



PREMESSA

LA SEPARAZIONE PERSONALE TRA I CONIUGI**1. ASPETTI GENERALI**

- a) *gli effetti*
- b) *la giurisdizione e la competenza*
- c) *la legge applicabile*

2. IL PROCEDIMENTO

- a) *il ricorso*
- b) *la notificazione del ricorso e i termini di comparizione*
- c) *la comparizione delle parti davanti al Presidente del tribunale.*
- d) *i provvedimenti presidenziali e la nomina del giudice istruttore*
- e) *l'assegnazione della casa coniugale in sede presidenziale*
- f) *la costituzione delle parti*
- g) *la costituzione del convenuto e le domande riconvenzionali*
- h) *le diverse ricostruzioni dell'istituto*
- i) *la modificazione dei provvedimenti presidenziali*
- l) *l'istruttoria*
- m) *la sentenza parziale di separazione*

3. I TEMI DELLA SEPARAZIONE PERSONALE TRA I CONIUGI

- a) *l'affidamento dei figli minori*
- b) *l'affidamento congiunto e l'affidamento alternato*
- c) *l'assegnazione della casa coniugale*
- d) *l'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare*
- e) *l'addebito nella separazione*
- f) *il mantenimento del coniuge nella separazione*
- g) *le indagini patrimoniali*
- h) *il contributo al mantenimento dei figli*

4. LA SEPARAZIONE CONSENSUALE

- a) *la separazione consensuale*
- b) *Il trasferimento di beni immobili nella separazione e nel divorzio*

LO SCIoglimento O LA CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO

- 1 LE CONDIZIONI DEL DIVORZIO**
 - a) *il divorzio dopo la separazione legale*
 - b) *il divorzio ottenuto all'estero*
 - c) *il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio*
- 2. IL PROCEDIMENTO**
 - a) *il ricorso, la competenza e la giurisdizione*
 - b) *l'eccezione di interruzione della separazione*
 - c) *il divorzio "parziale"*
 - d) *l'istruzione*
 - d) *la riconvenzionale per l'assegno divorzile*
 - f) *l'assegno divorzile*
- 2. LE MODIFICHE ALLE CONDIZIONI DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO**
 - a) *l'intervento del P.M. nelle modifiche riguardanti i figli, anche naturali.*
 - b) *le altre modifiche*
 - c) *l'ordine di pagamento diretto nella separazione e nel divorzio*
- 3. IL MANTENIMENTO DEI FIGLI NATURALI**
 - a) *il contributo al mantenimento*
 - b) *le obbligazioni degli ascendenti*
 - c) *l'assegnazione della casa al genitore affidatario dei figli naturali*
- 4. LA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ DOPO IL DIVORZIO**
- 5. IL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO DOPO IL DIVORZIO**
- 6. IL SEQUESTRO DEI BENI DELL'OBBLIGATO**

SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE IN PROFESSIONI LEGALI

DIRITTO CIVILE E PROCESSUALE CIVILE

La separazione personale tra i coniugi

Il divorzio

PREMESSA

Voi tutti sapete cos'è una separazione personale tra i coniugi e un divorzio, cioè cessazione degli effetti civili di un matrimonio o lo scioglimento di un matrimonio. Forse quello che non sapete è che negli ultimi venti anni c'è stata un'evoluzione vertiginosa di questi aspetti, nel senso che si è passati da un numero assolutamente esiguo di separazioni personali (quando ancora non c'era il divorzio, quando ancora la separazione poteva essere chiesta solamente per addebito), ad un travolgente numero di istanze e di ricorsi che negli ultimi anni hanno coinvolto circa 12.000 fascicoli in un anno il che vuol dire che tra separazioni consensuali, tra divorzi congiunti, tra separazioni giudiziali e tra divorzi giudiziali, vengono coinvolte ogni anno più di 24.000 persone.

Quanto segue è il riassunto delle trascrizioni di alcune conversazioni tenute ai colleghi ed agli avvocati, nel corso degli ultimi tre anni (da qui lo stile discorsivo), la cui prima versione, forse più ampia, ma meno coordinata e non aggiornata, potrete trovare nel sito www.albertobucci.net.

LA SEPARAZIONE PERSONALE TRA I CONIUGI

1. ASPETTI GENERALI

a) gli effetti

La separazione personale tra i coniugi è prevista dall'articolo 150 del codice civile e regolata, per quanto riguarda gli aspetti contenziosi (separazione giudiziale) dagli articoli 151, 155 e 156 del codice civile.

Con la separazione i coniugi realizzano una situazione in cui alcune delle obbligazioni nascenti dal matrimonio rimangono sospese, prima tra tutte quella della convivenza, senza che venga a cessare il vincolo matrimoniale che potrà terminare solamente con il divorzio (scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso).

La separazione personale ha anche altri effetti di carattere patrimoniale: con il passaggio in giudicato della pronuncia giudiziale ovvero con l'omologazione della separazione consensuale, viene a termine il regime legale di comunione dei beni e si instaura una comunione di tipo convenzionale, che può essere sciolta a richiesta di uno dei coniugi.

La separazione, infine, non esclude il coniuge separato dalla successione legittima, né dalla quota di riserva quale legittimario, tranne che nel caso in cui la separazione sia stata pronunciata con addebito. In questo caso egli ha diritto solamente ad un assegno vitalizio commisurato alle sostanze ereditarie ed al numero degli eredi, sempre che al momento dell'apertura della successione godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto (articoli 548 secondo comma, 584 secondo comma e 585 secondo comma del codice civile).

Gli effetti della separazione durano fino a quando i coniugi non si riconciliano. Secondo il disposto dell'articolo 157 del codice civile, la cessazione della separazione può risultare da una dichiarazione espressa o da un comportamento incompatibile con lo stato di separazione, senza che sia necessario l'intervento del giudice.

Un recente regolamento ha stabilito, ai fini di dare una certa pubblicità allo stato di separazione (per rendere palese l'eventuale cessazione dello stato di comunione legale), che la sentenza che stabilisce la separazione, ovvero il provvedimento di omologa della consensuale, debbano essere annotati sull'atto di matrimonio e che i coniugi, possono rendere pubblica la cessazione degli effetti (con la ricostituzione della comunione legale), mediante una dichiarazione da rendere congiuntamente all'ufficiale dello stato civile.

Con la riconciliazione, infatti, si viene a ricostituire la comunione legale dei beni (questa è l'ultima sentenza della Cassazione) che parte da tale momento, ma non coinvolge retroattivamente gli acquisti fatti separatamente dai due coniugi nel periodo in cui sono stati effettivamente separati.

Per riconciliazione si deve intendere la stabile ricostituzione dell'armonia tra coniugi nel senso spirituale e materiale, senza che sia sufficiente un momentaneo riavvicinamento, o un rapporto occasionale anche se dallo stesso può essere stato concepito un figlio.

b) la giurisdizione e la competenza

Secondo l'articolo 3 della legge n. 218 del 1995, sulla *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia, secondo l'articolo 32 della stessa legge, in materia di separazione e divorzio la giu-

risdizione sussiste anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia.

Tale regola di carattere generale, è stata recentemente modificata dal Regolamento Europeo n. 1347/2000, approvato il 29 maggio 2000, dal Consiglio dell'Unione Europea, direttamente applicabile, secondo quanto previsto dallo stesso, dal 1° marzo 2001.

Secondo questa nuova regolamentazione, all'interno dell'U.E., infatti, non esiste più la giurisdizione determinata dal luogo della celebrazione del matrimonio, né quella determinata dalla cittadinanza di uno solo dei coniugi.

Rimane fermo il criterio di collegamento costituito dalla residenza del convenuto e quello della residenza di uno dei due, in caso di domanda congiunta.

Viene dato valore al luogo di *ultima residenza abituale di entrambi i coniugi, se uno di essi vi risiede ancora*, che determina la giurisdizione qualunque sia la veste processuale che assumono le parti (attore o convenuto)

La novità è rappresentata dal rilievo dato alla *residenza abituale dell'attore* che può determinare la giurisdizione (nei confronti del coniuge convenuto che risieda in altro Stato), quando sia accompagnata da una durata almeno annuale (o semestrale, se si tratta di cittadino dello Stato presso cui si introduce la domanda) che abbia preceduto *immediatamente*, la presentazione della domanda.

Da ciò si ricava che il giudice italiano non ha giurisdizione nel caso in cui entrambi i coniugi siano residenti all'estero, anche se uno (solo) dei due è cittadino italiano o se il matrimonio è stato celebrato in Italia.

Il cittadino italiano (o di altro Stato) residente in Italia, può essere convenuto sia davanti al giudice italiano, per il collegamento costituito dal-

la sua residenza, sia davanti al giudice di altro Stato membro, quando ricorra un criterio di collegamento legato alla *residenza* dell'attore.

Il regolamento è applicabile anche ai cittadini degli Stati terzi (non dell'UE), che in base alle disposizioni del regolamento stesso vengono ad essere sottoposti alla giurisdizione dei giudici degli Stati membri della UE. Gli eventuali conflitti di giurisdizione tra giudici dello Stato terzo e i giudici italiani dovranno essere risolti in base all'articolo 7 della legge 218 del 1995.

Per quanto attiene alla competenza, basterà dire che, una volta individuata la giurisdizione italiana, a norma delle disposizioni processuali di cui alla legge 898 del 1970 (quella sul divorzio, applicabili anche al procedimento di separazione), la domanda va presentata al tribunale del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza o il domicilio, oppure, in caso di irreperibilità o di residenza all'estero al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'attore.

Si tratta in ogni caso di una competenza inderogabile, sia per quanto attiene all'organismo giudicante, che non può essere che il tribunale, sia per quanto attiene alla individuazione del giudice territorialmente competente, in quanto si tratta evidentemente di un tipo di competenza funzionale e territoriale di carattere inderogabile, a mente dell'articolo 28 del c.p.c..

Va comunque posto in rilievo, che per quanto attiene alla competenza territoriale, la stessa deve essere eccepita o rilevata d'ufficio sino alla prima udienza di trattazione, altrimenti, secondo la regola generale dell'articolo 38 del c.p.c., se il giudizio prosegue, non vi è più la possibilità di mettere in discussione la competenza del tribunale adito.

c) la legge applicabile

Un ultimo rilievo va fatto per quanto attiene alla disciplina applicabile alla separazione ed al divorzio.

