

La separazione personale dei coniugi e l'assegno di mantenimento¹

Rita Russo

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *La funzione conservativa della separazione.* - 3. *L'assegno di mantenimento e il tenore di vita.* - 4. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa.

La riflessione sull'assegno di mantenimento richiede una preliminare analisi sulla natura e funzione dell'istituto della separazione personale e la sua evoluzione nel tempo.

Nella impostazione data dal codice civile, la separazione è considerata il rimedio principale alla crisi matrimoniale, ma pur sempre intesa come condizione transitoria e rimediabile. L'originario disegno legislativo vedeva infatti la separazione come una condizione facilmente (ed auspicabilmente) reversibile tramite la riconciliazione.

Secondo quanto dispone l'art. 157 c.c. i coniugi stessi "di comune accordo" in qualunque momento, possono far cessare gli effetti della separazione per mezzo di un'apposita dichiarazione, oppure per mezzo "di un comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione".

La dichiarazione espressa è prevalentemente ritenuta un negozio di diritto familiare, e non necessita dell'intervento del giudice, come del resto la norma stessa stabilisce, perfezionandosi secondo le regole generali del contratto. Si tratta di un negozio sottoposto per legge ad una forma di pubblicità, dovendo essere trasmessa all'ufficiale di stato civile per l'annotazione sull'atto di matrimonio, al fine di dare adeguata pubblicità all'evento, secondo quanto dispone l'art 69 lett. f) del D.P.R. 396/2000. Ma anche in caso di mancata annotazione, gli effetti tra i coniugi si producono comunque, poiché la pubblicità è una misura a salvaguardia dei terzi, atteso che essi hanno interesse a conoscere il regime patrimoniale dei coniugi.

¹ Il presente articolo riprende i contenuti, con alcune integrazioni, della relazione svolta in data 15 settembre 2021 al corso organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, struttura della formazione decentrata della Corte di cassazione "Il punto sugli aspetti patrimoniali del diritto di famiglia". Sul sito della Corte di cassazione è disponibile la presentazione *power point* dell'intervento.

E' la configurazione stessa dell'istituto della riconciliazione, rapida e priva di formalità, imposte invece nel procedimento di separazione, che ci dimostra come il legislatore del 1942 esprimesse un netto favore verso la conservazione del matrimonio, a maggior ragione se leggiamo questo istituto unitamente ad altre due caratteristiche originarie della separazione: il tentativo obbligatorio di conciliazione all'udienza presidenziale - mantenuto anche nell'attuale processo separativo, ma raramente esperito con esito positivo - e la lunga durata della separazione prima di poter accedere al divorzio (originariamente di sette anni, poi ridotto a tre).

Se però osserviamo l'evoluzione nel tempo dell'istituto ci rendiamo conto che oggi la separazione dei coniugi assume un duplice aspetto: in alcuni casi mantiene quella che è l'originaria funzione di rimedio all'intollerabilità della convivenza per chi non vuole (o non ha ancora deciso di) sciogliere il vincolo; molto più frequentemente, tuttavia, essa è vista come una fase (obbligata) di pre-dissoluzione del matrimonio.

L'imposizione di un lasso di tempo, più o meno lungo, per conseguire il divorzio, serve invero ad accertarsi senza ombra di dubbio che tra i coniugi sia maturato un insanabile distacco e non solo un temporaneo dissidio; ma se il termine è troppo lungo, accade non di rado che nelle more si pongano anche le basi di nuove relazioni familiari e quindi si manifesti l'interesse pressante a conseguire al più presto possibile il divorzio.

