

16. COSA IL MEDIATORE DEVE SAPERE

16.3. ELEMENTI DI DIRITTO DI FAMIGLIA a cura dell'avv. Silvia Veronesi

LA FAMIGLIA FONDATA SUL MATRIMONIO: I RAPPORTI TRA I CONIUGI

Art. 29, I comma, Cost., “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

Relatività, nello spazio e nel tempo, del concetto di matrimonio.

Attualmente nel nostro ordinamento esistono due principi cardine:

- la diversità dei sessi (altrimenti il matrimonio è inesistente);
- la monogamia (altrimenti si incorre nel reato di bigamia ed il secondo matrimonio è nullo).

Definizione di massima: unione tra un uomo e una donna che intendono costituire una comunione di vita (comunanza di affetti e materiale – *affectio coniugalis*).

Tre forme:

- civile – celebrato nella casa comunale innanzi all'ufficiale dello stato civile;
- concordatario – introdotto con i patti lateranensi dell'11 febbraio 1929: celebrato secondo il rito cattolico e produttivo di effetti civili grazie alla trascrizione sui relativi registri);
 - canonico – celebrato e regolato secondo l'ordinamento cattolico. Improduttivo di effetti civili.

Perché vi sia celebrazione deve esservi lo scambio dei consensi nella forma prevista dall'ordinamento. La volontà deve essere libera e spontanea, altrimenti il matrimonio è impugnabile.

Con il matrimonio, sia esso civile o concordatario, gli sposi si sottopongono ad un regime imperativo dettato dal codice civile.

Art. 143, 1° comma, c.c.: principio di uguaglianza dei coniugi, uguaglianza sostanziale e perfetta, da intendersi nel senso di identità di posizioni dei coniugi rispetto ai diritti e ai doveri nascenti dal matrimonio.

Tale regime è stato radicalmente modificato, rispetto a quello dettato dal codice civile del 1942, con la riforma del diritto di famiglia del 1975, che ha dato attuazione al principio costituzionale di uguaglianza tra i coniugi (art. 29, I comma, Cost: “il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”).

- concezione della famiglia legittima anteriore alla riforma: struttura gerarchica avente a “capo” il marito-padre.

Mentre l'art. 143 c.c. sembrava porre i coniugi su un piano di parità, posto che ad entrambi il matrimonio imponeva “l'obbligo reciproco della coabitazione, della fedeltà e dell'assistenza”, l'art. 144, c.c., sanciva la posizione di preminenza del marito. La norma infatti, intitolata “potestà maritale” secondo la sua originaria formulazione, stabiliva: “il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la residenza.”

Alla posizione di soggezione della moglie al marito corrispondeva l'obbligo di quest'ultimo di “proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze” (art. 145, 1° co., c.c. 1942). La moglie, invece, era tenuta a mantenere il marito, solo quando questi non avesse avuto mezzi sufficienti (art. 145, 2° co., c.c. 1942).

Diverse discipline erano previste anche per il caso dell'abbandono del domicilio coniugale e dell'adulterio a seconda che si trattasse del marito o della moglie ad essere uscito di casa o ad avere avuto una relazione extraconiugale. Così, se la moglie, allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale avesse rifiutato di ritornarvi, l'obbligazione del marito di provvedere al mantenimento della moglie era sospesa (art. 146, 1° co., c.c. 1942). Analoga disposizione non esisteva invece in caso di abbandono del domicilio coniugale da parte del marito (qualora

fosse stato mantenuto dalla moglie per insufficienza di mezzi propri). Analogamente, mentre l'adulterio della moglie era punito con la reclusione fino ad un anno (art. 559, c.p. 1930), l'adulterio del marito non era punito se non quando lo stesso avesse tenuto "una concubina nella casa coniugale o notoriamente altrove" (art. 560, c.p. 1930). Tali norme sono state dichiarate incostituzionali nel 1968 e nel 1969.

In questo contesto normativo, che delineava una famiglia gerarchica e piramidale con a capo il marito-padre, si inserivano le norme sui rapporti tra i genitori e i figli, anch'esse caratterizzate dalla preminenza della figura paterna.

Regime primario attuale: i doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c..

