

# AIAAF

RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI

2017/2

## Divorzio «breve» e «facile»



G. Giappichelli Editore

Rivista trimestrale - II- 2017

[www.aiaf-avvocati.it](http://www.aiaf-avvocati.it)

	<b>Editoriale</b>
2	Giulia Sarnari
<b>Focus</b>	
	<b>Dopo il divorzio breve. Verso un unico status post coniugale?</b>
5	Leonardo Lenti
	<b>Disponibilità e indisponibilità degli status familiari</b>
12	Alberto Figone
	<b>Privatizzazione delle relazioni familiari e ruolo del P.M.: una convivenza possibile (?)</b>
18	Francesca Ceroni
	<b>La contemporanea pendenza del processo di separazione e del processo di divorzio: rilievi processuali e sostanziali nel giudizio di primo grado</b>
26	Franca Mangano
	<b>La contemporanea pendenza del processo di separazione e del processo di divorzio: rilievi processuali e sostanziali nel giudizio di secondo grado</b>
35	Alida Montaldi
	<b>Alcune considerazioni sugli accordi di separazione e di divorzio davanti all'ufficiale di stato civile</b>
42	Paolo Morozzo della Rocca
	<b>Ruolo e identità dell'avvocato di famiglia</b>
51	Maria Carla Serafini
	<b>La comunione dei beni come "regime delle obbligazioni" e il suo scioglimento ex art. 191, 2° comma</b>
56	Fulvio Mecenate
	<b>Corte di Cassazione 10 maggio 2017, n. 11504: una sentenza che fa discutere, o discutibile?</b>
62	Gabriella de Strobel
	<b>La legge sul divorzio in Inghilterra e Galles. Cambiano gli orizzonti?</b>
66	Suzanne Todd e Sarfraz Ali

© Copyright 1995 - AIAF  
 RIVISTA DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI  
 AVVOCATI PER LA FAMIGLIA E PER I MINORI  
 Trimestrale - reg. Trib. Milano 24 settembre 2013, n. 288

Anno XXI, n. 2

**Direttore Responsabile**

Giulia Sarnari

**Comitato di redazione**

Gabriella de Strobel, Alberto Figone, Marta Rovacchi, Maria Carla Serafini, Valeria Vezzosi

**Redazione**

Galleria Buenos Aires n. 1, 20124 Milano - tel. e fax 02 29535945  
 segreteria@aiaf-avvocati.it www.aiaf-avvocati.it

G. Giappichelli Editore - 10124 Torino  
 via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISSN 2240-7243

**Stampa**

Stampatre s.r.l., via Bologna 220, 10123 Torino  
 Finito di stampare nel mese di giugno 2017

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

## CORTE DI CASSAZIONE 10 MAGGIO 2017, N. 11504: UNA SENTENZA CHE FA DISCUTERE, O DISCUTIBILE?

**Gabriella de Strobel**

*Avvocata in Verona*

*Responsabile AIAF Verona-Segretario Nazionale AIAF*

In premessa, si riporta quale è l'orientamento giurisprudenziale accreditato da cui la sent. 10 maggio 2017, n.11504 si è discostata: «L'assegno periodico di divorzio, nella disciplina introdotta dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987 n. 74, modificativo dell'art. 5 della legge 1 dicembre 1970 n. 898, ha carattere esclusivamente assistenziale, atteso che la sua attribuzione trova presupposto **nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza cioè che sia necessario uno stato di bisogno**, e rilevando invece l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate. Ove sussista tale presupposto, la liquidazione in concreto dell'assegno deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge (Cass. sez. un. 27 novembre 1990, n. 11492 e sez. un. 29 novembre 1990, n. 11490; Cass., 27 novembre 1992, n. 12682; Cass. 20 dicembre 1995, n. 13017; Cass. 15 gennaio 1998, n. 317; Cass., 17 gennaio 2002, n. 432; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4764; Cass., 12 febbraio 2013, n. 3398)»<sup>1</sup>.