Il diritto, in genere, rincorre i fatti: il mutamento dei costumi e la esigenza sociale di tutelare le famiglie ricostruite ha portato il legislatore a ridurre sensibilmente il periodo per conseguire il divorzio a seguito di separazione, ridotto ad un anno in caso di separazione giudiziale e sei mesi in caso di separazione consensuale, dalla legge sul divorzio breve (legge n. 55/2015). Inoltre, al fine di rendere più veloce l'acquisizione dello status di coniugi separati è stato introdotto nel codice di procedura civile l'art. 709 *bis*, che prevede la possibilità di ottenere senza indugio la separazione, con sentenza non definitiva, per riservare all'ulteriore corso del giudizio la istruzione delle altre domande, in essa compresa la statuizione sull'addebito. La sentenza non definitiva o il capo di sentenza che dichiara la separazione dei coniugi può così passare subito in giudicato, il che consente, al compiersi dell'anno, di proporre la domanda di divorzio.

Questo percorso sembra oggi completarsi perché nel testo della legge delega sulla riforma del processo civile (art. 23 punto bb) del maxiemendamento AS 1662) è previsto che la domanda di separazione e la domanda di divorzio possano introdursi con un unico ricorso, pur se la domanda di divorzio diventa procedibile solo al passaggio in giudicato

della sentenza parziale di separazione e nel rispetto del termine previsto dell'art. 3 della legge 898/1970.

Da ciò si rende chiaro che il nostro legislatore, pur non scegliendo con chiarezza la strada del divorzio immediato, senza necessità cioè di un preventivo periodo di separazione, ha tuttavia talmente abbreviato la fase di attesa che può con fondatezza oggi dubitarsi del mantenimento della originaria funzione conservativa dell'istituto della separazione; o quantomeno può dirsi che la separazione oggi è un istituto bifronte, avente una funzione duplice, conservativa per chi vi accede senza avere ancora programmato la richiesta di scioglimento del vincolo, e dissolutiva per chi invece ha (e manifesta) un interesse attuale a conseguire il divorzio.

Questa evoluzione dell'istituto ha avuto scarse conseguente pratiche sulla struttura e sui criteri di quantificazione dell'assegno di separazione finché assegno di separazione e assegno di divorzio, malgrado la costante affermazione giurisprudenziale che essi avessero natura, presupposti e finalità diverse, mantenevano però molte caratteristiche comuni, al punto che tendenzialmente la stessa cifra, riconosciuta come assegno di separazione, veniva poi accordata a titolo di assegno di divorzio, salva l'insorgenza di fatti nuovi. Nel momento in cui le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno messo un punto fermo sull'assegno di divorzio², distinguendolo nettamente dall'assegno di separazione, accentuandone la funzione compensativa e svincolandolo decisamente dal criterio del tenore di vita, anche in tema di riconoscimento e quantificazione dell'assegno di separazione si sono aperti nuovi interrogativi e nuove prospettive.

2. La funzione conservativa della separazione.

La funzione conservativa della separazione si inverte anche nel riconoscimento del diritto del coniuge economicamente debole a mantenere lo stesso tenore di vita. Su questa funzione occorre però intendersi.

La giurisprudenza ha spesso rimarcato che la separazione instaura un regime conservativo, ma in verità ciò che è essenzialmente conservato, in fase di separazione, è la solidarietà economica, in ragione della quale il coniuge cui non sia addebitabile la separazione ha diritto a mantenere lo stesso tenore di vita matrimoniale e quindi a ricevere un assegno di mantenimento dal coniuge economicamente più forte. Il coniuge separato cui non sia addebitata la separazione mantiene inoltre i diritti successori, mentre non ha diritto, salvo che non conviva con i figli minori o maggiorenni non autonomi, all'assegnazione della casa coniugale.