Tali doveri hanno il carattere della reciprocità, discendono dal matrimonio indipendentemente dalla volontà dei coniugi e, secondo la prevalente dottrina, sono inderogabili, con la conseguente nullità del patto con il quale i coniugi si dispensassero dalla loro osservanza. Anzi, qualora i coniugi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti, il matrimonio è impugnabile per simulazione ai sensi dell'art. 123 c.c. I diritti corrispondenti ai doveri di cui al 2 comma sono indisponibili dal titolare.

Hanno natura strettamente giuridica, non solo morale, giuridicità testimoniata sia dall'istituto della separazione con addebito, sia dalle molteplici misure volte a sanzionare il comportamento del coniuge che viola tali doveri coniugali (es. l'art. 146 c.c. sanziona l'allontanamento del coniuge, senza giusta causa, dalla residenza familiare con la sospensione dell'obbligo di assistenza morale e materiale nei suoi confronti; l'art. 570 c.p. contempla il reato di violazione dei doveri di assistenza familiare), sia dalla configurabilità della responsabilità civile per fatto illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., responsabilità che attualmente è estesa anche al danno esistenziale quando siano stati violati valori e diritti della persona costituzionalmente garantiti.

L'estensione ed il loro contenuto concreto è oggetto dell'accordo tra i coniugi di cui all'art 144 c.c. ("i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa"), esiste un contenuto minimo che non può essere escluso.

Secondo Cass. 10.05.2005, n. 9801, "l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro – pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo – un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, sostanziatesi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto, è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità coeundi a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio." (Giur. it. 2006, 4 691 nota Fraccon e Carbone).

Il tema dell'esercizio dei diritti personali, previsti e tutelati dalla Costituzione, in relazione alle esigenze della comunità familiare e agli obblighi che discendono dal matrimonio, è connesso con il tema del rapporto tra uguaglianza dei coniugi e unità della famiglia. In regime di parità, infatti, le libertà "comuni" non possono ricevere un sacrificio ineguale per i due coniugi.

Ciascuno dei coniugi non può limitare la libertà personale dell'altro (art.13 Cost), e che allo stesso modo incontri, nel godere della propria libertà, il solo limite derivante dal rispetto degli obblighi coniugali.

Secondo la giurisprudenza di merito nessuno dei due coniugi può compromettere la libertà dell'altro di mantenere rapporti sereni e liberi con i componenti della propria famiglia di origine, costituendo il divieto in tal senso causa di addebitabilità della separazione (Trib. Catania, 31 dicembre 1992).

In relazione alla libertà di pensiero e di religione, la Corte di legittimità ha affermato che il mutamento di fede religiosa e la partecipazione alle pratiche collettive del nuovo culto, espressione di un diritto costituzionalmente garantito, non costituisce causa di addebito della separazione, se e in quanto non superi i limiti di compatibilità con i concorrenti doveri di coniuge e di genitore (Cass. 6.08.2004, n. 15241). La giurisprudenza di merito, in linea con la decisione della Corte di cassazione, ha precisato tuttavia che la professione di un credo religioso costituisce fonte di gravi violazioni dei doveri coniugali e parentali quando il coniuge, privilegiando esclusivamente i doveri a lui derivanti dall'appartenenza alla religione professata, venga meno ai doveri elementari di assistenza e collaborazione verso la moglie e pretenda anche di trasmettere al figlio un atteggiamento aprioristico di intransigenza e di intolleranza, soprattutto religiosa, nei confronti dei terzi (Trib. Bologna, 5 febbraio 1997).

Per quanto riguarda il diritto all'intangibilità del domicilio (art. 14 Cost.), si ritiene che, ai fini della salvaguardia delle esigenze della comunione di vita, un coniuge non possa ammettere alla residenza familiare persone che non siano gradite all'altro.

Il rapporto di coniugio non incide, invece, sul diritto fondamentale e inviolabile, della libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. Ciascun coniuge può pretendere di mantenere il segreto sulla corrispondenza personale, salvo che si tratti di comunicazioni che interessano la famiglia, e non è legittimato a intercettare comunicazioni di qualsiasi genere destinate all'altro coniuge.