\*\*\*

La determinazione dell'assegno di divorzio, così come delineato dall'art. 5, l. n. 898/1970 come successivamente modificata nel 1987, consta di due fasi:

- a) fase dell'eventuale riconoscimento del diritto (fase dell'*an debeatur*);
- b) fase della quantificazione dell'assegno (fase del *quantum debeatur*) – cui si accede solo all'esito positivo della prima fase.

### a) *An debeatur*

Nella sentenza *de qua*, la Cassazione afferma che il parametro alla cui stregua deve essere deciso il giudizio sull'adeguatezza dei "mezzi" dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio, nonché sulla possibilità "per ragioni oggettive" dello stesso di procurarseli, vada individuato nel raggiungimento o meno dell'indipendenza economica del richiedente, non più in rapporto al tenore di vita condotto durante il matrimonio: la Suprema Corte richiama al riguardo il principio dell'autoresponsabilità economica.

<sup>1</sup> Fra tutte, cfr. Cass. civ., Sez. I, sent. 27 novembre 2013, n. 26491 (Pres. Salmé, rel. Campanile).

Se il coniuge richiedente è economicamente indipendente, o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il diritto all'assegno di divorzio, irrilevante a riguardo che con i suoi mezzi non riesca più a condurre lo stesso tenore di vita condotto durante il matrimonio e irrilevante la valutazione sul rapporto matrimoniale effettivamente svolto, sulla durata e sulle ragioni della sua conclusione.

Il diritto all'assegno di divorzio sorge dunque a favore dell'ex coniuge, inteso non più nella sua qualità coniuge, ma esclusivamente come "persona" (è la Suprema Corte che a riguardo usa il virgolettato) e non più come parte di un rapporto matrimoniale che è cessato perché con il divorzio viene meno la *status* coniugale e i coniugi non sono più tali ma due soggetti autonomi da considerare nella loro individualità (si tenga conto che la Cassazione aveva già statuito il principio in forza del quale il diritto all'assegno va comunque escluso se l'ex coniuge, abbia intrapreso una nuova relazione sentimentale di stabile convivenza che fa venir meno la solidarietà *post* coniugale a prescindere dall'utilità economica che da tale relazione tragga l'ex coniuge)<sup>2</sup>.

Ma l'adeguatezza dei mezzi economici del richiedente a vivere una vita in autosufficienza economica a cosa va parametrata?

I giudici devono esprimere un principio giuridico che abbia aderenza alla società italiana, ed è fatto noto, riportato da indagini Istat, che quando una donna ha "dedicato" molti anni della sua vita alla famiglia, rinunciando al lavoro, o accettando lavori non adeguati alla sue capacità o sottopagati, specie se ciò ha coinciso con gli anni in cui si fa ingresso nel modo del lavoro e si acquista una professionalità, difficilmente avrà concrete *chances* di trovare il lavoro adeguato alla sua capacità professionale (ammesso che la abbia acquisita), non avendo altresì il modo di recuperare il tempo perduto.

Disinvestire sulla propria capacità lavorativa, sulla propria professionalità a favore della famiglia è una scelta irreversibile per una donna.

Quindi imporre a una donna che per scelta fatta molti anni prima, nella maggior parte dei casi insieme al marito, ha limitato o contratto il suo impegno lavorativo, in favore della famiglia, di diventare autonoma come astrattamente avrebbe potuto essere qualora non avesse fatto altre scelte, significa penalizzarla oltremodo.

Nei matrimoni di lunga durata sono state fatte scelte anche dettate da schemi culturali molto radicati che dopo tanti anni non possono non determinare responsabilità reciproche tra i coniugi.

