

Brevi note sulla sentenza SS.UU. n. 32198/21: il rapporto tra assegno di divorzio e nuova convivenza di fatto

Gabriella Luccioli

Sommario: 1.La natura dell'assegno di divorzio nella nuova pronuncia delle SS.UU. - 2. Considerazioni ulteriori sulla funzione compensativa dell'assegno.-3. Sui criteri per la quantificazione dell'assegno.-4. Le sollecitazioni ad una soluzione negoziale.- 5. Conclusioni.

1.La natura dell'assegno di divorzio nella nuova pronuncia delle SS.UU.

La sentenza in esame, nel dare risposta ad un quesito apparentemente semplice, in realtà affronta un problema complesso, che involge la natura dell' assegno di divorzio, attiene alla rilevanza della famiglia di fatto, investe i delicati rapporti tra cessata famiglia matrimoniale e nuova unione e sollecita ad esplorare e tracciare gli incerti confini tra solidarietà tra ex coniugi e principio di autoresponsabilità, nonché a garantire una giusta tutela all' ex coniuge debole. La soluzione che le Sezioni Unite ci consegnano, attraverso una motivazione molto lunga, a tratti assertiva e in qualche passaggio contraddittoria, dà luogo a varie perplessità.

Le SU si discostano dall' orientamento della Prima Sezione che sembrava essersi consolidato dopo la sentenza n. 6855 del 2015 (v., tra le altre, 2016 n. 2466; 2019 n. 29317; 2020 n. 22604; 2020 n. 29781), che aveva a sua volta preso le distanze dal precedente indirizzo secondo il quale la nuova convivenza dell'ex coniuge comportava soltanto una sospensione, o eventualmente una riduzione, e mai la cessazione, del diritto all' assegno: tale più recente orientamento aveva invece agganciato alla instaurazione di una stabile convivenza di fatto la perdita definitiva e irreversibile del diritto all' emolumento. È da rilevare che detta soluzione, in forza della quale veniva introdotta una nuova fattispecie di estinzione del diritto, non si fondava su una interpretazione in via estensiva o analogica dell'art. 5, comma 10, che non veniva mai richiamato, ma su una lettura sistematica degli art. 2 e 29 Cost. tesa a valorizzare in sommo grado il principio di autoresponsabilità.

Nel discostarsi dal suindicato orientamento la sentenza in esame afferma innanzi tutto la non esperibilità dell'interpretazione analogica dell'art. 5, comma 10, della legge sul divorzio (“L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze”), ma tale opinione non appare fondata su argomentazioni sufficientemente solide.

Come è noto, l'interpretazione analogica è consentita ove manchi nell'ordinamento una specifica disposizione regolante la concreta fattispecie e si renda quindi necessario porre rimedio ad un vuoto normativo altrimenti incolmabile in sede giudiziaria (così Cass. 2015 n. 2656; 2002 n. 9852): essa si ispira alla ricerca della volontà del legislatore seguendo il criterio storico e quello della comparazione giuridica con i precedenti ed esige l'individuazione delle ragioni giuridiche e delle finalità economico-sociali del testo di legge, che giustificano la sua applicazione a casi analoghi non espressamente contemplati. Ciò vale a dire che l'interprete non deve ricercare l'intenzione del legislatore al momento dell'approvazione della norma, ma cogliere la *voluntas legis* immanente nel testo normativo, nella sua capacità conformativa in relazione al mutato contesto sociale ed in rapporto con tutte le altre norme successivamente emanate ed anche, eventualmente, con la disciplina adottata in altri ordinamenti per regolare situazioni analoghe. Ne deriva che una norma giuridica che in sé avrebbe un significato ne può assumere un altro quando sia posta in relazione con altre norme, anche di diversi ordinamenti, che formano il diritto vivente.

Né può indurre ad escludere nella specie la possibilità del ricorso all'*analogia legis* la differente disciplina dei due istituti del matrimonio e della famiglia di fatto, con riferimento alla minore tutela accordata dal punto di vista patrimoniale al convivente più debole rispetto a quella concessa al divorziato più debole, trattandosi di aspetto non rilevante ai fini in discorso. Ed invero l'interpretazione analogica dell'art. 5, comma 10, impone di aver riguardo agli elementi di identità richiesti per fare ad essa ricorso, e quindi al fatto in sé della nuova unione, quale legame tra due persone ispirato ad un progetto comune e aderente ad un modello di vita analogo a quello della famiglia matrimoniale, e non alla diversa regolamentazione degli aspetti patrimoniali nel caso di dissoluzione del vincolo, che attengono ad una fase successiva.

