale secondo cui è lecito rifiutare occasioni di lavoro non adeguate in considerazione della formazione ricevuta, deve essere considerata errata la regola di ripartizione che fa gravare sul coniuge convenuto l'onere della prova di un fatto costitutivo.

Né, in senso favorevole al criticato orientamento, varrebbe rilevare che la giurisprudenza si preoccupa di modificare l'oggetto della prova richiesta al convenuto, chiamato a provare non il fatto negativo della mancanza di adeguato impegno da parte del coniuge, bensì il fatto positivo del «rifiuto» di quest'ultimo di concrete occasioni di lavoro. La modifica dell'oggetto della prova non serve infatti a correggere l'errata ripartizione dell'*onus probandi* e, comunque, come insegna l'esperienza dei tribunali, risulta ben difficile provare l'eventuale «rifiuto» del coniuge, trattandosi di vicende che attengono ad una sfera del tutto estranea a quella del soggetto chiamato a versare l'assegno. In definitiva, la suddetta ripartizione dell'onere, che viola anche il principio della «vicinanza alla prova», conduce a risultati ancor meno accettabili proprio perché la giurisprudenza non si accontenta di una valutazione in astratto delle occasioni di lavoro, in base alla qualificazione professionale della persona e alle condizioni del mercato, ma esige la prova dell'avvenuto «rifiuto» da parte del coniuge di concrete offerte o occasioni di lavoro. Come conseguenza di tale orientamento, il coniuge nei cui confronti viene fatta valere la pretesa finisce spesso per essere considerato «obbligato» semplicemente sulla base della domanda.

<sup>10</sup> V., ad es., Cass., 2 luglio 2004, n. 12121, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, 17 ss. con nota critica di S. Patti, *Assegno di mantenimento e ricerca di un lavoro*.



## 5. Autoresponsabilità e autosufficienza tra parametri standardizzati e valutazione caso per caso.

Esaminando la sentenza sull'assegno di divorzio dall'angolo di visuale degli altri ordinamenti europei, la Corte di cassazione sembra in realtà essersi allontanata da recenti modelli perché in primo luogo trascura una serie di circostanze che possono giustificare (o meglio imporre) la sopravvivenza di una «adeguata» solidarietà, ma soprattutto perché offre un criterio di quantificazione tendenzialmente unitario, in quanto commisurato a parametri esterni, in grado certamente di offrire certezza e prevedibilità nonché semplificazione dei procedimenti, ma non soddisfacente poiché insensibile alle caratteristiche del caso concreto. Viceversa, le norme in vigore in altri paesi europei, tra cui la Germania e la Francia, configurano criteri di carattere generale in grado di consentire al giudice di commisurare la somma (eventualmente) da pagare alle caratteristiche di ogni singola fattispecie. In altri termini, il principio generale della autoresponsabilità non ha cancellato quello della solidarietà, che sopravvive con riferimento a diverse ipotesi in cui il giudice è tenuto a stabilire la somma dovuta in base alle circostanze del singolo divorzio.

Inoltre, i giudici di legittimità non hanno tenuto conto di una concezione degli effetti del divorzio, riscontrabile in diversi paesi europei, secondo cui occorre favorire un «riequilibrio» e le eventuali prestazioni patrimoniali a carico e, rispettivamente, a favore di uno degli *ex* coniugi, devono esaurirsi nel più breve tempo possibile, in modo da evitare la prosecuzione di conflitti e liti. Così, in Francia, in mancanza di un accordo dei coniugi, è previsto l'eventuale pagamento di una *prestation compensatoire* (*una tantum*) avente *un caractère forfaitaire* sotto forma di una somma di denaro il cui ammontare viene determinato dal giudice (art. 270 *Code civil*) e che può avere anche ad oggetto l'attribuzione di beni in proprietà (art. 274 *Code civil*). Peraltro, se il debitore non è in grado di pagare la somma in un'unica soluzione, il giudice può fissare le «*modalités*» del pagamento, in un periodo massimo di otto anni, sotto forma di versamenti periodici. Proprio al fine di assicurare la definitiva cessazione di ogni rapporto tra i coniugi, soltanto in ipotesi eccezionali, la «*prestation compensatoire*» può assumere la forma di una rendita a vita (*rente viagère*). In ogni caso, non è possibile aumentare in un secondo momento l'ammontare stabilito: «*la (eventuale) révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge*» (art. 276-3 al. 2 *Code civil*).