² Cass. civ. SS.UU. 11/07/2018 n. 18287

Di contro, già in regime di separazione, taluni obblighi matrimoniali vengono meno, altri si attenuano fino a ridursi ad un generico rispetto di doveri di carattere generale. Ad esempio, viene meno il dovere di coabitazione: anzi già il fatto di avere proposto la domanda di separazione consente di allontanarsi dalla casa coniugale, senza restare esposti ad alcuna sanzione. Viceversa, lasciare la casa coniugale senza giusto motivo e prima di avere presentato la domanda giudiziale di separazione costituisce causa di addebito. Si attenua altresì l'obbligo di fedeltà, fino a ridursi ad un semplice dovere di non tenere comportamenti lesivi o ingiuriosi della dignità dell'altro; ed in verità è ormai statisticamente rilevante il numero delle relazioni stabili, a volte connotate anche dalla nascita di figli, che vengono iniziate prima dello scioglimento del matrimonio.

Permane dunque essenzialmente solo la solidarietà economica tra coniugi ed il dovere di collaborare nell'interesse della famiglia, seppure detti doveri si atteggiino diversamente, e devono essere regolati da un nuovo accordo o da un provvedimento giudiziale. È importante inoltre osservare che, con la separazione, e sin dalla data in cui il presidente autorizza i coniugi a vivere separati, si scioglie la comunione tra i coniugi, sicché i coniugi, possono -prima ancora di conseguire la sentenza- regolare i loro rapporti patrimoniali con una divisione³. Anche questa piccola modifica legislativa, in definitiva, è indice del fatto che la separazione è ormai considerata più un mezzo per conseguire il divorzio che per conservare il matrimonio.

Il diritto all'assegno di mantenimento è fondato sulla persistenza del dovere di assistenza morale e materiale. Il principio di parità richiede che tale sostegno sia reciproco, senza graduazioni o differenze, ma anche solidale, il che significa che chi ha maggiori risorse economiche deve dividerle con chi ne ha di meno.

È stato però correttamente osservato che parità e solidarietà si coniugano con il principio di autoresponsabilità, in particolare ove ci si ponga nella prospettiva del divorzio. L'assunzione del principio di autoresponsabilità può avvenire però alla sola condizione che sia assicurata tra i coniugi, o quasi ex coniugi, quale base di partenza per la futura vita separata una effettiva perequazione in ordine alla partecipazione a quella complessiva economia familiare cui ciascuno abbia contribuito nel corso della convivenza, ponendosi il rimedio alle sperequazioni venutesi a determinare eventualmente nella situazione patrimoniale delle parti, in dipendenza delle scelte comuni in ordine alla conduzione della vita familiare⁴.

³ Art. 191 c.c. come modificato dalla legge n. 55/2015 (divorzio breve)

⁴ Quadri E. *La quarta stagione del divorzio: le prospettive di riforma*, in *Divorzio 1970-2020*

Parlando di funzione conservativa, occorre inoltre chiedersi non soltanto quali doveri matrimoniali sono conservati e con quali altri principi di carattere generale essi debbano essere bilanciati, ma anche che cosa e quanto può conservarsi degli accordi matrimoniali assunti ai sensi dell'articolo 144 c.c.

La norma pone ai coniugi un ulteriore dovere rispetto a quelli espressamente previsti dall'art. 143 c.c.: quello di ricercare l'accordo nello svolgimento della vita comune; esso costituisce, come gli altri doveri matrimoniali, un obbligo giuridico, anche se si tratta pur sempre di una prestazione infungibile e quindi non suscettibile di esecuzione forzata in forma specifica.

I coniugi devono prendere insieme, ed in posizione di parità, le decisioni fondamentali relative alla famiglia: si tratta delle scelte concernenti il tipo ed il tenore di vita che intendono condurre, la distribuzione dei compiti, l'educazione e l'istruzione dei figli, la determinazione delle rispettive contribuzioni, la scelta della residenza comune, vale a dire il luogo dove vivere abitualmente, e su come organizzare la vita domestica. L'accordo non può derogare ai diritti e doveri matrimoniali, stante il rigoroso disposto dell'art. 160 c.c. ma solo stabilirne le concrete modalità di attuazione ed è adottato *rebus sic stantibus*; non necessita di formalità ma si raggiunge attraverso comportamenti concludenti e di esso ciascun coniuge può chiederne la revisione al mutare dei presupposti che lo hanno determinato.