Per la giurisprudenza di legittimità non costituisce motivo di addebito della separazione l'espletamento di una attività lavorativa da parte di uno dei coniugi senza il gradimento dell'altro, salvo che sia stata intrapresa con il rifiuto di sottostare al metodo dell'accordo (Cass., 9 maggio 1985, n. 2882).

- Il dovere di fedeltà.

Concezione originaria: obbligo di astensione da rapporti sessuali con terzi ed obbligo di prestarsi all'attività sessuale (cd. "debito coniugale" o *ius in corpus*). La concezione attuale: il dovere di dedizione fisica e spirituale di un coniuge nei confronti dell'altro. Definizione del dovere di fedeltà secondo Cass. civ. n. 9287 del 1997 (leggere in classe).

"Il dovere di fedeltà, collocato dall'art. 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere intesa soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali. È a dir poco riduttivo concepire quel dovere come mera astensione dall'adulterio. In effetti la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda.

Nell'ambito di tale concezione, la violazione dell'obbligo di fedeltà può assumere rilievo anche in assenza della prova specifica di una relazione sessuale extraconiugale intrapresa da un coniuge, essendo sufficiente l'esternazione di comportamenti tali da ledere il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, ferendo la sensibilità e la dignità di colui o colei che subisce gli effetti di quei comportamenti".

Rappresenta una grave violazione dell'obbligo di fedeltà, l'instaurazione di una stabile relazione extraconiugale, in assenza di una separazione di fatto consolidata (Cass., 15.06.2005, n. 12857), ma costituisce violazione dei doveri coniugali anche l'infedeltà rimasta allo stato di mero tentativo per mancanza di corrispondenza da parte del terzo (caso di esternazione pubblica del proprio innamoramento in autobus – Cass. 7.09.1999, n. 9472).

Riflessioni in tema di fecondazione eterologa e donazione del seme. Voce dottrinale: esse configurerebbero violazione del dovere di fedeltà, al pari dell'interruzione di gravidanza. Tuttavia Trib. Monza, 26.01.2006: la scelta di interrompere la gravidanza è riservata dalla legge unicamente alla gestante: ne consegue che il fatto di aver scelto di abortire contro la volontà del marito non può costituire causa di addebito della separazione.

- I doveri di assistenza morale e materiale e di collaborazione nell'interesse della famiglia.

Obbligo del mutuo sostegno nelle necessità quotidiane e nella sfera affettiva e spirituale, nei confronti del coniuge (assistenza) e dei figli (collaborazione). Profili morale (sostegno reciproco nella sfera affettiva, psicologica e spirituale, nonché il rispetto della personalità morale, della cultura e del temperamento del coniuge) e materiale (sostegno reciproco nei bisogni della vita quotidiana).

Rappresenta violazione del dovere di assistenza morale:

- il persistente rifiuto di intrattenere rapporti affettivi e sessuali con il coniuge poiché, provocando oggettivamente frustrazione e disagio, e non di rado irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico, costituisce gravissima offesa alla dignità e alla personalità del partner. Tale comportamento rende impossibile al coniuge il soddisfacimento delle proprie esigenze affettive e sessuali ed impedisce l'esplicarsi della comunione di vita nel suo profondo significato (Cass. 23.03.2005, n. 6276);

- il comportamento del marito che assuma in pubblico atteggiamenti di *mobbing* nei confronti della moglie, ingiuriandola e denigrandola, offendendola sul piano estetico, svalutandola sia sul piano umano, come donna e compagna di vita, sia sul piano professionale, come insegnante (App. Torino, 21.02.2000).

Non può essere richiesta invece una tolleranza od una resistenza eccezionali, rispetto allo stato di malattia dell'altro coniuge (sclerosi multipla – Trib. Monza, 16.04.1986; grave stato di infermità, permanente e non reversibile – Cass. 20.12.1995, n. 13021).

Rappresenta violazione dei doveri di solidarietà familiare, il comportamento del coniuge che abbandoni volontariamente il posto di lavoro senza avere altre prospettive occupazionali, così da costringere l'altro a vendere

arredi e suppellettili, nonché ad accettare lavori umili, non confacenti né al suo stato sociale né alla sua istruzione, per far fronte al mantenimento della famiglia (Trib. Milano, 1.10.1998).