Secondo l'articolo 38 della legge 218 del 1995, la separazione e il divorzio sono regolati dalla legge nazionale dei coniugi al momento della domanda, in mancanza di una cittadinanza comune, si applica la Legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata.

Secondo la stessa disposizione, il divorzio e la separazione sono comunque regolati dalla legge italiana, quando la legge straniera applicabile non li preveda.

Il che vuol dire che il giudice italiano sarà tenuto ad applicare una legge di un altro Stato, in relazione alla cittadinanza di entrambi i coniugi ovvero in relazione alla localizzazione della vita matrimoniale e che potrà separare o divorziare coniugi, cittadini stranieri, la cui legge nazionale non preveda lo scioglimento del matrimonio o la separazione personale.

2. IL PROCEDIMENTO

a) il ricorso

Se vogliamo cominciare ad occuparci del procedimento di separazione personale dei coniugi, dobbiamo dire che le norme relative, che sono contenute nel c.p.c. agli artt. 706 e segg., sono state superate dalla legge che nel 1987 ha introdotto alcune riforme in materia di divorzio e che ha dettato delle regole procedurali che sono state estese anche alla separazione.

Se prendiamo l'art. 23 della legge 6 marzo 1987 n. 74, vediamo che ai giudizi di separazione personale dei coniugi si applicano, in quanto appli-

cabili, le regole di cui all'art. 4 della legge sul divorzio in quanto modificata dalla stessa legge dell'87. Quindi noi dobbiamo far riferimento non più agli articoli. 706 e segg. del c.p.c. ma all'art. 4 della legge del 1970 n. 898 così come è stata modificata dalla successiva legge del 1987. Questo vuol dire che l'art. 706, l'art. 707, l'art. 708 e l'art. 709 del c.p.c. sono stati implicitamente abrogati dalle disposizioni che troviamo nell'art. 4 della legge sul divorzio.

Il giudizio di separazione si introduce con ricorso. Questa è la prima regola che viene dettata dal secondo comma dell'art. 4. Ricorso che va presentato al tribunale che ha una competenza esclusiva per materia e che secondo l'art. 4 va presentato al tribunale della residenza del convenuto, ove il convenuto abbia una residenza nota. Se non l'avesse nota ma l'avesse all'estero la domanda deve essere presentata al presidente del tribunale di residenza dell'attore.

Il ricorso deve contenere una domanda di separazione e dovrà contenere, oltre all'indicazione del tribunale e del nome delle parti, l'oggetto della domanda, l'esposizione dei fatti sui quali si fonda la domanda e l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.

In effetti, nell'ambito di un giudizio di separazione, forse osservare rigorosamente queste regole può causare degli inconvenienti. Questo perché la prima fase del giudizio di separazione, come vedremo, è caratterizzata da finalità prevalentemente conciliative e sicuramente un ricorso molto articolato potrebbe influire negativamente sul tentativo di conciliazione che il Presidente del tribunale è tenuto ad effettuare nella prima udienza di comparizione.

Quello che deve essere indicato nel ricorso, è la domanda. Le domande che possono essere introdotte nella struttura del procedimento è quella

della separazione, quella dell'assegno di mantenimento che l'attore ricorrente pretende dall'altro coniuge, per se o per i figli e quella dell'addebitabilità della separazione all'altro coniuge. Quindi un punto fisso è che il ricorso deve contenere queste domande.

Per quanto attiene alle altre due questioni che si possono presentare nel corso di un giudizio di separazione, e cioè quella dell'affidamento dei figli minori e anche dell'assegnazione della casa coniugale, direi che non si tratta di domande vere e proprie e, per quanto attiene all'affidamento dei figli, il tribunale ha poteri ufficiosi e può dare i provvedimenti relativi all'affidamento e alle regole dell'affidamento anche in contrasto con le indicazioni delle parti. Questo perché se è vero che l'art. 155 dice che il tribunale nell'adottare provvedimenti relativi ai figli, deve tenere conto dell'accordo tra le parti, dice anche che i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti e al loro accordo, in quanto si deve perseguire non l'interesse delle parti ma l'interesse della prole. Per cui, con riferimento alla prole di minore età, l'affidamento deve essere dato al genitore che risulti il più idoneo ed adatto alla cura ed alla educazione, anche in contrasto con gli intendimenti delle parti, mentre, di conseguenza, la casa coniugale dovrà essere assegnata (quasi sempre in senso obbligatorio) al genitore affidatario (o al genitore presso cui vivono i figli anche maggiorenni, che non abbiano ancora raggiunto l'indipendenza economica).

b) la notificazione del ricorso e i termini di comparizione

Cosa succede dopo la presentazione del ricorso?

Il Presidente del tribunale fissa l'udienza di comparizione davanti a lui, ovviamente dovrà delegare un giudice perché non è pensabile che possa fare tutte le comparizioni delle parti. I coniugi dovranno comparire perso-

nalmente davanti al Presidente o davanti al giudice da lui delegato. Prima della comparizione delle parti ci dovrà ovviamente essere la notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza.

L'art. 4 dice che il Presidente deve fissare anche il termine entro cui il ricorso ed il decreto dovranno essere notificati. Questo termine non è perentorio ma tra la data della notificazione del ricorso e del decreto e quella dell'udienza di comparizione, secondo quanto detto dal 6° comma dell'art. 4, devono intercorrere i termini di cui all'art. 163 bis c.p.c. ridotti alla metà.

Questo vuol dire che rispetto ai 60 gg. ordinari vi sono 30 gg. che devono obbligatoriamente intercorrere tra la notifica del ricorso e l'udienza di comparizione, pena la nullità della *vocatio in ius*.

Può essere ancora ridotto questo termine? Trattandosi di un termine già ridotto, si può ritenere che non si possa pensare ad una sua ulteriore riduzione, portarlo cioè da 30 a 15 gg.. Una recente sentenza della Corte di Cassazione, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo, ha dato lo spunto per ritenere invece che, oltre alla riduzione del termine disposta dalla legge, vi possa essere un'ulteriore riduzione del termine fino a 15 gg., se vi è un'espressa richiesta dalla parte sulla base di comprovati motivi di urgenza. Secondo la Cassazione, quando sono termini ridotti astrattamente, ulteriori motivi in concreto possono determinare la necessità di un'ulteriore riduzione del termine e il Presidente del tribunale può autorizzare la riduzione, fino alla metà, del termine già ridotto della metà.

In una materia come quella delle separazioni, molte volte si vengono a manifestare delle urgenze che non possono essere risolte altro che con la comparizione delle parti e cioè con provvedimenti provvisori del Presidente del tribunale. Prima della comparizione delle parti, con l'emissione di provvedimenti provvisori, determinate situazioni di crisi non hanno modo di essere risolte in alcun modo. Per cui la possibilità di ridurre il termine di

comparizione sino a quindici giorni, molte volte è giustificato se non necessario, in relazione a particolari circostanze.

c) la comparizione delle parti davanti al Presidente del tribunale.

Devo dire che presso i nostri tribunali in genere è mantenuta quella prassi che era specificatamente codificata nell'art. 707 del c.p.c. "I coniugi devono comparire personalmente davanti al Presidente senza assistenza del difensore."

Questa disposizione fu impugnata di incostituzionalità. La Corte Costituzionale rispose che la comparizione delle parti può avvenire davanti al Presidente del tribunale senza l'assistenza del difensore, ma una volta esaurita la fase conciliativa, i difensori devono partecipare all'udienza.

L'art. 4 in effetti non ripete la versione del 707, cioè non dice che le parti devono comparire personalmente senza l'assistenza di un difensore ma dice solamente che devono comparire personalmente, salvo gravi e comprovati motivi, ciò vuol dire che è ammessa eccezionalmente la possibilità di una comparizione anche a mezzo di un procuratore speciale. Ma il momento del confronto tra le parti è talmente importante che i "gravi e comprovati motivi" che possono comportare una "sostituzione" con il procuratore speciale, devono essere tali da comportare una impossibilità se non permanente, quantomeno di lunga previsione.

Generalmente se l'attore ricorrente non può comparire per giustificati motivi potrà ottenere un rinvio dell'udienza. Se il convenuto non può comparire dovrà innanzitutto costituirsi, poi il procuratore costituito potrà far valere le giustificazioni dell'assenza per cercare di ottenere a sua volta un rinvio dell'udienza.

Si ammette generalmente che il convenuto possa essere semplicemente assistito da un difensore non ancora costituito.

Sta di fatto che, comparso il ricorrente, se il convenuto non compare, la conciliazione si ha per non avvenuta. Il Presidente è autorizzato a dare i provvedimenti provvisori che si concluderanno con il rinvio della causa al giudice istruttore.

La prassi è che i coniugi vengano sentiti separatamente senza l'assistenza dell'avvocato. Questa prassi, non so quanto legittima, fornisce sicuramente al Presidente del tribunale la possibilità di rendersi conto di quali sono i motivi del contrasto tra i coniugi, e fornisce poi, qualche volta, elementi molto preziosi per quanto attiene l'indirizzo dei provvedimenti presidenziali.

Quando non vi è possibilità di conciliazione intesa come rinuncia di entrambe le parti alla separazione e quindi come ricostituzione del consorzio familiare, (il che avviene nella quasi totalità dei casi), normalmente il Presidente svolge un secondo tentativo di conciliazione per arrivare ad una separazione consensuale, mettere cioè d'accordo le parti non sulla ripresa del consorzio familiare ma su una separazione che abbia basi e condizioni concordate tra le parti stesse. Ed è inutile dire che questa seconda fase dell'udienza presidenziale, deve svolgersi alla presenza dei difensori.

d) i provvedimenti presidenziali e la nomina del giudice istruttore

Al termine di questa fase conciliativa, intesa in doppio senso, il Presidente del tribunale deve prendere i cosiddetti provvedimenti provvisori. Questo è uno dei nodi cruciali di tutta la procedura perché il Presidente del tribunale deve stabilire, in via anticipata rispetto a quello che sarà una fu-

tura decisione, a chi vanno affidati i figli, a chi va assegnata la casa coniugale, e deve stabilire se un coniuge deve corrispondere all'altro un assegno di mantenimento ovvero un assegno quale contributo al mantenimento dei figli.

Molte volte il Presidente del tribunale si trova in grosse difficoltà per riuscire a capire qual è la reale situazione delle parti, e molte volte si deve basare su quanto raccontano le parti stesse e su quanto gli viene fornito in quel momento. L'udienza presidenziale, comunque, rappresenta un momento importantissimo, perché con le decisioni urgenti si determina qualcosa che influirà in tutto il procedimento e molte volte anche nella sentenza definitiva.