Ciò detto, posto che la volontà di uno dei coniugi può far venire meno la vita comune, tramite il procedimento di separazione, può ancora invocarsi, così mutate le circostanze, la persistenza degli accordi? e se non la persistenza, può invocarsi il legittimo affidamento che uno dei due abbia fatto su quegli accordi? e fino a quando?

Dalle risposte a queste domande derivano anche le risposte giudiziali in materia di assegno di separazione.

3. L'assegno di mantenimento e il tenore di vita.

La Corte cassazione, a tutt'oggi, conferma che l'assegno di separazione presuppone la permanenza del vincolo coniugale e che è correlato al tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio, diversamente dall'assegno divorzile, oggi definitivamente svincolato dal criterio del tenore di vita⁵.

Dieci anni fa, sulla base di questo principio, la Corte di cassazione affermava che, se uno dei due coniugi ha svolto nella vita familiare attività casalinga, in virtù di accordi, siano essi accordi espliciti, ma anche accordi taciti, conserva il diritto a mantenere la condizione degli accordi

⁵ Cass. civ. sez. I 26/06/2019 n. 17098; Cass. civ. sez. I 28/02/2020 n. 5605.

matrimoniali assunti in costanza di convivenza⁶. Si è affermato che la separazione instaura un regime che tende a conservare il più possibile gli effetti propri del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, anche il "tipo" di vita di ciascuno dei coniugi. Ne consegue che, se prima della separazione i coniugi hanno concordato - o, quanto meno, accettato - che uno di essi non lavorasse, l'efficacia di tale accordo permane anche dopo la separazione.

Le ragioni di questo orientamento risiedono nella rilevata differenza tra la dizione dell'articolo 156 c.c., e quella invece dell'art. 5 legge div. laddove l'art. 156 parla di soggetto che non ha adeguati redditi propri, mentre l'art. 5 parla di soggetto che non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive.

L'art 5 legge div. pone l'accento sulla necessità che dopo il divorzio l'ex coniuge si attivi per non gravare a vita sull'altro, proprio perché dopo il divorzio viene meno l'obbligo di assistenza, ma sussiste soltanto la solidarietà post-coniugale.

Durante la separazione invece il dovere di assistenza persiste, ma è da chiedersi se ciò giustifichi davvero la permanenza degli accordi e la conservazione non solo del tenore di vita ma anche del tipo di vita prima condotto, anche quando le circostanze sopravvenute e il diverso assetto della vita familiare conseguente alla separazione potrebbero non più giustificarlo: ad esempio, il coniuge che avrebbe la possibilità di svolgere brillantemente una certa professione, o di venire inserito concretamente nel mondo del lavoro, ma che durante la vita coniugale ha rinunciato a lavorare per dedicarsi alla casa e ai figli ovvero ha seguito l'altro all'estero oppure ha svolto solo un ruolo di supporto del marito o della moglie, può ancora ragionevolmente pretendere di non attivarsi per rientrare nel mondo del lavoro?

Se dieci anni fa la giurisprudenza parlava di conservazione degli accordi, l'attuale orientamento tende invece ad accentuare quello che è il dovere della persona di sfruttare le proprie potenzialità, e quindi di attivarsi e proporsi sul mercato del lavoro, utilizzando il canone dell'ordinaria diligenza⁷.

La giurisprudenza di legittimità prudentemente mette l'accento sulla attitudine lavorativa concreta e non astratta, perché l'attitudine al lavoro deve essere accertata in relazione a quello che è lo specifico caso di specie. Tuttavia, il riferimento al criterio dell'ordinaria diligenza lascia trasparire in realtà il richiamo ad un altro principio, comunemente in uso in tema di mantenimento di figli maggiorenni, cioè il principio di

⁶ Cass. civ., sez. I, 29/07/2011, n. 16736 e Cass. civ., sez. I, del 25/08/ 2008 n. 18547.