Va altresì considerato che la previsione nel richiamato comma 10 soltanto delle nuove nozze come fatto estintivo del diritto all' assegno trova evidente ragione nel rilievo che all' epoca la famiglia di fatto costituiva fenomeno privo di rilevanza giuridica; né il legislatore del tempo poteva o doveva immaginare quanto profonda e radicale sarebbe stata l'evoluzione nel costume, nella società e nel sentire collettivo del concetto di famiglia.

È un dato inconfutabile di realtà che nell' attualità la famiglia viene declinata al plurale, come inclusiva di tanti modelli, tutti segnati dalla spontaneità della scelta e dalla non definitività. Già nel 2010 la Corte costituzionale con la sentenza n. 138 affermava che il concetto di famiglia deve tener conto *non soltanto delle trasformazioni dell' ordinamento, ma anche dell' evoluzione della società e dei costumi*. Sorvolo sull' ampia giurisprudenza della Corte Europea, che da molti anni riconosce il diritto alla vita familiare di cui all'art. 8 della CEDU e all' art. 7 della Carta di Nizza non solo alle famiglie fondate sul matrimonio, ma anche alle coppie di fatto.

La legge sulle unioni civili n. 76 del 2016 ha infine espressamente previsto e disciplinato le convivenze di fatto, definite al comma 36 dell'art. 1 come le unioni tra *due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile*. Con detta novella è stata conferita dal legislatore dignità di famiglia alla stabile convivenza tra due persone, da annoverarsi tra le formazioni sociali in cui l'individuo svolge la sua personalità, e sono stati riconosciuti ai componenti della coppia una serie di diritti e di doveri in termini di contribuzione, solidarietà e reciproca assistenza morale e materiale, così da integrare un effettivo *status familiare*.

Tale tipo di unione non può nel contesto attuale definirsi più precario di quanto lo sia il vincolo matrimoniale: come riconosce la sentenza in esame, nel corso degli anni sono progressivamente aumentati i numeri delle separazioni e dei divorzi, così che il vecchio mito della minore stabilità delle unioni di fatto che aveva in passato giustificato l'affermazione di quiescenza del diritto all' assegno sembra decisamente venuto meno. Inoltre, nella stessa motivazione della sentenza si dà atto che dalle statistiche richiamate dal PG di udienza - peraltro agevolmente consultabili nel pertinente sito dell' ISTAT - emerge che il numero delle

convivenze di fatto instaurate nel corso dell'anno di riferimento supera ampiamente quello dei matrimoni.

Il silenzio del legislatore circa gli effetti delle nuove unioni di fatto sul pregresso regime economico tra ex coniugi deve essere colmato in via interpretativa. La questione della esperibilità dell'interpretazione analogica dell'art. 5, comma 10, alle ipotesi di costituzione di un nuovo nucleo - inteso, come già precisato, come unione stabile e duratura, che non si risolve nella mera convivenza, ma è caratterizzata dalla condivisione di valori di solidarietà e di un progetto di vita in comune analogo a quello che caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio - deve ora confrontarsi sia con la diversa configurazione della famiglia di fatto percepita nel sentire collettivo e valorizzata nella giurisprudenza costituzionale e nelle fonti sovranazionali, sia con il riconoscimento giuridico di tale fenomeno ad opera della legge n. 76 del 2016.

Né può parlarsi, come fa la decisione in commento, di analogia *in malam partem*, in quanto tale non consentita dall'art. 14 delle preleggi, perché quella in esame non è una norma eccezionale sfavorevole, e quindi di stretta interpretazione, ma una previsione generale diretta a porre un limite temporale al diritto di percezione dell'assegno (che nelle sue applicazioni pratiche può portare a soluzioni di favore per una parte e di sfavore per l'altra).

Ed anche l'argomento secondo il quale l'essere stata espressamente prevista in una proposta di legge all'esame del Parlamento l'instaurazione di una nuova convivenza come ulteriore causa di estinzione del diritto all'assegno confermerebbe l'impossibilità di attribuirle un'efficacia siffatta a legislazione invariata appare non convincente, essendo ben consentito che nelle more dell'intervento del legislatore, ed in un certo senso anticipandolo, si faccia ricorso all'interpretazione analogica, ove ne sussistano i presupposti.