Questo vuol dire che sicuramente le parti dovrebbero presentarsi con una buona e sufficiente documentazione. Nel procedimento di divorzio l'art. 5 prevede espressamente che le parti debbano presentarsi davanti al Presidente del tribunale con una esauriente documentazione della loro posizione economica. Devo dire che questa disposizione contenuta nell'art. 5 non si applica ai procedimenti di separazione e divorzio perché la procedura applicabile ai procedimenti di separazione è solo quella dell'art. 4, però è indubbio che nell'ambito della separazione personale le parti è meglio che si attrezzino a rispondere ad un tale tipo di dimostrazione.

Non è detto che il Presidente del tribunale sciolga immediatamente il nodo, nel senso che molte volte, quando la situazione non è sufficientemente chiara e ci si trova di fronte a situazioni complicate; il Presidente può riservarsi di decidere in un secondo momento, fuori udienza, e può disporre che le parti, prima di tale decisione, chiariscano determinati punti anche attraverso una specifica documentazione.

Anche per quanto riguarda l'affidamento dei figli, se la questione presenta aspetti di complessità, non è escluso che in sede presidenziale possa

essere sentito il minore oppure disposta una consulenza tecnica e cioè l'incarico ad uno psicologo o ad un neuro-psichiatra infantile che possa chiarire esattamente qual è la migliore soluzione per la prole.

La legge prevede una distinzione tra le funzioni presidenziali e quelle dell'istruttore. C'è il Presidente che fa il tentativo di conciliazione e l'istruttore che, designato dal presidente, fa l'istruzione della causa.

Questa distinzione, comunque non è tassativa. L'aumento dei ricorsi e anche ragioni di opportunità in qualche tribunale, come quello di Roma, hanno consigliato di far proseguire la causa davanti allo stesso Presidente come istruttore.

Questa soluzione, che non ha sollevato grosse perplessità o inconvenienti, sicuramente fornisce un elemento di speditezza. Le persone che continuano l'istruttoria davanti allo stesso Presidente sono persone che l'istruttore ha già visto e che quindi conosce meglio. La continuità tra il Presidente e l'istruttore, inoltre, evita che nella prima udienza davanti all'istruttore vi sia una specie di assalto al giudice per ottenere la modifica dei provvedimenti presidenziali. Indubbiamente se l'istruttore è la stessa persona che ha preso i provvedimenti presidenziali sicuramente si limitano le possibilità di richieste di modifica se non basate su elementi molto più specifici che non quelli semplicemente relativi a una riconsiderazione della stessa situazione, e al tempo stesso responsabilizza maggiormente le parti allo svolgimento delle proprie ragioni, in sede di udienza presidenziale.

e) l'assegnazione della casa coniugale in sede presidenziale

Il significato che ha in sede presidenziale l'assegnazione della casa coniugale è strettamente legata all'autorizzazione che il Presidente dà ai coniugi di vivere separati. Quando i coniugi ancora convivono, il Presiden-

te del tribunale deve dire quale dei due coniugi se ne deve andare di casa. Nel caso in cui la convivenza ancora persiste al momento dell'udienza, il provvedimento di assegnazione della casa coniugale deve essere dato obbligatoriamente d'ufficio anche se poi, come vedremo, non è detto che questo provvedimento possa essere automaticamente confermato in sede di decisione definitiva, in cui hanno prevalenza i criteri di scelta di cui all'articolo 155 del codice civile, con riferimento alla convivenza di figli anche maggiorenni.

f) la costituzione delle parti

A questo punto ci dobbiamo porre una serie di interrogativi che attengono alla costituzione delle parti e all'introduzione delle domande riconvenzionali, soprattutto da parte del convenuto.

La legge speciale non prevede nulla per quanto riguarda la costituzione delle parti.

Se noi consideriamo che il procedimento si introduce con ricorso, che il ricorso deve essere depositato, per quanto riguarda il ricorrente la costituzione avviene con il deposito e su questo punto mi pare che non ci possa essere nulla di controverso.

Ma quando si deve costituire il convenuto?

A questo proposito si presentano problemi di compatibilità tra la procedura ordinaria e il procedimento speciale.

In linea generale dobbiamo dire che quando ci troviamo davanti ad un procedimento speciale, si debbono applicare tutte le norme relative al procedimento speciale fino a quando il procedimento stesso le dispone specificamente, ed applicare quelle sul procedimento ordinario quando il procedimento speciale nulla dispone.

Noi qui abbiamo un procedimento speciale che nulla dice per quanto riguarda la posizione e la costituzione del convenuto. Allora dovremmo prendere le norme relative al procedimento ordinario e scoprire che in questo procedimento il convenuto deve costituire dieci giorni prima dell'udienza di prima comparizione (nel caso specifico è certo che non si tratta di venti giorni ma di dieci perché si tratta di un termine che già è ridotto in partenza).

Ma se il convenuto deve costituirsi prima dell'udienza di comparizione, sorge il dubbio se tale udienza sia quella dell'udienza presidenziale oppure quella davanti all'istruttore:

Per quanto riguarda questo interrogativo si deve dire che dottrina e giurisprudenza sono in prevalenza orientate nel ritenere che il giudizio contenzioso inizia con l'udienza davanti al giudice istruttore, anche se ci sono delle opinioni discordi.

Quindi possiamo dire che la fase contenziosa inizia davanti al giudice istruttore in quanto la comparizione delle parti davanti al Presidente del tribunale è una fase pre-contenziosa ma con finalità prevalentemente conciliative.

D'altra parte dobbiamo considerare che il procedimento conserva la sua unitarietà, cioè il ricorso che l'attore deposita vale ad introdurre sia la fase presidenziale, sia la fase davanti al giudice istruttore. Un po' come avviene nei procedimenti possessori, in cui il ricorso vale sia per la fase sommaria che per la fase di merito. Questa unitarietà deriva dalla implicita abrogazione dell'art.709 del c.p.c. (che diceva che se il convenuto non era comparso all'udienza presidenziale, l'attore doveva notificargli l'udienza di comparizione davanti all'istruttore). C'era fino all'87 una frattura molto marcata tra la fase presidenziale e la fase istruttoria; questa frattura era tal-

mente ben segnata che si richiedeva una doppia costituzione, davanti al Presidente e davanti al giudice istruttore.

L'abolizione dell'art. 709 sicuramente contribuisce a dare una considerazione unitaria di tutto il procedimento ma dal punto di vista sostanziale il tentativo di conciliazione davanti al Presidente del tribunale e l'inizio della causa di merito sono sicuramente molto diversi.

g) la costituzione del convenuto e le domande riconvenzionali

Se l'inizio del giudizio contenzioso è segnato dall'udienza di comparizione davanti all'istruttore, la regola della costituzione dieci giorni prima di tale udienza ha la sua importanza se il convenuto deve fare delle domande riconvenzionali. Nel caso in cui non vi siano domande riconvenzionali il convenuto si può costituire tranquillamente senza particolari problemi all'udienza presidenziale o all'udienza davanti al giudice istruttore, per svolgere le proprie difese contro le domande dell'avversario.

Il problema sorge quando il convenuto deve proporre delle domande riconvenzionali e allora la questione della costituzione assume una grande rilevanza perché secondo le regole ordinarie per proporre tali domande, con la comparsa di risposta, bisogna che la costituzione sia tempestiva, pena la decadenza, secondo il disposto dell'articolo 167 del c.p.c..

Il dubbio maggiore riguarda l'applicabilità della regola della costituzione dieci giorni prima dell'udienza di comparizione davanti all'istruttore e della relativa decadenza, anche al procedimento di separazione (e di divorzio).

Se la decadenza prevista dall'art. 167 c.p.c. è necessariamente collegata nel procedimento ordinario introdotto con citazione con le disposizioni di cui agli artt. 163 e 164 c.p.c.. vuol dire che in tanto è applicabile una pre-

preclusione in quanto nell'atto notificato vi sia l'avvertimento che in caso di mancata costituzione entro il termine prescritto il convenuto decadrà dalla possibilità di proporre domanda riconvenzionale. Questo requisito della citazione, previsto dall'art. 163 n. 7 del codice di rito, assume una tale rilevanza da determinare, in caso di omissione, la nullità della citazione prevista dall'art. 164, che può essere sanata o con il rinnovo della citazione ovvero, se il convenuto si costituisce e dice di non aver avuto l'avvertimento, con la fissazione di altra udienza perché il convenuto stesso possa proporre la domanda riconvenzionale nel termine previsto.

Se il ricorso non ha l'avvertimento, perché non è richiesto tale requisito, secondo il disposto dell'articolo 125 del codice di rito, e se il decreto di convocazione delle parti non contiene l'avvertimento perché il giudice non è autorizzato a stabilire dei termini di decadenza se la legge non lo autorizza espressamente, secondo il disposto dell'articolo 152 del c.p.c., è gioco-forza ritenere che vi sia la possibilità per il convenuto di costituirsi all'udienza, davanti all'istruttore, con deposito di comparsa, senza che possa parlarsi della decadenza di cui all'art. 167, per la proposizione di domande riconvenzionali.

Questo orientamento tiene conto della particolarità del procedimento di separazione (e di divorzio) che dal punto di vista delle domande è poco articolato, poiché in concreto è possibile articolare in via riconvenzionale, solamente la domanda di addebito o la domanda di assegni di mantenimento (o di assegni divorzile).

D'altro canto la decadenza dalle domande riconvenzionali può assumere una grande rilevanza e occorre anche considerare il breve termine che ha il convenuto per preparare le proprie difese, nonché la circostanza che tra l'udienza presidenziale e quella davanti al giudice istruttore può intercorrere un termine inferiore ai dieci giorni, in caso di urgenze.

h) le diverse ricostruzioni dell'istituto

Secondo l'interpretazione che abbiamo dato, con riferimento alla costituzione del convenuto ed alla proposizione delle domande riconvenzionali, quindi, si da per scontato che l'inizio del giudizio contenzioso coincide con l'udienza di comparizione davanti all'istruttore, che viene fissata al termine dell'udienza presidenziale, mentre in relazione a tale udienza non è applicabile la decadenza di cui all'articolo 167, in relazione al secondo comma dell'articolo 171 del c.p.c., per cui il convenuto stesso può costituirsi e validamente proporre le proprie domande, mediante comparsa depositata direttamente a tale udienza.