- Il dovere di coabitazione.

Anche la nozione di coabitazione, come quella di residenza familiare, si è modificata in corrispondenza del nuovo modo di intendere la famiglia nella legge di riforma del 1975, i cui punti di riferimento sono i diritti di parità sostanziale e di libertà dei coniugi.

Secondo la precedente concezione, per obbligo di coabitazione – che aveva un significato ampio ed occupava, nella vecchia formulazione dell'art. 143 c.c., il primo posto nell'elenco dei doveri coniugali - si intendeva non soltanto la convivenza sotto lo stesso tetto ma anche lo *ius in corpus*. Inoltre, come si è più sopra accennato, alla moglie era imposto di avere il domicilio in quello del marito e di seguire il coniuge dovunque egli credesse opportuno di fissare la residenza; la moglie poteva così allontanarsi dall'abitazione solo per esigenze familiari. La disparità di trattamento tra il marito e la moglie era poi aggravata dalle sanzioni previste nel caso di allontanamento dalla abitazione. Infatti, benché l'obbligo di coabitazione fosse "reciproco" e ciascuno dei coniugi potesse chiedere la separazione per il volontario abbandono di cui si fosse reso colpevole l'altro coniuge, solo la moglie poteva essere colpita dalla sanzione della sospensione dell'obbligo di mantenimento a lei corrisposto dal marito in caso di allontanamento "senza giusta causa".

Successivamente alla riforma del 1975, invece, è diventato orientamento prevalente in dottrina che l'obbligo di "coabitazione" – che occupa attualmente l'ultimo posto nell'elenco dei doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c. – si riduca all'obbligo di "abitare sotto lo stesso tetto", seppur non nel solo senso materiale ma anche con riguardo alla volontà della coabitazione stessa.

Tale obbligo deve essere interpretato alla luce di altre due norme: l'art. 144, c.c., I comma, c.c.: "i coniugi concordano l'indirizzo della vita familiare e fissano la residenza della famiglia secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa".

E l'art. 45, c.c.: "ciascuno dei coniugi ha il proprio domicilio nel luogo in cui ha stabilito la sede principale dei propri affari o interessi". Possibilità di un domicilio diverso dalla residenza.

Come si fa ad individuare, in presenza di più abitazioni, la residenza familiare?

La "residenza familiare", intesa come luogo d'abitazione dove si svolge la vita comune, può essere individuata, in caso di assenza di figli, in modo estremamente flessibile, nella dimora di uno dei coniugi, o nella casa che i coniugi abbiano in comune benché non sia abitata da alcuno dei due in modo continuativo o, ancora, nella dimora abituale separata di ciascuno da considerare, ognuna, "casa coniugale".

Per il caso in cui vi siano figli, invece, la fissazione della residenza familiare deve tenere conto dell'esigenza di una "sede di vita domestica unita"; deve pertanto individuarsi una casa in cui vivano stabilmente i figli e almeno uno dei genitori, salva la possibilità che uno o, eccezionalmente, entrambi i genitori, pur avendo nella "casa" familiare, una regolare presenza abitativa, mantenga una residenza separata. Anche in tali ultimi casi, infatti, pur in assenza di una residenza comune dei coniugi, si dovrebbe parlare di "residenza familiare" con riferimento al luogo in cui i genitori fanno ritorno, quando ciò sia loro possibile, e in cui trascorrono i loro momenti di vita in comune con i figli.

- Obbligo di contribuzione.

Art. 143 u.c.: "entrambi i coniugi sono tenuti ciascuno in relazione alla propria sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia".

Il dovere di contribuzione, sancito dall'art. 143 u. cpv., rappresenta la concreta attuazione, sul piano economico, del principio di solidarietà ed uguaglianza tra i membri del gruppo familiare. Tale dovere si manifesta, da un lato, come aspetto particolare della "collaborazione nell'interesse della famiglia" e viene inquadrato tra i rapporti personali dall'altro assume il ruolo di regime patrimoniale primario della famiglia, come tale inderogabile.

Mentre i regimi patrimoniali "speciali" sono essenzialmente derogabili e disciplinano la titolarità e l'amministrazione del patrimonio, il regime, inderogabile, della contribuzione riguarda direttamente ed immediatamente le esigenze comuni quotidiane ed il soddisfacimento dei bisogni reciproci ed assicura, grazie alla compartecipazione delle rispettive posizioni economiche, un unitario tenore di vita.