L'intento di evitare qualsiasi prosecuzione di rapporti economici tra gli *ex* coniugi risulta inoltre dalla nuova norma introdotta dall'art. 276-4 *Code civil*, secondo cui il debitore di una «*prestation compensatoire*» sotto forma di rendita può chiedere al giudice, in qualsiasi momento, di sostituire in tutto o in parte la rendita con il pagamento di una somma. Analoga domanda può essere presentata dal creditore della prestazione patrimoniale se dimostra che le condizioni del debitore consentono questa modifica.

La riflessione sul modello francese è utile anche sotto un profilo diverso, perché, come detto, la suddetta somma di denaro *una tantum* deve essere pagata, a prescindere dalle

condizioni di bisogno del richiedente, al fine di *compenser (...) la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives*<sup>11</sup>.

Occorre infatti chiedersi, anche per sollecitare una riforma del diritto italiano vigente, se alla luce della nuova concezione dell'assegno di divorzio, non risulti eccessivamente penalizzato (soprattutto) l'*ex* coniuge che ha vissuto in regime di separazione dei beni e, dopo un rapporto matrimoniale durato molti anni, nulla riceve poiché comunque dispone di un minimo già quantificato da alcune sentenze di merito in circa mille euro mensili per (sopra)vivere<sup>12</sup>. Ed al riguardo conviene altresì far menzione del sistema inglese, in cui – come è noto – il giudice ha il potere di «riallocare» la proprietà dei beni conseguita durante il rapporto matrimoniale per evitare eccessive situazioni di squilibrio<sup>13</sup>.

In definitiva, nelle ipotesi in cui si configura l'obbligo di un coniuge di effettuare prestazioni a favore dell'altro, il *quantum* di tali prestazioni dipende da una serie di circostanze non «cristallizzate» ma che, al contrario, impongono una valutazione caso per caso. Sotto questo profilo la recente sentenza della Corte di cassazione si distacca profondamente non soltanto dall'orientamento precedente ma altresì dalle soluzioni riscontrabili nel contesto europeo.

Particolarmente significativo al riguardo l'ordinamento francese in cui – come si è visto – il fine principale della riforma non è stato quello di predisporre una tutela per i casi in cui non sussiste l'«autosufficienza» di un *ex* coniuge, quanto di favorire una soluzione equilibrata e definitiva delle questioni patrimoniali. In tal senso, non si tratta di attribuire o meno un «minimo» che consenta di (sopra)vivere quanto di disciplinare le eventuali prestazioni patrimoniali in modo da garantire una soluzione equilibrata e di esaurirle nel più breve tempo possibile al fine di evitare la prosecuzione e la riapertura di conflitti e liti.

## 6. L'esigenza di ripensare i criteri di quantificazione dell'assegno di mantenimento.

La sentenza in esame determina un trattamento del coniuge divorziato del tutto diverso rispetto a quello del coniuge separato che ha diritto all'assegno di mantenimento.

La spiegazione – formalmente ineccepibile – viene indicata nel permanere del vincolo di coniugio nel primo caso e del suo cessare nel secondo. A ciò potrebbe aggiungersi che il periodo di separazione, a seguito delle recenti riforme legislative, si è ulteriormente abbreviato e che pertanto la questione ha perso una parte della sua rilevanza.

Tuttavia, a ben vedere, appare del tutto inadeguata la tradizionale spiegazione secondo

<sup>11</sup> M.P. MURAT-SEMPIETRO, V. TRAMBOUZE, *Le divorce après la loi du 24 mai 2004*, Paris, 2006, 133 ss.

<sup>12</sup> Cfr., tra le altre, Trib. Milano (ord.), 22 maggio 2017.

<sup>13</sup> R. PROBERT, M. HARDING, *Family and Succession Law in England and Wales*, 5a ed., Alphen aan den Rijn, 2016, 199 ss.

cui nel caso della separazione personale il rapporto coniugale non si interrompe, determinandosi *soltanto* una sospensione dei doveri di natura personale, quali la convivenza, la fedeltà e la collaborazione; e che gli aspetti di natura patrimoniale non vengono meno, pur assumendo contenuti coerenti con la nuova situazione.