Non vi è dubbio, comunque, che tale ricostruzione può non essere condivisa (come non lo è in molti tribunali).

Una delle interpretazioni seguite, che ormai possiamo chiamare “prassi” in attesa di un chiarimento che possa venire dalla Corte di Cassazione, è quella che indica l'udienza presidenziale quale momento iniziale di tutto il procedimento.

Tale interpretazione deriva dalla considerazione che il procedimento conserva la sua unitarietà, cioè il ricorso che l'attore deposita vale ad introdurre sia la fase presidenziale, sia la fase davanti al giudice istruttore.

Questa unitarietà viene ricavata principalmente dalla implicita abrogazione dell'art.709 del c.p.c. (che diceva che se il convenuto non era comparso all'udienza presidenziale, l'attore doveva notificargli l'udienza di comparizione davanti all'istruttore, stabilendo una certa frattura tra la fase presidenziale e la fase istruttoria; tanto che si richiedeva la doppia costituzione, davanti al Presidente e davanti al giudice istruttore).

La immediata conseguenza di tale premessa è che rispetto all'udienza presidenziale scattano i termini per la costituzione del convenuto. E poichè, secondo la tesi, valgono anche nel procedimento per separazione (e divorzio) le preclusioni previste nel procedimento ordinario, si verifica l'ulteriore conseguenza che se il convenuto intende proporre domande non convenzionali deve farlo depositando una comparsa depositata entro dieci giorni prima dell'udienza presidenziale, a pena di inammissibilità.

i) la modificazione dei provvedimenti presidenziali

Il discorso sui provvedimenti presidenziali va completato con l'indicazione di quelli che possono essere i rimedi contro i provvedimenti che una parte ritenga non adeguati e che sono destinati a regolare i rapporti tra le parti sino alla decisione definitiva.

I provvedimenti presidenziali non sono ritenuti provvedimenti cautelari perché sono provvedimenti che possono essere presi d'ufficio, perché non sono strumentali per assicurare la realizzazione del diritto, ma sono anticipatori di quella che potrà essere una futura regolamentazione definitiva delle condizioni di separazione, perché sono ultrattivi, cioè provvisori rispetto non solo alla decisione definitiva, ma nel senso che se il procedimento si estingue se le parti davanti al giudice istruttore non compaiono, se la causa viene cancellata dal ruolo e nessuno riassume più il processo, la situazione delle parti rimane regolata dai provvedimenti presidenziali. Quindi non si verifica quello che si verifica nei provvedimenti cautelari rispetto ai quali l'estinzione del giudizio di merito comporta l'inefficacia dei provvedimenti stessi.

Se non sono provvedimenti cautelari, quindi, è escluso che contro gli stessi possa essere proposto reclamo al collegio ai sensi dell'articolo 669 terdecies del c.p.c.

Il rimedio sta allora nel corso del procedimento. Secondo le disposizioni dell'art. 4 della legge sul divorzio, è il giudice istruttore che può sempre modificare i provvedimenti presidenziali, anche in relazione all'evolversi di una situazione che al momento della comparizione davanti al presidente era ancora in fase di formazione, e quindi per circostanze sopravvenute. Qui richiamo l'attenzione sul fatto che mentre l'art. 708 c.p.c. poneva come condizione per la modificazione dei provvedimenti presidenziali da parte del giudice istruttore "mutamenti delle circostanze", questi mutamenti delle circostanze non sono più richiamati dall'art. 4 (che dice semplicemente che i provvedimenti possono essere modificati, "sono dati con ordinanza e possono essere modificati" dal giudice istruttore). Il giudice potrà quindi modificarli anche senza il sopravvenire di un mutamento delle circostanze ma semplicemente sulla base della considerazione che i provvedimenti presidenziali sono stati presi all'esito di una cognizione sommaria che non era adeguata alla situazione reale, o sulla base di una diversa e migliore riconsiderazione delle stesse circostanze.

l) Istruttoria

Per quanto riguarda lo svolgimento dell'istruttoria davanti al giudice istruttore, la legge sul divorzio e le disposizioni del c.p.c. non forniscono alcuna indicazione, per cui sembra corretto, applicare, per quanto possibile le regole del procedimento ordinario, in quanto compatibili con la particolarità del procedimento e tenendo conto che nel processo di separazione so-

no assai limitate le circostanze che giustificano la proposizione di domande riconvenzionali o di eccezioni.

Di conseguenza sembra corretto dire che la prima udienza di comparizione davanti all'istruttore non corrisponde a quella prevista dall'articolo 180 del c.p.c. poiché le attività ivi previste sono state già compiute in sede di udienza presidenziale.

Tale udienza può invece assimilarsi a quella di cui all'articolo 183, tenendo presente che la comparizione delle parti è già avvenuta (e che non si reputa obbligatoria la sua reiterazione, tranne il caso in cui il giudice istruttore ritenga di disporla nuovamente, davanti a lui, per ottenere direttamente dalle parti gli opportuni chiarimenti). Per cui nella stessa udienza le parti potranno solamente precisare o modificare le conclusioni già prese e dovranno in tale udienza formulare quelle eccezioni di incompetenza che il codice di rito prescrive come rilevabili (anche d'ufficio), a pena di decadenza, secondo quanto previsto dall'articolo 38 del c.p.c..

Nel caso in cui il convenuto si costituisca in tale udienza proponendo una domanda riconvenzionale, ove tale domanda venga ritenuta ammissibile, sulla base delle argomentazioni sopra svolte, sarà necessario fissare altra udienza, perché l'attore possa prendere posizione.

Per quanto attiene all'ammissione delle prove il giudice provvederà direttamente alla successiva udienza sulla base di quelle formulate negli atti introduttivi e se richiesto, assegnerà alle parti il termine di cui all'articolo 184 per la indicazione degli stessi, per la produzione di documenti e per la deduzione delle prove contrarie.

Nulla vieta che, nella prima udienza l'istruttore assegni alle parti un termine sia per le precisazioni delle domande e dei fatti posti a fondamento delle stesse, sia per l'indicazione dei mezzi di prova, unificando le possibi-

lità previste sia dal comma 5 dell'articolo 183, sia quelle di cui all'ultimo comma dell'articolo 184.

Va comunque sempre salvaguardata l'applicazione di quel principio che vige nel procedimento ordinario sulla preventiva indicazione del tema decidendum con l'indicazione dei fatti e sulla successiva indicazione del tema probandum con il passaggio all'ammissione delle prove. Con quelle preclusioni previste nel rito ordinario nel senso che, una volta determinato il tema decidendum e cioè esposti i fatti, le prove possono essere relative solamente ai fatti dedotti e non ad altri fatti.

Per esempio se l'addebito è stato chiesto ed è stato specificato che l'addebito è basato sull'infedeltà di uno dei coniugi, la prova dovrà essere relativa all'infedeltà. Nella richiesta di prove dovrebbero essere inammissibili invece le circostanze relative ad altre situazioni come per esempio la prodigalità di uno dei due coniugi perché attiene a fatti che non sono stati dedotti nella fase della deduzione dei fatti.

Va ancora detto che nel giudizio di separazione si verifica frequentemente la necessità di acquisire una documentazione relativa ai redditi delle parti, che il giudice istruttore potrà ordinare a ciascuno (modelli fiscali, estratti dei conti correnti bancari, bilanci di società eccetera), nonché di disporre consulenze sia per individuare le regole dell'affidamento dei figli minori sia per accertare la consistenza dei patrimoni di attore e convenuto, nel caso in cui la documentazione fornita sia contestata sulla base di elementi attendibili.

m) la sentenza parziale di separazione

La legge sul divorzio al comma 9 dell'articolo 4, prevede che, nel caso in cui il processo debba proseguire, il tribunale emette sentenza non defini-

tiva. Che tale disposizione sia applicabile, in quanto “compatibile”, al procedimento di separazione è cosa riconosciuta unanimemente e confermata dalla stessa Corte di Cassazione, sia a sezioni semplici che a sezioni unite.

Quando il processo deve proseguire solamente per la determinazione dell’assegno divorzile o per la determinazione del contributo al mantenimento dei figli ovvero per l’assegnazione della casa coniugale, e quando, all’esito della stessa udienza presidenziale, emerge con sicurezza l’intollerabilità della convivenza, sulla quale molte volte le stesse parti convengono, sicuramente non ci sono motivi per non ammettere la possibilità di una sentenza immediata che sancisca la separazione, cioè l’intollerabilità della convivenza e sancisca definitivamente che i coniugi non hanno più l’obbligo della convivenza e della fedeltà e che è cessato il regime di comunione legale dei beni.

Ma il problema si è posto quando il processo dovrebbe proseguire per l’accertamento della addebitabilità dell’intollerabilità, quando cioè vi è una domanda di addebito della separazione, formulata da una delle parti negli atti introduttivi (ricorso o comparsa di risposta).

Su questo punto si è verificato un grosso contrasto tra le magistrature di merito e la Corte di Cassazione, che dopo un consolidato orientamento contrario, è giunta alla fine, con una notissima decisione a Sezioni Unite, a riconoscere le possibilità di scindere la decisione sulla intollerabilità della convivenza da quella relativamente alla addebitabilità della circostanza. Questo perché, come uniformemente ritenuto dalle corti di merito (con qualche eccezione), le due domande hanno una loro individualità ed autonomia, con la conseguenza che sulle stesse possono aversi pronunce distinte.

L’importanza di tale orientamento che vede la possibilità di una pronuncia di sentenza parziale sulla separazione, indipendentemente dalla de-

cisione sull'addebito, risulta evidente ove si consideri che, pur essendo ancora pendente il relativo giudizio, è possibile introdurre una domanda di divorzio, ove la decisione sulla separazione sia passata in giudicato, sia perché pronunciata con sentenza parziale, sia se la stessa sia stata appellata solo sulle questioni economiche o sull'addebito, quando siano decorsi i prescritti tre anni dalla comparizione delle parti davanti al presidente della separazione stessa.

3. I TEMI DELLA SEPARAZIONE PERSONALE TRA I CONIUGI

a) l'affidamento dei figli minori

Sull'affidamento dei figli si fanno convegni. Io vorrei solo ricordarvi che non dovete farvi sviare da tutte le notizie che ogni tanto appaiono, secondo cui i giudici favoriscono in modo estremo e quasi totale le madri nell'affidamento dei figli minori rispetto ai padri. E' vero che il 90% dei figli minori vengono affidati alle madri, ma è anche vero che l'85% dei padri non chiede l'affidamento.