Ai fini della determinazione della misura della contribuzione spettante a ciascun coniuge, si deve prima valutare quali siano i 'bisogni della famiglia', tenendo conto: a-b) le condizioni economiche e le condizioni sociali della famiglia (sia i redditi da lavoro, sia i cespiti patrimoniali anche non produttivi di reddito); c) le capacità di lavoro; d) l'accordo dei coniugi circa il concreto tenore di vita.

Una volta determinati i bisogni della famiglia concretamente rilevanti, si deve determinare la misura della contribuzione dovuta da ciascun coniuge. Secondo un primo orientamento dottrinale, tale misura deve essere

individuata sulla base del criterio, inderogabile, di ripartizione proporzionale, avendo riguardo alle "sostanze", comprensive di tutti i beni anche non produttivi di reddito, e alle "capacità di lavoro sia professionale sia casalingo". Autorevole dottrina ritiene, invece, non condivisibile l'interpretazione che considera inderogabile il criterio di ripartizione proporzionale, per l'esistenza del "principio dell'utilità marginale del denaro", per il quale il denaro non ha lo stesso valore per soggetti di diversa ricchezza. Sulla base di questa considerazione, sarebbe dunque legittimo che i coniugi, oltre a concordare tra loro l'indirizzo della vita familiare, ai sensi dell'art. 144, determinino anche la misura del reciproco contributo per raggiungere la somma concordata, essendo giustificabile un accordo tra i coniugi con percentuali differenziate, ossia maggiore per il più ricco.

Al fine dell'adempimento dell'obbligo contributivo rilevano, ai sensi dell'art. 143 u. cpv. anche il lavoro casalingo, al quale il legislatore della riforma del 1975 ha attribuito pari dignità rispetto a quello professionale, e l'attitudine al lavoro. Di conseguenza, in caso di renitenza o mancanza di attitudine al lavoro (per ragioni di età, di malattia o di perdita del posto), il coniuge non lavoratore potrebbe essere tenuto ad alienare i suoi beni personali al fine della soddisfazione dei bisogni familiari.

La violazione dell'obbligo contributivo può essere causa di addebito della separazione personale e, qualora ne ricorrano gli estremi, è penalmente sanzionabile ex art. 570 cp.

Secondo Cass., 17.09.2004, n. 18749, i bisogni della famiglia, al cui soddisfacimento i coniugi sono tenuti a norma dell'art. 143 c.c. non si esauriscono in quelli, minimi, al di sotto dei quali verrebbero in gioco la stessa comunione di vita e la stessa sopravvivenza del gruppo, ma possono avere, nei singoli contesti familiari, un contenuto più ampio, soprattutto in quelle situazioni caratterizzate da ampie e diffuse disponibilità patrimoniali dei coniugi, situazioni le quali sono anch'esse riconducibili alla logica della solidarietà coniugale (è stato ritenuto espressione di partecipazione al soddisfacimento delle esigenze dell'intero nucleo familiare, il consistente intervento finanziario della moglie a titolo di concorso nelle spese relative alla ristrutturazione della casa di villeggiatura di proprietà del marito ma di uso familiare comune). Conforme Cass., 26 maggio 1995, n. 5866 (salvo l'obbligo del coniuge di indennizzare l'altro per il vantaggio proveniente del maggior valore dell'immobile).

Inoltre non è precluso ai coniugi di disporre liberamente dei propri redditi e delle proprie sostanze una volta che siano state soddisfatte le esigenze familiari; di conseguenza la titolarità dei rapporti nascenti da tali atti di disposizione spetta al solo coniuge che li ha posti in essere (Cass., 3 febbraio 1995, n. 1321).

SEPARAZIONE TRA I CONIUGI

Il fondamento della separazione legale è "il verificarsi di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole"(quest'ultimo criterio raramente menzionato nella aule giudiziarie). L'intollerabilità deve considerarsi rilevante anche quando è frutto di una percezione soggettiva del coniuge.

La separazione legale può essere consensuale o giudiziale a seconda del rito utilizzato.