Non va sottaciuto che il lavoro casalingo è stato da recenti ricerche stimato circa € 3.000,00 al mese e che spesso ad esso si affianca il lavoro nell'attività del coniuge che si presume gratuito e rispetto al quale la Cassazione ha detto che «per superare la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese in ambito familiare, spesso rese, invece, "*affectionis vel benevolentiae causae*", è necessario fornire prove precise sull'esistenza del vincolo di subordinazione e sulla onerosità della prestazione. Bisognerà quindi dimostrare il nesso di correttezza tra prestazione e retribuzione, l'obbligatorietà della prestazione e come essa avvenisse secondo specifiche direttive e sottoposta a controlli, con margine di flessibilità invece per quanto concerne gli orari»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> «L'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, rescindendo ogni connessione con il tenore ed il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale, fa venire definitivamente meno ogni presupposto per la riconoscibilità dell'assegno divorzile a carico dell'altro coniuge, sicché il relativo diritto non entra in stato di quiescenza, ma resta definitivamente escluso. Infatti, la formazione di una famiglia di fatto – costituzionalmente tutelata ai sensi dell'art. 2 Cost. come formazione sociale stabile e duratura in cui si svolge la personalità dell'individuo – è espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del Pag. 2 rischio di una cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale con l'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo» (Cass. 30 gennaio 2017, n. 2314; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2466; Cass. n. 17811/2015; Cass. 3 aprile 2015, n. 6855; Cass. 18 novembre 2013, n. 25845).

<sup>3</sup> La Corte di Cassazione, con sent. n. 9043/2011.

b) *Quantum debeatur*

Solo nella seconda fase, ovvero nella determinazione del *quantum* dell'assegno di divorzio eventualmente riconosciuto, la Corte di Cassazione ritiene vadano utilizzati i parametri legislativi indicati dall'art. 5 della legge sul divorzio, quali veri e propri "indici" da valutare con riguardo alla durata del matrimonio: le ragioni della decisione, le condizioni reddituali patrimoniali, il contributo economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, ma da questi parametri viene espunto quello del tenore di vita che per cui anche laddove il giudice accede alla seconda fase, dopo avere accertato che il diritto sussiste, non avrà alcun vincolo di quantificare un assegno adeguato al tenore di vita e che invece andrà determinato in misura tale da rendere possibile al coniuge richiedente una esistenza libera e dignitosa.

Il riferimento alla questione dell'autosufficienza economica dei figli maggiorenni, che dovrebbe avvalorare la nuova tesi della Corte di Cassazione, appare ultroneo: il rapporto di filiazione è "altra" cosa dal rapporto di coniugio, il figlio maggiorenne ha potenzialità ed un'età assolutamente diversa da quella di un ex coniuge.

Filiazione e rapporto di coniugio sono situazioni tra loro non sovrapponibili in ragione della loro intrinseca diversità; da considerare, peraltro, l'ulteriore profilo relativo al fatto che di sovente l'assegno per il figlio maggiorenne non economicamente autosufficiente va versato al genitore con lo stesso convivente e non direttamente al figlio stesso.

Tra l'altro, la Corte in questo caso dimentica che nella valutazione dell'autosufficienza economica dei figli deve tenersi conto delle loro inclinazioni<sup>4</sup> e della condizione socio-economica della famiglia: perché tale secondo elemento non dovrebbe valere anche per l'istituto dell'assegno divorzile?

Infine, anche il riferimento all'Europa appare inadeguato: a quale Europa ci si riferisce? A quella dove sono riconosciuti i patti prematrimoniali, o invece a quella dove la comunione materiale dei coniugi è effettiva e, quindi, ovviamente poi non viene riconosciuto l'assegno? O ancora all'Europa dove i servizi a favore della famiglia sono numericamente maggiori, efficienti e spesso gratuiti?

Gli indici enunciati per determinare l'adeguatezza dei mezzi all'autosufficienza appaiono oltre che riduttivi generici incerti e lasciano ampio spazio all'arbitrarietà (non già alla discrezionalità) del giudice che deciderà in base al suo foro interno con il rischio che ancora una volta prolifereranno protocolli e linee guida nelle diverse sedi giudiziarie che determineranno aprioristicamente soglie minime di sussistenza senza alcuna riguardo a quella "persona" nel caso concreto e minando il principio della certezza del diritto.