Posso però anche assicurarvi che nel caso in cui c'è una richiesta di affidamento anche da parte del padre, bisogna fare un'ulteriore distinzione e vedere se questa richiesta di affidamento è una richiesta seria, reale o solo strumentale. Una volta individuate le richieste serie, penso che tra i coniugi non vi sia alcuna differenza per il tribunale che di solito si affida ad un esperto il quale dà una risposta e, tranne in casi assolutamente eccezionali, si attiene a queste risposte. Quindi il figlio viene affidato al genitore più idoneo ma questa idoneità non va intesa (e questa è una mia opinione personalissima) in senso assolutamente oggettivo. Ci può essere un padre meraviglioso e una madre così così ma poi il figlio va affidato alla madre perché il rapporto tra madre e figlio determina questa necessità. In concreto in un caso il consulente è venuto a dirci che il padre era più idoneo della madre, ma che in quel momento il figlio aveva paura di perdere la madre. Quindi l'abbiamo dato alla madre. Tutto è ovviamente legato anche all'età dei bambini. Queste sono semplici annotazioni. Affrontando queste problematiche vi renderete conto che ci sono realtà talmente varie, sfaccettate e arti-

colate che non è possibile farsi delle convinzioni di carattere generale che valgano per tutti i casi.

Per quanto riguarda l'affidamento dei figli minori, non dobbiamo trascurare l'ipotesi in cui nessuno dei genitori sia idoneo ad allevare il figlio. Non è una situazione che si verifica abitualmente e per fortuna non è molto frequente comunque può verificarsi in fatto che nessuno dei due genitori sia in grado di mantenere ed allevare ed educare il figlio nell'interesse del figlio stesso.

Ci sono delle indicazioni di carattere normativo che sono legate alla disposizione dell'art. 155, III comma c.c. che dice che in casi eccezionali e gravi il figlio può essere collocato presso terze persone; vi è però la disposizione dell'art. 8 della legge sul divorzio che invece dà una regolamentazione diversa di questa ipotesi e dice che nel caso in cui il figlio non può essere affidato né all'uno né all'altro genitore, il giudice può provvedere ad affidare il figlio ai servizi sociali secondo le disposizioni dell'art. 2 della legge sulle adozioni che prevede l'affidamento familiare.

Sulla compatibilità di queste due disposizioni l'opinione prevalente è quella che, trattandosi di identiche situazioni poichè la legge sul divorzio regola più compiutamente la materia la stessa è sicuramente prevalente sulla vecchia disposizione dell'art. 155 e quindi anche nel procedimento di separazione, ove il giudice ritenga che i figli non possano essere affidati né a l'uno né all'altro dei genitori, affiderà il figlio ai servizi sociali che procederanno all'affidamento familiare. Questo è il mezzo attraverso cui molte volte si giustifica un affidamento ad altri parenti; molte volte abbiamo la situazione che nessuno dei due coniugi è in grado di prendersi cura dei figli, vi sono però dei nonni che sicuramente possono essere indicati come persone idonee ad avere presso di loro i figli ed a curarsi di loro. Ecco che l'affidamento ai servizi sociali, anche con un'indicazione da parte del tri-

bunale, del giudice istruttore, su una collocazione presso i nonni paterni o materni può risolvere la situazione. Sicuramente l'affidamento ai servizi sociali offre una maggiore garanzia perché diventano loro gli arbitri, i gestori di questo affidamento. Indubbiamente saranno loro ad accertare se i nonni sono idonei e saranno loro a seguire tutta la fase temporanea, (perché sia il codice che la legge sul divorzio che la legge sull'affidamento parla di temporaneità, di collocazione e di affidamento) per vedere fino a quando questa collocazione può essere mantenuta.

b) l'affidamento congiunto e l'affidamento alternato

L'affidamento previsto dal codice civile in tema di separazione è quello monoparentale che risulta effettivamente il più praticato anche su richiesta concorde di entrambi i coniugi. La legge sul divorzio, all'articolo 6, secondo comma, parla anche di possibilità di un affidamento congiunto od alternato, forme di affidamento che sono senza dubbio applicabili anche alla separazione, stante la identità delle situazioni.

L'affidamento congiunto vuol dire che entrambi i genitori provvedono all'educazione, alla istruzione, alla cura ed al mantenimento dei figli d'accordo tra di loro. Ci deve essere un pieno consenso tra i genitori che di volta in volta stabiliranno se il figlio abiti con uno oppure con l'altro, chi si occuperà della scuola, chi delle altre attività ricreative e istruttive e come ciascuno dovrà contribuire al mantenimento, secondo le proprie disponibilità. In sostanza nell'affidamento congiunto non ci sono regole, perché le regole sono affidate esclusivamente alle decisioni dei genitori. Non ci sono regole, ma non ci sono nemmeno assegni di mantenimento.

L'affidamento alternato invece è cosa che normalmente si fa con un certo discernimento, nel senso che non si può pensare che un bambino stia

una settimana con un genitore e una settimana con un altro, oppure, un mese con un genitore e un mese con l'altro. Normalmente l'affidamento alternato si da quando i due genitori sono lontani tra di loro e c'è necessità che il figlio vada a scuola continuativamente in un posto e poi le vacanze estive le potrà trascorrere interamente con l'altra persona. Questo anche soprattutto è capitato quando si è trattato di regolare l'affidamento tra persone che si erano allontanate molto. Quindi l'affidamento alternato nel senso che nei mesi invernali sta con la madre e va a scuola, e con il padre per tutto il periodo in cui è libero da impegni scolastici, comprese anche le vacanze natalizie.

c) l'assegnazione della casa coniugale

La sentenza definitiva del tribunale dovrà poi provvedere anche all'assegnazione della casa coniugale, ma non è detto che questa assegnazione debba sempre avvenire. Questo perché se ci sono figli maggiori o minori, di regola l'assegnazione della casa coniugale verrà fatta al genitore a cui sono stati affidati i figli minori o con cui convivono i figli maggiorenni ma non economicamente autosufficienti; questo anche quando la casa sia di proprietà esclusiva dell'altro coniuge.

Il problema sorge quando non ci sono figli ovvero ci sono figli maggiorenni che magari convivono ma economicamente autosufficienti, cioè in grado di provvedere a loro stessi. In questo caso la casa coniugale sarà assegnata a chi ne è l'esclusivo proprietario perché l'altro coniuge non ha nessun titolo di preferenza rispetto all'altra parte. Però si può verificare il caso in cui entrambi i coniugi siano comproprietari della casa familiare, non vi sono figli da mantenere e quindi non vi è alcun criterio preferenziale per attribuire la casa all'uno o all'altro, e in questo caso il tribunale non assegna la casa a nessuno dei due.

Il provvedimento dell'assegnazione della casa coniugale è provvedimento assai limitativo della proprietà. Va dato quando vi sono i requisiti e le condizioni. Assegnare la casa coniugale ad un coniuge significa limitare in modo molto pesante la proprietà, il diritto di proprietà dell'altro coniuge, limitazione che poi durerà fino a quando questo provvedimento non sarà revocato in sede di modifica delle condizioni.

Quando non ci sono criteri preferenziali, determinati proprio dall'esistenza dei figli, la casa coniugale non dovrebbe essere assegnata né all'uno né all'altro.

La situazione è diversa quando ci si trova in sede di provvedimenti provvisori del presidente, dopo la comparizione delle parti, davanti a lui, all'inizio del procedimento. Se i coniugi ancora convivono, il presidente è tenuto a dire chi dei due deve andarsene. Salvo che il tribunale in sede di sentenza definitiva o revochi espressamente l'assegnazione provvisoria oppure non dia la casa né all'uno né all'altro, quando non vi siano i criteri preferenziali previsti dall'articolo 155 comma 4 del c.c..

Il tribunale comunque, quando non assegna la casa coniugale, in sede di sentenza definitiva, ovvero revoca l'assegnazione provvisoriamente disposta dal presidente non è tenuto ad una condanna al rilascio.

Sarà il l'altro coniuge interessato a dover agire, in base al suo titolo di proprietà, per ottenere la disponibilità dell'alloggio. Il che non potrà avvenire direttamente (salva la divisione o la nomina di un amministratore) se si tratta di un comproprietario che non può chiedere il rilascio di tutto l'alloggio in suo favore.

A questo punto la casa sarà regolata dai diritti che ciascuno ha. Se la casa è in comproprietà si tratta quindi di regolare l'amministrazione di una cosa di cui sono proprietari due persone in parti uguali. O si procede alla divisione, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di separazione, ov-

vero si va davanti al giudice in caso di disaccordo, ai sensi dell'art. 1105 c.c. perché in questo caso il tribunale in sede di volontaria giurisdizione, quando i coniugi non abbiano l'accordo sull'amministrazione, può addirittura nominare un amministratore che può affittare la casa all'uno o all'altro o ad un terzo e assicurare in questo modo almeno una parte del reddito a chi non ne usufruisce

d) l'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare

L'art. 6 della legge sul divorzio, prevede che l'assegnazione della casa coniugale è trascrivibile ai fini della opponibilità ai terzi, ai sensi dell'art.1599 c.c..

Una sentenza della Corte Costituzionale, la n. 454 del 1989, ha detto che l'art. 155 c.c., che regola l'assegnazione della casa coniugale nell'ambito della separazione, è illegittimo nella parte in cui non prevede che questa assegnazione possa essere trascritta ai fini della opponibilità ai terzi a vantaggio del coniuge affidatario della prole. Questo vuol dire che, sia nell'ambito della separazione che nell'ambito dei divorzio, l'assegnazione della casa coniugale può essere trascritta ai fini dell'opponibilità ai terzi anche se tale assegnazione conserva la natura personale e non reale del relativo diritto.

Succedeva, in tempi passati, anteriormente alla riforma della legge sul divorzio e anteriormente alla sentenza della Corte Costituzionale, che il marito o la moglie esclusivo proprietario della casa coniugale, in caso di affidamento dei figli e della casa coniugale all'altro coniuge, si vendeva la casa. L'acquirente ovviamente non era tenuto a rispettare l'assegnazione,

l'assegnazione come diritto personale non era opponibile all'acquirente e l'acquirente prima o poi riusciva ad ottenere il rilascio dell'immobile.