⁷ Cass. civ., sez. I, 21/07/2021, n. 20866; Cass. civ. sez. VI. 09/03/2018 n. 5817; Cass. civ. sez. I 6/9/2021 n. 24049.

autoresponsabilità, per cui l'avente diritto ad una determinata prestazione di mantenimento deve cercare di non gravare eccessivamente sul soggetto tenuto al mantenimento, e quindi -ove possibile- attivarsi e non lasciarsi andare ad una colpevole inerzia.

Se questo è vero, è anche vero che per le coppie in fase di separazione c'è in gioco il fattore tempo, perché se una persona è uscita dal mondo del lavoro sarà necessario, pur avendo titoli da spendere e possibilità, un certo periodo di tempo prima di poter mettere a frutto le proprie potenzialità.

In questi termini, l'udienza presidenziale potrebbe segnare uno spartiacque, poiché costituisce il momento in cui il cambiamento della vita matrimoniale, con l'autorizzazione a vivere separati, si formalizza: il cambiamento delle circostanze di fatto potrebbe allora autorizzare le parti a ritenere superati gli accordi matrimoniali. Si diceva tuttavia del legittimo affidamento, che ciascuno dei coniugi ha a suo tempo riposto nella persistenza di questi accordi, dal momento che il matrimonio è tendenzialmente un vincolo a tempo indeterminato; sicché se pure non può negarsi che dopo l'udienza presidenziale, e il fallimento del tentativo di conciliazione, il coniuge economicamente debole debba prendere consapevolezza dell'onere di diligenza che da quel momento grava su di lui e che richiede di attivarsi per cercare -ove sia concretamente possibile- un'attività lavorativa, d'altro canto il coniuge economicamente più forte non potrà pretendere di esonerarsi dal dovere di assistenza in questa fase di transizione verso un nuovo assetto di vita.

In altre parole, tenendo conto del fattore tempo, si dovrebbe quantomeno riconoscere al coniuge debole, anche se dotato di potenzialità lavorative, un assegno in via provvisoria per poter organizzare la propria vita, mentre l'inerzia dovrebbe proporzionalmente rilevare tanto più quanto è maggiore il tempo trascorso dalla cessazione della convivenza.

In ogni caso, il coniuge economicamente debole deve essere consapevole che la separazione è una condizione tendenzialmente di breve durata e che nella maggior parte dei casi non prelude a una riconciliazione bensì allo scioglimento del vincolo, in seguito al quale l'assegno di divorzio sarà riconosciuto in ragione del contributo effettivo fornito dal richiedente alla costituzione del patrimonio familiare e di quello dell'ex coniuge, e non più ai fini di conservare il tenore di vita⁸.

Da ricordare comunque che il fattore tempo gioca anche in altro modo, nel senso di rendere obsolete le capacità lavorative del coniuge che è uscito dal mondo del lavoro e che si separa dopo un lungo periodo di vita matrimoniale in cui non ha svolto attività lavorativa; in questi casi,

⁸ Cass. civ. sez. un. n. 18287/2018; Cass. civ. sez. I 05/05/2021 n. 11796.

anche la giurisprudenza di legittimità più recente tende a confermare la debenza dell'assegno⁹.

Inoltre, l'attitudine lavorativa, una volta che venga accertata in concreto, non necessariamente incide sull'an dell'assegno, poiché secondo i casi concreti potrebbe avere influenza soltanto sulla sua quantificazione. Ciò in quanto, nonostante il coniuge sia in grado di lavorare o lavori, potrebbe comunque restare coniuge economicamente debole, mantenendosi la sproporzione tra il tenore di vita che può condurre con i suoi soli redditi e il tenore di vita che invece conduceva grazie ai redditi dell'altro coniuge. Poiché comunque resta in uso il criterio della commisurazione dell'assegno alla conservazione del tenore di vita, in questi casi l'assegno di mantenimento serve a colmare il divario tra ciò che il coniuge può procurarsi da solo e ciò di cui godeva in costanza di vita matrimoniale¹⁰.