La separazione consensuale, già prevista dai codici del 1865 e del 1942, non ha subito sostanziali mutamenti con la riforma del diritto di famiglia del 1975. Questa forma di separazione presuppone che i coniugi siano d'accordo sia sulla decisione di vivere separati sia sulle condizioni che regolamenteranno i rapporti reciproci e quelli nei confronti dei figli. Oltre ai provvedimenti tipici della separazione (assegno di mantenimento del coniuge economicamente più debole, assegnazione della casa familiare, affidamento e collocamento dei figli minori, regolamentazione della frequentazione tra i figli e ciascun genitore), vi possono essere anche condizioni di contenuto vario, espressione dell'autonomia dei coniugi, come attribuzioni patrimoniali (a titolo di divisione della comunione dei beni o di definizione dei rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio o di concorso al mantenimento del coniuge o dei figli), impegni personali e di natura prevalentemente morale di tenere o non tenere un determinato comportamento (nei confronti dei figli) e qualsiasi altra pattuizione alla quale i coniugi intendono subordinare la propria decisione di separarsi.

Il rito consiste in una unica udienza innanzi al Presidente, alla quale devono essere presenti i coniugi personalmente, e nella successiva 'omologazione' da parte del Tribunale, alla quale sono subordinati gli effetti dell'accordo sottoscritto dalle parti innanzi al Presidente.

La separazione giudiziale ha subito un radicale mutamento rispetto alla disciplina previgente alla riforma del 1975.

Secondo la disciplina dettata dal codice del 1942, la separazione poteva essere chiesta giudizialmente (cd. separazione per colpa) solo in caso di violazione, da parte di uno dei coniugi, dei doveri coniugali e nelle ipotesi previste dalla legge. La separazione poteva essere chiesta solo dal coniuge incolpevole ed aveva una funzione sanzionatoria dell'altro coniuge.

A seguito della riforma del 1975, la separazione giudiziale si fonda sull'obiettivo intollerabilità della convivenza ed è considerata un rimedio al fallimento del matrimonio. Sufficiente che venga meno l'*affectio coniugalis* da parte di uno dei coniugi.

E' rimasta una traccia della funzione sanzionatoria della separazione nell'istituto dell'addebito, che può essere chiesto da uno dei coniugi a carico dell'altro e che ha come effetto, rispetto al coniuge nei cui confronti è stato pronunciato, il venir meno al diritto al mantenimento e alla qualità di erede.

Affinché il giudice pronunci la dichiarazione di addebito della separazione devono essere dimostrati tre circostanze:

- la violazione dei doveri coniugali o di uno di essi da parte del coniuge;
- l'intollerabilità della convivenza;
- il nesso causale tra il comportamento del coniuge che ha violato i doveri coniugali e l'intollerabilità della convivenza.

Il procedimento di separazione giudiziale, di competenza del Tribunale ordinario del luogo di ultima residenza comune dei coniugi, è stato modificato in modo significativo dalla legge n. 80 del 2005 (lettura in classe degli artt. 706 e ss. c.p.c.).

IL DIVORZIO

Lo scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio è stato introdotto dalla legge n. 898 del 1970 (modificata nel 1974 e nel 1987): in epoca anteriore, l'unico rimedio alla crisi coniugale era la separazione tra i coniugi.

Tuttavia, mentre la separazione comporta una attenuazione del vincolo matrimoniale a fronte di una crisi coniugale che potrebbe anche svilupparsi in una ripresa della convivenza (riconciliazione), la cessazione degli effetti civili del matrimonio determina il venir meno, in modo irreversibile, del vincolo coniugale e l'acquisto della libertà di stato.

Il presupposto del divorzio, indicato dagli artt. 1 e 2, legge div., è il venir meno della comunione materiale e morale tra i coniugi e può essere chiesto solo se ricorre una delle cause previste dall'art. 3 della medesima legge (sintesi e lettura veloce in classe).

La causa di divorzio più ricorrente è la pronuncia della separazione personale tra i coniugi con sentenza passata in giudicato (o verbale di separazione omologato) ed il protrarsi dello stato di separazione legale, senza che vi sia stata riconciliazione, per almeno tre anni dalla comparizione personale delle parti innanzi al Presidente nell'ambito del procedimento di separazione.