Con questa disposizione in materia di divorzio e con l'estensione di questa disposizione in materia di separazione, si è ovviato a questo problema.

Rimane però da chiarire qualche ulteriore dubbio.

La legge sul divorzio dice "ai fini della opponibilità ai terzi ai sensi dell'art. 1599". L'art. 1599 dice che in caso di trasferimento a titolo particolare nell'ambito della locazione di un immobile, l'acquirente è tenuto a rispettare la locazione nei limiti del novennio salvo che la locazione non sia stata trascritta.

Il riferimento all'articolo 1599 del c.c. dovrebbe significare che l'assegnazione della casa coniugale sia opponibile in ogni caso ai terzi nei limiti del novennio; e che quindi l'assegnazione della casa coniugale anche se non trascritta, è opponibile ai terzi entro tali limiti, mentre ove trascritta, è opponibile fino a quando il provvedimento sarà revocato.

Questa interpretazione, fatta propria da una ordinanza della Corte Costituzionale, è stata poi recepita da una serie di sentenze della Corte di Cassazione che hanno confermato come la necessità della trascrizione riguarda la sola assegnazione ultra novennale, ferma restando l'opponibilità del provvedimento in tutte le altre ipotesi.

La questione non è tuttavia ancora risolta perché la stessa Cassazione, nel corso del 1999, con altre pronunce, sembra aver preso un orientamento opposto a quanto precedentemente affermato.

e) l'addebito nella separazione

Secondo il disposto dell'articolo 151 comma 2 del codice civile il giudice, nel pronunciare la separazione, può su richiesta di parte dichiarare a quale dei due coniugi sia addebitabile la separazione per comportamento contrario ai doveri nascenti dal matrimonio. Formula molto vaga, ma che corrisponde a quello che è il comune sentire di tutti quanti, tenendo conto che, secondo l'articolo 143 del c.c. dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco di entrambi i coniugi, alla fedeltà, alla assistenza morale e materiale, alla collaborazione, alla coabitazione alla contribuzione in relazione alle proprie sostanze ai bisogni della famiglia, nonché al mantenimento all'educazione e all'istruzione della prole (articoli 147 e 148 del c.c.).

Si tratta cioè di stabilire se la intollerabilità della convivenza, che viene posta a base della separazione, sia stata provocata da un comportamento di uno dei due coniugi, che sia contrario ai doveri nascenti dal matrimonio.

Questo comportamento deve porsi come fattore causale della intollerabilità e per ottenere una pronuncia favorevole, il coniuge che proposto la domanda di addebito, deve dimostrare non solo tali comportamenti, ma anche che gli stessi sono stati determinanti per la frattura della comunione morale e materiale tra i coniugi stessi.

Gli episodi successivi al verificarsi della rottura, cioè della incompatibilità della convivenza, anche se gravi, non hanno molta rilevanza, quando la intollerabilità si è verificata a seguito di situazioni non imputabili ad uno solo dei coniugi o ad entrambi.

L'allontanamento dalla casa coniugale di uno dei due coniugi è sicuramente un comportamento contrario ai doveri del matrimonio, però se questo allontanamento non è altro che la conseguenza di una intollerabilità dovuta ad altre cause, questo allontanamento assume una minore rilevanza

se non addirittura nessuna rilevanza. Se l'accordo tra i coniugi è venuto a mancare per incompatibilità caratteriali, per divergenze o diversità di educazione o di estrazione, l'allontanamento volontario del coniuge dalla vita familiare, per sottrarsi a continui litigi, se pur astrattamente contrario ai doveri del matrimonio, può non essere ritenuto sufficiente per una addebitabilità della intollerabilità.

Diverso è il caso in cui un coniuge si sottrae al dovere di coabitazione per andare a convivere con un'altra persona, senza che l'altro glie ne abbia dato motivo alcuno.

La Cassazione, se voi fate un giro di tutte le sentenze che possono trovarsi, ripete molte volte che per stabilire l'addebitabilità, si deve valutare comparativamente il comportamento di entrambi i coniugi, per vedere se un comportamento astrattamente idoneo ad una pronuncia di addebito non sia altro che la conseguenza del comportamento compiuto dall'altro coniuge.

Se una parte viene convenuta per rispondere anche dell'addebito, pur non chiedendo in via riconvenzionale l'addebito dell'altro, può comunque dedurre a sua volta i fatti che dimostrano che, in realtà, il comportamento asseritamente contrario ai doveri del matrimonio, da parte sua è stato in realtà provocato da un comportamento dell'altra parte.

Se vogliamo scendere in qualche particolare possiamo dire che il mutamento della fede religiosa di uno dei coniugi (la Cassazione lo ha sempre detto) non può costituire motivo di addebito, perché ognuno è libero di abbracciare tutte le religioni, a meno che il fatto di abbracciare una determinata fede religiosa non imponga all'altro coniuge determinati comportamenti contro la sua volontà.

Il grave stato di infermità di uno dei coniugi e l'omissione da parte dell'altro di una adeguata assistenza, secondo la Cassazione, può essere considerata come addebito solamente quando vi sia l'intenzione di sottrarsi

alla solidarietà del matrimonio ma non quando (e qui devo dire la differenza è molto sottile) si tratti semplicemente di una presa d'atto di una intollerabilità del matrimonio che si è verificata per ragioni obiettive e che non può essere addebitata né all'uno né all'altra parte.

L'adulterio sicuramente è causa di pronuncia di addebitabilità però anche in questo caso bisogna valutare se lo stesso è stato la causa della intollerabilità della convivenza. In senso contrario si può dimostrare che dopo l'episodio vi è stata una vera riconciliazione tra i coniugi o che entrambi si ritenevano liberi dall'obbligo di fedeltà.

Anche l'adulterio "putativo" può essere preso come motivo di addebito se una semplice relazione "amicale" assume all'esterno i connotati di una vera e propria relazione intima, che può suonare come grave offesa all'altro coniuge.

Gli atteggiamenti autoritari di uno dei coniugi nei confronti dell'altro, quando eccedono i limiti della comune convenienza, possono essere posti alla base di una pronuncia di addebito e lo stesso vale anche per gli aspetti caratteriali negativi da parte di un coniuge, quando, gli stessi rendendo impossibile la vita all'altro coniuge, (come ad esempio in relazione a particolari principi e convinzioni originali e inconsuete).

Fino a poco tempo fa, il comportamento di uno dei coniugi, durante il procedimento di separazione, e fino alla pronuncia di separazione poteva essere valutato come motivo di addebito, nel senso che fino al momento della pronuncia definitiva della separazione si riteneva che prevalesse tra i coniugi l'obbligo della fedeltà.

Questo orientamento è stato ormai superato per la considerazione che sin dal momento della comparizione delle parti davanti al presidente in sede di separazione, vengono meno quei doveri che nascono dal matrimonio,

tra cui quello della fedeltà, e che presuppongono una coabitazione che viene a cessare.

f) il mantenimento del coniuge nella separazione

Mantenimento vuol dire il soddisfacimento di esigenze di vita che vanno al di là della sola sussistenza, ed è profondamente diverso dagli alimenti devono assicurare la semplice sopravvivenza anche se ovviamente correlata alla condizione del destinatario.

In regime di separazione, quando uno dei due coniugi non ha i mezzi sufficienti per provvedere al proprio mantenimento, ha diritto ad avere dall'altro coniuge un assegno che, secondo la Cassazione, deve assicurargli lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

Nel regime di separazione, infatti, i coniugi sono ancora sposati e la tendenza è quella di mantenere per quanto è possibile lo stato di entrambi nelle medesime condizioni in cui erano prima della separazione, indipendentemente da uno stato di bisogno in cui versi il destinatario dell'assegno.

Se un coniuge guadagna 200 milioni l'anno e l'altro coniuge ne guadagna 30 è evidente che in regime di matrimonio, in costanza di matrimonio, i due signori avevano un tenore di vita corrispondente a 230 milioni l'anno.

Questo regime di vita però era sicuramente, prevalentemente se non esclusivamente, sostenuto dai redditi di uno dei due coniugi. Al momento della separazione, quindi al coniuge più debole deve essere assicurata la possibilità di avere un tenore di vita per quanto possibile vicino a quello che godeva in circostanza di matrimonio.

Ma le più grosse difficoltà si verificano quando i redditi delle parti, o di quella tenuta al mantenimento, sono molto modesti. In questi casi, più che al criterio del tenore di vita il tribunale deve cercare di contemperare le

opposte esigenze e di evitare, per quanto possibile, che ci siano persone ridotte sul lastrico. Si tende a trovare il giusto mezzo per consentire ad entrambe le parti se non un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, un minimo di sopravvivenza, in proporzione dei redditi disponibili da entrambi o da un solo coniuge.

In questa valutazione influisce la disponibilità della casa coniugale, nonché le esigenze o le possibilità di ciascuno in relazione ad una propria sistemazione abitativa.

Se uno dei due coniugi usufruisce della casa coniugale di sua proprietà o di proprietà comune, può avere diritto ad un assegno di mantenimento ridotto se l'altro coniuge è costretto ad affittare un alloggio.

Quando parliamo di un coniuge che guadagna 1 milione e mezzo che appartiene a quella fascia sociale che ormai viene chiamata dei nuovi poteri e la moglie non fa nulla, anche dividendo a metà questo reddito, con 800 mila lire da una parte e 800 mila lire dall'altra entrambi subiranno inevitabilmente un peggioramento della loro condizione.

Per quanto attiene all'obbligo per il coniuge nullatenente separato di procurarsi i mezzi di sussistenza, un indirizzo giurisprudenziale della Cassazione sostiene che se i coniugi durante il periodo di matrimonio avevano convenuto che uno dei due non lavorasse (e questo poi può ricavarsi per i fatti concludenti cioè nel senso che la moglie non aveva mai lavorato il marito non l'aveva mai incitata a trovarsi un lavoro), nel periodo di separazione la moglie non è tenuta ad andare a lavorare.

In giurisprudenza si trova anche l'indirizzo che sostiene che il coniuge che non lavora deve dare la prova della sua impossidenza cioè che non ha beni e che non lavora, mentre grava sull'altro coniuge l'onere della prova contraria.