In sintesi, seppure il dovere di assistenza materiale nella separazione trova un limite nel dovere di comportarsi secondo diligenza, resta ancora saldamente ancorato al tenore di vita, ma è -tendenzialmente- un beneficio di breve durata, a maggior ragione quando la scelta di percorrere la via del divorzio si renda da subito esplicita; e ciò per *facta concludentia*, oppure, nella prospettiva della riforma, con la contestuale proposizione della domanda di separazione e divorzio.

4. Considerazioni conclusive.

Prima di trarre (provvisorie) conclusioni, può essere utile un breve focus sulla differenza tra ciò che si può ottenere in sede di separazione giudiziale e in sede di separazione consensuale: l'assegno di mantenimento è un assegno temporaneo che cessa con il conseguimento dello status di coniuge divorziato, sicché non può essere considerato tra i mezzi di cui l'ex coniuge possa disporre. In sede di separazione consensuale però si può ottenere molto di più, non soltanto un assegno di mantenimento, ma si può anche stabilire una prestazione "una tantum", e varie attribuzioni patrimoniali, come il diritto di abitare nella casa familiare anche se non legato alla presenza di figli, minori o economicamente non autosufficienti. Queste non sono necessariamente misure temporanee e pertanto è da chiedersi come le già menzionate attribuzioni definitive (un capitale, un immobile) incidano in sede di divorzio. La nostra giurisprudenza è ferma nel dire che sono nulli gli accordi in vista di un futuro divorzio¹¹, che l'assegno una tantum in sede di separazione non vale come anticipazione di assegno di divorzio;

⁹ Cass. civ., sez. VI, 10/05/2021, n. 12329.

¹⁰ Cass. civ. sez. I, 20/01/2021 n. 975.

¹¹ Cass. civ. sez. I, 30/01/2017 n. 2224.

tuttavia, qui siamo in presenza di attribuzioni patrimoniali permanenti e di un soggetto che arriva al divorzio dotato di mezzi (più o meno) adeguati, a differenza del soggetto che ha solo l'assegno di separazione, che cessa allo scioglimento del matrimonio. Questo a maggior ragione per le attribuzioni patrimoniali che hanno un intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia, ma anche finalità compensative¹²; poiché le attribuzioni in sede di separazione consensuale sono a vario titolo, potrebbe in futuro configurarsi la possibilità di compensare anticipatamente, in via consensuale, anche quello che è stato l'impegno del coniuge nella vita matrimoniale.

Gli assetti economici della separazione servirebbero in questo caso non soltanto ad assicurare al coniuge economicamente più debole il mantenimento sia pure temporaneo del tenore di vita matrimoniale, ma anche a porre le basi per una razionale distribuzione delle risorse economiche in vista del divorzio.

In questi termini, la odierna proposta legislativa, di consentire alle parti di presentare con un unico ricorso la domanda di separazione e la domanda di divorzio, per quanto possa apparire a prima vista una forma di divorzio immediato introdotta per la via processuale anziché come istituto di diritto sostanziale, ha tuttavia quantomeno il pregio di spingere le parti a dichiarare manifestamente le loro intenzioni e cioè dire se di questo istituto bifronte quale è oggi la separazione legale dei coniugi, scelgono l'aspetto conservativo o quello dissolutivo. Ciò potrebbe consentire -una volta che si decida di giocare a carte scoperte- di dare spazio ad accordi di adeguata sistemazione dei rapporti patrimoniali dei coniugi, avendo ben chiare le prospettive su ciò che può essere giudizialmente riconosciuto ed in quali tempi.

¹² Cass. civ., sez. I, 10/04/2013, n. 8678; Cass. civ. Sez. I del 26/04/2021 n. 11012.