Il procedimento può essere contenzioso o su domanda congiunta. Il primo ha una disciplina analoga a quella della separazione giudiziale. Il secondo (che non deve essere confuso con un divorzio consensuale), che si svolge nelle forme del rito camerale, è introdotto da un ricorso congiunto (nel quale i coniugi indicano la causa su cui si basa la domanda di divorzio ex art. 3, legge div., e le condizioni che regolamenteranno i rapporti reciproci e nei confronti dei figli) e si esplica in una unica udienza innanzi al collegio in cui viene data lettura della sentenza.

GLI EFFETTI DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO NEI RAPPORTI TRA I CONIUGI

La pronuncia della separazione tra i coniugi o del divorzio non comporta il venir meno del dovere di solidarietà, economica, che nasce con il matrimonio. L'obbligo di contribuzione al soddisfacimento delle esigenze della famiglia esistente in costanza di matrimonio si trasforma nell'assegno di mantenimento e nell'assegno divorzile.

L'assegno di mantenimento viene riconosciuto a favore del coniuge che non abbia "adeguati redditi propri" per far fronte al proprio mantenimento ed è determinato, nell'ammontare, in base alle "circostanze ed ai redditi dell'obbligato" (art. 156, c.c.).

Per quanto riguarda l'assegno divorzile, esso ha come presupposto "la mancanza di mezzi adeguati" o l'impossibilità di "procurarseli per ragioni oggettive" e viene determinato in base ai seguenti criteri:

- condizioni dei coniugi
- ragioni delle decisioni;
- contributo personale ed economico alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune;
- reddito di entrambi.

Tali criteri devono essere rapportati alla "durata del matrimonio" (art. 5, legge div.).

Lettura in classe delle più recenti sentenze della Corte di legittimità in tema di mantenimento ed assegno divorzile.

L'assegno divorzile può essere corrisposto, se esiste l'accordo dei coniugi e l'entità è ritenuta equa dal Tribunale, anche in un'unica soluzione. Tale tipo di corresponsione preclude ogni successiva domanda di contenuto economico tra i coniugi (art. 5, 8° comma, legge div.).

La pronuncia del divorzio, oltre alla perdita dello *status* di coniuge, comporta anche la perdita in capo alla moglie del cognome del marito.

CONVIVENZA MORE UXORIO

- Definizione della dottrina: “convivenza stabile e duratura, con o senza figli, tra un uomo e una donna, che si comportano come se fossero marito e moglie”. Requisito indispensabile nel nostro ordinamento: diversità di sesso (come per il matrimonio).

- Interruzione della convivenza → stessi problemi che sorgono con riferimento alla famiglia legittima, sia nei rapporti tra i conviventi *more uxorio* sia nei rapporti con i figli (esigenze di tutela del convivente economicamente più debole nonché di regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli)

- Inesistenza di una disciplina unitaria relativa alla famiglia naturale. Esiste unicamente una normativa frammentaria e di settore che equipara il convivente *more uxorio* al coniuge. Esempi (ordini di protezione contro gli abusi familiari, adozione – rilevanza della convivenza antecedente il matrimonio per gli adottandi –, determinazione assegno divorzile, successione nel contratto di locazione in caso di morte dell'altro convivente).

Difficoltà del Parlamento a trovare un'intesa sul tema, fonte di discussione sotto più punti di vista. Difficoltà intrinseche nella redazione di un progetto di legge: trovare una definizione che delimiti la soglia di rilevanza della convivenza - mancanza di volontà dei conviventi stessi di sottoporsi ad un regime legale imperativo.

- Attuale inesistenza di una tutela del convivente economicamente più debole. Inesistenza di una regolamentazione legale dei rapporti personali ed economici tra conviventi in caso di cessazione della convivenza. Unica possibilità: scrittura privata tra i conviventi (avente valore di contratto).

- La disciplina inerente i rapporti tra genitori e figli in caso di cessazione della convivenza tra i primi è invece la stessa dettata dagli artt. 155 c.c. per il caso di separazione tra i coniugi (lezione II). Si applica la normativa prevista dalla novella n. 54/2006 in tema di affidamento condiviso.