Vi è comunque, specialmente nelle magistrature di merito, la tendenza ad avvicinare i requisiti necessari per ottenere l'assegno di mantenimento a quelli che consentono l'attribuzione di un assegno divorzile, che consistono nella prova della impossibilità per il coniuge di procurarsi il sostentamento "per ragioni obiettive". Anche se permane una differenza di valutazione nelle due situazioni, non vi è dubbio che anche per quanto attiene alla separazione, si deve tenere conto delle capacità professionali e delle attitudini del coniuge beneficiario dell'assegno, per non far sì che l'assegno di mantenimento di tramuti in una sorta di rendita parassitaria.

In materia di separazione non è previsto come invece in materia di divorzio l'adeguamento annuale dell'Istat; comunque è ormai una costante che anche l'assegno di mantenimento deve essere sottoposto all'adeguamento Istat, il che evita delle periodiche domande di adeguamento fondate sulla svalutazione della moneta.

Nell'ipotesi in cui con la sentenza definitiva vi sia una riduzione dell'assegno di mantenimento disposto dal Presidente del Tribunale non vi è l'obbligo di restituzione perché chi ha ricevuto l'assegno per il proprio mantenimento e lo ha consumato, non può aver accantonato delle somme in previsione di una futura restituzione.

g) le indagini patrimoniali

La legge sul divorzio prescrive che le parti debbano comparire davanti al presidente del Tribunale, con una documentazione completa della loro situazione economica e stabilisce anche che in caso di contestazione il Tribunale può disporre indagini anche a mezzo della Polizia Tributaria.

Queste norme sul divorzio sono ritenute generalmente applicabili anche alla separazione, stante la identità della situazione che non consente un

diverso trattamento in relazione alla circostanza che si tratti di un giudizio di separazione oppure di divorzio. Si tratta di una interpretazione analogica ed estensiva, nel rispetto dell'articolo 3 della Costituzione, che evita di sollevare questioni davanti al Giudice delle leggi.

Se c'è un obbligo delle parti di presentare la completa documentazione fiscale, il mancato adempimento di tale onere può essere fonte di convincimento per il giudice in relazione ai redditi della parte inadempiente.

Una volta che una parte ha esibito la documentazione fiscale, l'altra parte può contestarne le risultanze e a questo punto il Tribunale può disporre le indagini "anche" a mezzo della Polizia Tributaria:

Si tratta di un potere assai ampio di indagine, nell'ambito del quale possono essere presi anche senza specifiche richieste, tutti i provvedimenti del caso a seconda delle circostanze. Il tribunale oltre che chiedere informazioni alla Guardia di Finanza (o ai Carabinieri o alla Polizia) può disporre una consulenza tecnica attraverso la quale si può accertare una situazione societaria, bancaria o previdenziale. Il consulente può utilizzare anche gli studi di settore in base, validi ai fini fiscali, per stabilire, in mancanza di altri elementi, il reddito di una determinata attività.

L'assegno di mantenimento va dichiarato nel modello Unico da parte del beneficiario, mentre chi è tenuto a corrisponderlo lo può dedurre dai propri redditi.

h) il contributo al mantenimento dei figli

E' regola generale, rispetto alla quale non vi sono eccezioni, che il genitore affidatario dei figli minori abbia diritto ad un contributo per il mantenimento degli stessi, a carico dell'altro genitore. Contributo che, in base alla disposizione dell'articolo 147, deve essere commisurato ai redditi di

entrambi, nel senso che ciascuno è tenuto in proporzione alle proprie sostanze.

Tale contributo viene stabilito provvisoriamente in sede di udienza presidenziale e stabilito definitivamente nella sentenza di separazione, al termine dell'istruttoria.

E' una richiesta abbastanza comune da parte di chi corrisponde degli assegni all'altro coniuge per il mantenimento dei figli, pretendere di non essere più obbligato con il raggiungimento della maggiore età dei figli stessi.

Il raggiungimento della maggiore età del figlio, invece, secondo la unanime opinione di tutti, non fa cessare l'obbligo del mantenimento da parte del coniuge non affidatario.

Se questo principio è del tutto evidente e deriva dal disposto dell'articolo 147 del codice civile, non è altrettanto agevole giustificare il permanere in capo al genitore affidatario del diritto ad ottenere dall'altro il contributo, *pro quota*, al mantenimento stesso. Ciò per la considerazione che con il raggiungimento della maggiore età, il figlio assume una piena capacità di agire che giustifica una sua azione per ottenere direttamente la realizzazione del suo diritto nei confronti sia del padre che della madre.

In realtà la giustificazione della pretesa del genitore affidatario a chiedere ed ottenere, *iure proprio*, un contributo per il mantenimento della prole maggiorenne, convivente e non economicamente autonoma, deriva da una costruzione giurisprudenziale, sorretta dalle pronunce della Cassazione, secondo cui l'inerzia del figlio, che non si adopera e dimostra che intende farsi mantenere dal padre o dalla madre con la quale convive, autorizzano una legittimazione derivante da una sorta di "surrogazione".

Le condizioni giustificano tale legittimazione sono la convivenza e poi il fatto che questo figlio non svolga una attività lavorativa che sia sufficiente al suo mantenimento in relazione alla sua professionalità.

Se un figlio maggiorenne pur non avendo una propria occupazione lavorativa decide di andare ad abitare da solo, perchè non va d'accordo con il padre e con la madre, entrambi i coniugi sono tenuti a corrispondere la somma necessaria al suo mantenimento, ma è evidente che a questo punto l'unico soggetto legittimato a chiedere e a pretendere è questo figlio, non più la persona con cui viveva.

Lo stesso deve dirsi se il figlio o la figlia maggiorenne si sposano: la legittimazione del genitore al mantenimento cessa anche se la nuova famiglia rimane (o torna) ad abitare nella abitazione materna o paterna, ampliando le condizioni di convivenza e ciò perché sul nuovo coniuge gravano gli oneri del mantenimento, in prima persona.

L'altra ipotesi in cui cessa l'obbligo del mantenimento per la prole maggiorenne è quella del figlio che trova finalmente una occupazione. A questo punto, evidentemente, bisogna vedere in fatto che tipo di attività svolge, se effettivamente è una attività, può essere considerata corrispondente alla professionalità e alla qualificazione del figlio, perchè è ovvio, che se un ragazzo laureato va a fare saltuariamente il cameriere in un ristorante durante la stagione estiva, non possiamo sicuramente dire che abbia raggiunto una autonomia economica in relazione proprio al tipo di attività che svolge.

Bisogna anche dire che se invece il figlio viene assunto con un contratto a termine, oppure con uno dei vari tipi di contratto che comunque consentono l'inserimento nel mondo del lavoro (non deve essere per forza il cosiddetto posto fisso, ormai il posto fisso non c'è più, piano piano cominciamo a scordarcelo) cessa l'obbligo al contributo del mantenimento, cessa con l'inserimento nel mondo del lavoro in modo corrispondente alla professionalità acquisita in relazione agli studi fatti.

E una volta entrato nel mondo del lavoro, una volta che il figlio viene ad allontanarsi da casa dimostrando di essere autonomo, una volta che il figlio ha contratto matrimonio, la legittimazione del padre o della madre di chiedere all'altro genitore i contributi al mantenimento, non può più tornare. Si sposa la figlia, va via di casa, poi si separa dal marito e torna a casa: a questo punto la madre presso cui la figlia vuol tornare non ha la legittimazione a chiedere il contributo al mantenimento all'altro genitore. La stessa cosa succede quando il ragazzo torna a casa, la stessa cosa succede quando il ragazzo che ha trovato lavoro viene licenziato. Attenzione però: il fatto del venire meno della legittimazione del genitore con cui alla fine ritorna a convivere il ragazzo (in modo non autonomo economicamente), non vuol dire che l'altro genitore è esonerato dall'obbligo di mantenimento, vuol dire solamente che è il ragazzo che, a questo punto, è il solo legittimato a chiedere direttamente il mantenimento all'altro genitore sia pure sotto forma di integrazione del mantenimento che già fornisce il genitore con il quale convive.

Come abbiamo già accennato, quando noi parliamo di mantenimento, parliamo di qualcosa di più degli alimenti: mantenimento vuol dire fornire ad una persona tutto quello che gli serve per vivere, ma non solo, anche per divertirsi, svagarsi in relazione, diciamo, al livello sociale. Gli alimenti significano qualcosa di molto meno. Significa il fornire il solo necessario per vivere.

Quando il ragazzo è diventato anche temporaneamente autonomo, nel senso cui noi abbiamo parlato prima, e poi ad un certo momento perde questa sua autonomia, quando vi è stato un inserimento nel mondo del lavoro, che successivamente viene meno si deve parlare esclusivamente di alimenti e non di mantenimento.

4, LA SEPARAZIONE CONSENSUALE

a) *la separazione consensuale*

La separazione consensuale è prevista dagli articoli 150 e 158 del codice civile ed il relativo procedimento è disciplinato dall'articolo 711 del codice di rito.

Il ricorso al tribunale deve essere presentato da entrambi i coniugi, ma è consentita la presentazione anche da parte di uno solo, che deve poi notificare all'altro il decreto di convocazione delle parti. Nel ricorso devono essere indicate le condizioni concordate riguardanti i coniugi stessi e la prole. E' prevista una udienza in cui il presidente deve tentare la conciliazione, al cui esito negativo, la separazione viene omologata dal tribunale con un provvedimento in camera di consiglio.

Quando il tribunale ritiene che gli accordi tra i coniugi riguardanti l'affidamento e il mantenimento dei figli, sono in contrasto con gli interessi dei figli stessi, è prevista una nuova convocazione con le indicazioni delle modificazioni da adottare, al termine della quale, se le condizioni non vengono modificate in modo soddisfacente, il tribunale può semplicemente rifiutare l'omologazione.

Il codice civile e quello di procedura civile, sembrano escludere che il tribunale possa rifiutare l'omologazione se non con riguardo alla insufficienza o inidoneità delle condizioni concordate riguardanti l'affidamento o il mantenimento dei figli.

Ma non vi è dubbio che il tribunale debba controllare che il procedimento di separazione sia stato perseguito dai coniugi per realizzare una situazione giuridica prevista dalla legge, secondo gli scopi e le finalità speci-

ficatamente previste, che riguardano la cessazione degli obblighi derivanti dal matrimonio, quale risultato di una intollerabilità della convivenza.