\* \* \*

<sup>4</sup> Cass. n. 22214/2004: «L'obbligo dei genitori di concorrere tra loro al mantenimento dei figli secondo le regole dell'art. 148 c.c. non cessa, "ipso facto", con il raggiungimento della maggiore età da parte di questi ultimi, ma perdura, immutato, finché il genitore interessato alla declaratoria della cessazione dell'obbligo stesso non dia la prova che il figlio ha raggiunto l'indipendenza economica, ovvero che il mancato svolgimento di un'attività economica dipende da un atteggiamento di inerzia ovvero di rifiuto ingiustificato dello stesso, il cui accertamento non può che ispirarsi a criteri di relatività, in quanto necessariamente ancorato alle aspirazioni, al percorso scolastico, universitario e post-universitario del soggetto ed alla situazione attuale del mercato del lavoro, con specifico riguardo al settore nel quale il soggetto abbia indirizzato la propria formazione e la propria specializzazione. Deve, pertanto, in via generale escludersi che siano ravvisabili profili di colpa nella condotta del figlio che rifiuti una sistemazione lavorativa non adeguata rispetto a quella cui la sua specifica preparazione, le sue attitudini ed i suoi effettivi interessi siano rivolti, quanto meno nei limiti temporali in cui dette aspirazioni abbiano una ragionevole possibilità di essere realizzate, e sempre che tale atteggiamento di rifiuto sia compatibile con le condizioni economiche della famiglia».

Un temperamento a questo orientamento espresso dalla sentenza in commento è dato dal regime della prova come ribadito dalla successiva sentenza della Cass. 11 maggio 2017, n. 11538, che ha statuito che è “prova diabolica” dimostrare le concrete iniziative per cercare lavoro<sup>5</sup>.

\*\*\*

In conclusione, si tratta, ad avviso di chi scrive, di una sentenza di cui non si sentiva il bisogno, anche perché il fenomeno odioso delle c.d. rendite parassitarie che questa sentenza tende a rimuovere non è così diffuso; peraltro, si tratta di situazioni che, già con l'applicazione corretta da parte dei giudici di merito dell'orientamento consolidato e ricordato in premessa, ben possono essere evitate, tenuto conto che la Suprema Corte ha più volte statuito che applicando i criteri previsti dalla norma in fase di quantificazione dell'assegno, si può arrivare sino al punto di azzerare un assegno che astrattamente sarebbe stato riconoscibile al coniuge richiedente e ciò soprattutto con riguardo ai matrimoni di breve durata<sup>6</sup>.

Ovviamente, il problema dell'assegno di divorzio è ancora più attuale di fronte alla legge del c.d. divorzio breve, che ha ridotto i termini dopo la separazione per ottenerlo.

È vero che la Suprema Corte pochi giorni dopo la pubblicazione di tale sentenza ha avuto modo di sottolineare nel noto caso Berlusconi che l'assegno di separazione a norma dell'art. 156 c.c. è altra cosa dall'assegno divorzile a norma dell'art. 5 della legge sul divorzio, ma non vi è chi non veda che è concreto il rischio che la diminuzione dei tempi “riduca” anche la previsione degli assegni di separazione e la loro quantificazione, in vista del successivo giudizio di divorzio.

---

<sup>5</sup> Cfr. Cass. 11 maggio 2017, n. 11538: «(...) non appare corretto interpretare la normativa vigente nel senso che la stessa esige sia fornita, dal richiedente l'attribuzione di un assegno divorzile, la ben difficile prova dell'inesistenza assoluta di ogni possibilità di lavoro (...)».

<sup>6</sup> Cass., 5 febbraio 2014, n. 2546.