Se non si vuole cancellare con un colpo di spugna la lunga elaborazione giurisprudenziale, dottrinale e culturale tendente ad assimilare la famiglia di fatto al matrimonio, avuto anche riguardo all'unicità dello *status* dei figli e degli obblighi derivanti dalla genitorialità, non vi è altra strada che riconoscere l'estinzione del diritto all'assegno anche a seguito della instaurazione di una unione siffatta, come evento incompatibile con la tutela accordata all'ex coniuge debole, a prescindere dagli aspetti economici implicati dalla nuova comunità familiare. Occorre insomma

ritenere che la decisione di costituire un nuovo nucleo familiare di fatto esclude possibili interferenze tra detta nuova realtà e i doveri di solidarietà radicati nel precedente vincolo matrimoniale.

Resta ovviamente una differenza tra le due fattispecie, nel senso che mentre con il nuovo matrimonio la perdita del diritto è automatica, nel caso di nuova unione di fatto è necessaria l'intermediazione di una pronuncia giudiziale che accerti la sussistenza di detta unione, con i necessari requisiti di stabilità, solidità e certezza.

2. Considerazioni ulteriori sulla funzione compensativa dell'assegno

Il discorso potrebbe chiudersi qui.

Ma altre perplessità sollecita la soluzione adottata dalle SS.UU. nel riconoscere la continuazione della spettanza dell'assegno nella sua sola funzione compensativa. La sentenza in esame sembra allinearsi - ed anzi rivendica di costituirne coerente sviluppo - alla precedente decisione delle Sezioni Unite n.18287 del 2018, che come è noto ha attribuito rilevanza preminente al contributo fornito dal richiedente l'assegno alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune e di quello personale di ciascuno dei coniugi, così valorizzando, accanto a quella assistenziale, la funzione perequativa/compensativa dell'assegno, secondo una impostazione tesa ad esaltare il valore della solidarietà postconiugale.

Ma a ben vedere tale linea di continuità si spezza in più punti.

Innanzitutto, se è vero - come la pronuncia in discorso più volte ci ricorda - che la *mancaza di mezzi adeguati* costituisce un *prerequisito fattuale* e che secondo le indicazioni di SS.UU. del 2018 tale requisito deve essere desunto non già dal precedente tenore di vita, ma *dalla valutazione del tutto equiordinata degli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5. c.6*, così superando l'antica distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativi, nel caso in esame tale valutazione integrata non appare praticabile, per essere venuti meno i parametri relativi alla funzione assistenziale a seguito della ritenuta estinzione dell'assegno nella predetta sua funzione assistenziale. Ci si chiede pertanto quali elementi soccorrano per riscontrare la mancanza di mezzi adeguati.

Se poi detto accertamento si risolve nella mera verifica di *un significativo squilibrio nelle posizioni economiche delle parti*, come sembra suggerire qualche passaggio della motivazione, è evidente che per tale via si finisce

non già per eliminare il criterio assistenziale, ma per trasformarlo in un presupposto di fatto.

Va altresì osservato che le SS.UU. del 2021 in esame, una volta riconosciuto il venir meno con la nuova convivenza della componente assistenziale dell' assegno, sostituendosi il nuovo legame al precedente, hanno isolato la componente compensativa, assumendola come entità autonoma ed in quanto tale autonomamente valutabile.

Questa impostazione non appare affatto in linea con le enunciazioni delle Sezioni Unite del 2018, che nel sostenere la funzione composita dell' emolumento avevano ancorato il giudizio sulla sua spettanza a tutti gli indicatori descritti nell' *incipit* del comma 6 dell' art. 5, in quanto dotati di valenza causale ai fini dell' attribuzione e da considerare, come già osservato, in una valutazione integrata che consentiva di configurare una sorta di *profilazione* del soggetto richiedente (secondo la felice espressione di El Murderer), così fondendo le funzioni assistenziale e compensativa all' interno del parametro dell' adeguatezza.

3. Sui criteri per la quantificazione dell'assegno

Ulteriori ragioni di perplessità devono essere evidenziate. Non è chiaro, perché la sentenza non lo spiega, sulla base di quali dati debba procedersi alla quantificazione del minore assegno spettante. L' emolumento sarà pari ad una percentuale del totale astrattamente determinato, con l'effetto di ridurre il tutto ad una mera operazione matematica? Oppure, come sembra doversi ritenere, occorrerà trasformare il tempo liberato all' altro coniuge, i sacrifici e le rinunce poste in essere, le occasioni perdute, le potenzialità soffocate, le aspettative professionali naufragate, in una somma destinata a pareggiare i conti, pur in difetto di elementi certi di riferimento? Sarà in tal caso necessaria un'istruttoria lunga e complessa, con inevitabile aggravamento dei tempi del giudizio, in una affannosa ricerca da parte del richiedente, tenuto alla relativa prova, di ogni prestazione o sacrificio o rinuncia utilizzabile ai fini compensativi e con l'ulteriore rigoroso accertamento del nesso causale tra la riscontrata sperequazione dei mezzi economici ed il contributo fornito.