Infatti, è proprio la cessazione degli obblighi di natura personale, in primo luogo quello di coabitazione e di fedeltà a sancire – già nella coscienza sociale – la fine del rapporto matrimoniale. Non si vede soprattutto perché si debba garantire lo stesso livello della vita matrimoniale ad un coniuge che, ad esempio, a prescindere dall'addebito (invero pronunciato raramente) della separazione, è andato prontamente a coabitare con un'altra persona!

A tal proposito deve tuttavia osservarsi che il pagamento di somme sicuramente eccessive – come è testimoniato da un caso che ha impegnato anche la cronaca dei quotidiani<sup>14</sup> – risulta non condivisibile alla luce degli stessi criteri di equità e di ragionevolezza che hanno condotto alla formazione della nuova regola del diritto vivente in tema di assegno di divorzio.

A conclusioni analoghe si perviene alla luce della comparazione, poiché – a ben vedere – perfino negli ordinamenti che non prevedono la separazione personale dei coniugi come istituto giuridico – è il fatto stesso della crisi coniugale e della separazione a determinare la fine della comunanza di vita e della connessa «solidarietà»<sup>15</sup>.

## 7. Il ruolo del giudice nella formazione del diritto effettivamente vigente e la necessità di un intervento del legislatore.

Un ultimo rilievo concerne il ruolo del giudice nella formazione del diritto effettivamente vigente. Il dibattito si è di recente intensificato ed arricchito di interessanti contributi, anche di matrice giurisprudenziale. Le tesi che si confrontano sono in particolare rappresentate da chi vede una insanabile contraddizione già nell'espressione «interpretazione creativa», osservando che l'interpretazione presuppone un dato esistente mentre la creazione inizia dove il dato manca<sup>16</sup>, e da chi ravvisa nel contributo del giudice un'ineludibile e utile componente del diritto vivente<sup>17</sup>.

Ad avviso di chi scrive, appartiene alla cultura giuridica europea da oltre mezzo secolo il convincimento che il giudice partecipa e deve partecipare alla formazione del diritto

<sup>14</sup> Cass., 16 maggio 2017, n. 12196.

<sup>15</sup> Cfr. le opere citate nelle note 7 e 8.

<sup>16</sup> L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, nel numero monografico di *Questione giustizia, Il giudice e la legge*, 2016, 4, p. 13 ss.

<sup>17</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 15 ss.

effettivamente vigente<sup>18</sup>. Ciò che è cambiato negli ultimi anni concerne soprattutto la maggiore consapevolezza del giudice circa il suo ruolo. Una dimostrazione può rinvenirsi nel contributo scientifico offerto dall'estensore della sentenza in esame al dibattito in corso<sup>19</sup>.

Occorre tuttavia prendere atto degli inevitabili limiti di una «costruzione» giurisprudenziale che, dopo avere correttamente fatto riferimento al principio della autoresponsabilità, può fissare soltanto in modo generico le eccezioni basate sulla solidarietà postconiugale, con inevitabili conseguenze negative sul piano della certezza del diritto e della parità di trattamento. Illuminante al riguardo soprattutto l'esperienza tedesca poiché la riforma del BGB, dopo la norma iniziale che prevede il principio della *Eigenverantwortung* ha introdotto numerose norme che – come si è visto – disciplinano le eccezioni basate sulla solidarietà postconiugale.

In definitiva, l'opportuno *revirement* giurisprudenziale in tema di assegno di divorzio che, ovviamente, non ha potuto tenere conto di tutte le fattispecie particolari disciplinate dalle leggi degli altri ordinamenti brevemente ricordate, dovrebbe spingere il legislatore ad una riforma ispirata al principio di autoresponsabilità ma sensibile alle giuste esigenze dell'*ex* coniuge «debole» o che – sia pure indirettamente – ha contribuito alla formazione del patrimonio dell'altro, eventualmente estesa anche ad aspetti del regime patrimoniale e della autonomia privata in materia di accordi in vista del divorzio.

<sup>18</sup> C. M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, 61 ss. (ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, 1, 35 ss.).

<sup>19</sup> A. LAMORGESE, *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione giustizia*, cit., p. 115 ss.