Ed ancora, se si ritiene l'autonomia della componente compensativa e la sua persistente spettanza, in quanto determinata dalla necessità di tener conto dei sacrifici e delle rinunzie in precedenza poste in essere, accantonando ogni aspirazione professionale, a favore delle esigenze

familiari e quindi configurandola come una sorta di indennizzo, di credito maturato durante il matrimonio e non ancora riscosso, che non può andare perduto, o come restituzione parziale di quel *capitale invisibile* che dette rinunzie e sacrifici hanno consentito all'altro coniuge di utilizzare, il suo riconoscimento dovrebbe imporsi non solo nel caso di nuova convivenza, ma in ogni altra situazione in cui per qualsiasi ragione venga meno il diritto all' assegno nella sua funzione assistenziale, e comunque indipendentemente dalle condizioni economiche del soggetto richiedente. E forse si potrebbe anche dubitare della legittimità costituzionale della previsione normativa che estingue radicalmente il diritto all' assegno in caso di nuove nozze.

4. Le sollecitazioni ad una soluzione negoziale

Infine, le stesse Sezioni Unite riconoscono che l'assegno di divorzio, per la sua durata indeterminata, è misura non idonea ad integrare un indennizzo per i sacrifici e le rinunzie posti in essere in un periodo limitato della vita. Le considerazioni svolte nella parte finale della decisione, con le quali si auspica e si sollecita un accordo tra le parti per l'attribuzione di un assegno temporaneo o di una somma *una tantum* equitativamente determinata a titolo di indennizzo, in modo da raggiungere un valido compromesso tra estinzione automatica ed esigenza di compensazione, sono certamente ispirate a buon senso e ad equità, e possono anche costituire uno stimolo alla soluzione negoziale *una tantum* delle conseguenze economiche del divorzio, ma si profilano non utili in ogni caso in cui tale accordo non sia raggiunto e certamente non offrono risposte di giustizia a fronte della domanda di riconoscimento o di conservazione dell' assegno dopo la nuova convivenza. Si dovrà pertanto riconoscere la spettanza dell'assegno nella sua dimensione compensativa pur avendo dato atto della sua intrinseca inadeguatezza, atteso che in mancanza della auspicata diversa volontà delle parti e di un opportuno intervento del legislatore detta misura rimane l'unico strumento disponibile per regolare i rapporti economici tra gli ex coniugi.

Resta altresì il dubbio se dette considerazioni e le sollecitazioni infine rivolte ai giudici di merito, nonché agli avvocati ed agli esperti di mediazione familiare perché suggeriscano alle parti accordi soddisfacenti

nella direzione suindicata siano inquadrabili come esercizio della funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

6. Conclusioni

In conclusione i dubbi e i problemi che la sentenza solleva sono molteplici, tanto da legittimare l'opinione che forse sarebbe stato preferibile che le Sezioni Unite, anziché avventurarsi in soluzioni creative destinate a porre più problemi di quanti ne sorgessero in passato, proponessero, una volta esclusa la possibilità di far ricorso all'analogia e in attesa di un intervento legislativo sul punto, la questione di costituzionalità dell'art. 5, comma 10, per aver posto una irrazionale disparità di trattamento tra chi contrae nuovo matrimonio e chi instaura una nuova stabile convivenza. E tale soluzione sarebbe stata dal tutto coerente con i molteplici riconoscimenti da parte della stessa sentenza delle profonde modifiche del costume e della sensibilità collettiva in favore della famiglia di fatto.

Per contro la soluzione adottata, oltre che apparire non in linea con la realtà sociale e con l'evolversi della sensibilità dei cittadini, discrimina irragionevolmente il soggetto obbligato, che subisce conseguenze diverse a seconda che l'ex coniuge contragga nuovo matrimonio ovvero opti per una unione *more uxorio*, allontanando inoltre la disciplina nazionale da quella adottata in paesi europei a noi vicini (Spagna, Francia), che pongono la formazione di nuovi nuclei familiari non fondati sul matrimonio come causa estintiva del diritto all'assegno, ed attribuisce al giudice di merito un eccessivo potere discrezionale, con un inevitabile aumento del contenzioso.

Essa inoltre finisce per configurare un legame economico a tempo indeterminato condizionante il percorso di libertà degli ex coniugi nella costruzione di nuove esperienze di vita familiare, perpetuando i conflitti tra soggetti ormai inseriti in contesti del tutto diversi rispetto al passato.