Nel caso in cui risulti che la separazione viene chiesta per altri scopi, e che il fine perseguito dai coniugi è quello di realizzare un atto solamente formale, che possa servire loro per altri fini, non sostenuto da una genuina volontà di effettiva separazione, il tribunale non si può prestare a quella che altro non è che una chiara simulazione, molte volte sorretta da intenti fraudolenti.

b) Il trasferimento di beni immobili nella separazione e nel divorzio

Uno degli argomenti più attuali ed più incerti è quello relativo alla possibilità del trasferimento dei beni immobili nell'ambito della separazione consensuale (o nell'ambito del divorzio congiunto).

Per un trasferimento immobiliare la legge richiede la forma scritta e quando questo trasferimento viene fatto nell'ambito di un verbale di separazione ovvero nella forma di un verbale di condizione in un divorzio congiunto, si realizza una scrittura con la firma delle parti che viene autenticata dalla sottoscrizione del funzionario che assiste il giudice nel corso dell'udienza. Questo verbale di condizioni analogamente a quello che avviene per un verbale di conciliazione assume valore di scrittura privata autenticata, che, secondo la Cassazione, costituisce un titolo idoneo per la trascrizione.

Il tribunale, che omologa la separazione o sentenza il divorzio congiunto, non assume alcuna responsabilità in ordine alla validità di un trasferimento immobiliare siffatto nel senso che se c'è un valido trasferimento lo

è per volontà delle parti, senza che il suo provvedimento abbia alcuna efficacia in tal senso.

Per quanto riguarda la validità del trasferimento possono avanzarsi molti e seri dubbi, perché nel 1985 c'è stata la legge sul condono edilizio e nell'ambito di questa legge ci sono delle disposizioni assai precise che sanciscono di nullità i trasferimenti che non abbiano determinati requisiti relativi alla indicazione della concessione edilizia, all'allegazione della relativa domanda di condono, ovvero alla dichiarazione sostitutiva per quanto riguarda gli immobili costruiti prima del 1967, a quella sulla regolarità urbanistica dell'immobile e sulla dichiarazione dei redditi nelle denunce fiscali.

In mancanza di tali requisiti secondo la legge, i trasferimenti “sono nulli e non possono essere rogati”, il che mette in serio dubbio la validità dei trasferimenti, sia pure trascritti, che non siano stati compiuti con l'intervento del notaio.

Tali trasferimenti sono diventati d'attualità, da quando una recente sentenza della Corte Costituzionale ha equiparato il regime fiscale tra i procedimenti di separazione e quelli di divorzio, che già prevedeva una totale esenzione in base all'articolo 19 della legge n. 74 del 1987. A seguito di tale pronuncia gli uffici fiscali hanno ritenuto di mandare esenti dall'imposta di registro quei trasferimenti immobiliari che traggono origine dalla separazione o dal divorzio. Da qui la tendenza delle parti, per usufruire della esenzione, di inserire tra le “condizioni” della separazione o del divorzio i trasferimenti immobiliari, anche in occasione di domande “congiunte” di modifica delle relative condizioni.

LO SCIoglimento O LA CESSAZIONE DEGLI EFFETTI CIVILI DEL MATRIMONIO

1 LE CONDIZIONI DEL DIVORZIO

a) il divorzio dopo la separazione legale

Quando parliamo di divorzio nel 90% dei casi noi parliamo di divorzio conseguente ad una separazione. Le condizioni che giustificano e che abilitano la persona a produrre domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio quando si tratta di matrimonio concordatario religioso, ovvero scioglimento del matrimonio quando si tratta di matrimonio civile, sono indicate nella legge sul divorzio che fa un elenco abbastanza preciso e chiaro.

In questa sede basta soffermarci su quello che è innanzitutto la ragione principale che consente la pronuncia di divorzio e che è la separazione ininterrotta per tre anni a partire dalla data della comparizione davanti al Presidente del Tribunale con riferimento sia alla separazione consensuale che alla separazione contenziosa, sia alla separazione contenziosa trasformata in una separazione consensuale. Quindi dalla comparizione davanti al Presidente nella presentazione alla presentazione della domanda di divorzio devono intercorrere obbligatoriamente tre anni.

Attenzione! Questi tre anni vengono considerati giustamente un presupposto processuale. Non sono una condizione dell'azione che può maturarsi nel corso del giudizio ma è un presupposto processuale nel senso che se viene presentato ricorso il giorno prima della scadenza dei tre anni il ricorso viene dichiarata inammissibile.

b) il divorzio ottenuto all'estero

Altra ipotesi abbastanza ricorrente, è quella del coniuge che ha ottenuto all'estero il divorzio o che comunque si è sposato all'estero. Il coniuge, cittadino italiano, che è rimasto in Italia e che vede l'altro coniuge cittadino straniero usufruire del divorzio presso il suo paese, può presentare anche lui domanda di divorzio, anche e prescindendo da una pregressa separazione. Devo dire che questa norma è stata interpretata in un senso abbastanza restrittivo sia dal Tribunale di Roma nel senso che quando la legge dice "il divorzio può essere chiesto nel caso in cui l'altro coniuge cittadino straniero ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero un altro matrimonio" bisogna che il coniuge italiano abbia subito il divorzio (cioè che all'estero fosse stato l'altro coniuge a chiedere il divorzio). Esistono comunque molte pronunce di altri giudici di merito che danno valore al fatto oggettivo della pronuncia del divorzio estero, anche se consensuale, o addirittura se richiesto dallo stesso coniuge italiano.

c) il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio

La legge sul diritto internazionale privato la 218 del 95, dice che la sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento. A questo punto che cosa succede? Se uno ha una sentenza di divorzio straniera può andare da un Ufficiale di stato civile e farsi trascrivere il divorzio?

Le regole della legge 218 del 1995, dicono di sì ed effettivamente l'Ufficiale dello Stato Civile che sia stato posto in grado di controllare la competenza del giudice straniero ed il rispetto delle regole del contradditto-

rio nel procedimento di divorzio estero, deve procedere alla annotazione. Nei casi dubbi può chiedere alla Corte di Appello una pronuncia sulla validità della statuizione, facendo rivivere una sorta di procedimento di deliberazione, che è stato espunto dal codice di procedura civile.

Tali disposizioni sono state del resto confermate in modo ancor più tassativo dal nuovo regolamento europeo, nel caso di divorzio pronunciato da una autorità di uno Stato membro.

2. IL PROCEDIMENTO

a) il ricorso, la competenza e la giurisdizione

Per ottenere un "divorzio" vi è la necessità di presentare un ricorso; nel ricorso deve essere indicata la domanda; la competenza è quella del Tribunale dove risiede il coniuge convenuto; nel caso che il coniuge risieda all'estero la competenza spetta al Tribunale del luogo di residenza dell'attore; nel caso in cui entrambi i coniugi risiedano all'estero può essere adito qualunque Tribunale. Per quanto riguarda la giurisdizione, le regole che abbiamo già visto a proposito della separazione sono valide anche per quanto riguarda il procedimento di divorzio, sulla base delle disposizioni della legge 218 del 1995 e del nuovo Regolamento europeo.

b) l'eccezione di interruzione della separazione

Per quanto riguarda la struttura del processo, il giudizio si presenta abbastanza semplice. Vi è una domanda di divorzio, normalmente sulla domanda non vi è opposizione in quanto sono maturate le condizioni e i

presupposti processuali per lo scioglimento del matrimonio, o la cessazione degli effetti civili; l'altra parte non si oppone a questa pronuncia e di solito il giudizio si protrae esclusivamente per quanto attiene alle altre questioni di carattere patrimoniale oltre a quelle che coinvolgono i figli: affidamento dei figli minori, contributo al mantenimento dei figli, e soprattutto assegno divorzile.

Abbiamo parlato della cessazione dell'efficacia della separazione in caso di riconciliazione dei coniugi, questo è l'argomento principale per quanto attiene alla realizzazione di quel presupposto processuale che abbiamo visto essere il protrarsi della separazione ininterrotta per tre anni. Questo perchè, perchè nel caso in cui vi sia stata una interruzione della separazione indubbiamente il divorzio non può essere chiesto se non decorsi tre anni da un eventuale nuova decisione sulla separazione e nel giudizio di divorzio è l'altro coniuge convenuto che deve eccepire l'interruzione della separazione per paralizzare l'azione di divorzio. Questo perchè la legge sul divorzio quando parla di separazione protratta oltre tre anni dice che l'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta.

Che cosa è l'eccezione di interruzione della separazione? E una eccezione in senso stretto che solamente la parte convenuta può fare ?. Può sorgere il dubbio che, trattandosi in fondo di una condizione che giustifica lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e che attiene all'ordine pubblica, questo tipo di eccezione concreti semplicemente una inversione dell'onere della prova.

Da un punto di vista storico-pratico la necessità della eccezione della interruzione della separazione è stato introdotta, a mio avviso, per superare la necessità (soprattutto per quanto riguarda il divorzio congiunto), di dare sempre la prova concreta che effettivamente vi è stata una separazione inin-

terrotta per tre anni. A questo punto, in mancanza di una eccezione, dal momento in cui l'attore ha dimostrato che vi è una separazione sancita o dalla omologazione del Tribunale o da una sentenza definitiva passata in giudicato, si presume che la separazione si sia protratta ininterrottamente per tre anni. Si presume fino a quando la parte convenuta non eccepisce la interruzione della separazione e la prova. Questo vuol dire che il Giudice non può rilevare d'ufficio dalle circostanze che vengono acquisite al processo che la separazione si è interrotta, perchè solamente la parte convenuta può far valere questa interruzione ?.

Devo dire che qualche dubbio può sorgere. Nel senso che il Tribunale quando dagli elementi acquisiti dal processo ricava con certezza che vi è stata una interruzione della separazione, deve sicuramente tenerne conto.

E' evidente che se un signore chiede la separazione dalla moglie, e poi salta fuori dagli atti raccolti che durante la separazione i coniugi hanno avuto, non dico un figlio, (perchè un figlio potrebbe anche non voler dire una riconciliazione), ma hanno avuto tre figli, hanno effettuato tre trasferimenti di residenza, armi e bagagli insieme, a meno che questi comportamenti non vengano giustificati in un certo modo, è evidente che il Tribunale non può non tenerne conto.

Sorge allora un'altra domanda: se questo è un elemento rilevabile d'ufficio in quanto incide proprio sulla fondatezza dell'azione, il coniuge convenuto può eccepirlo in qualunque momento, potrebbe in un certo momento utilizzare questa eccezione come un'arma di ricatto per poter ottenere qualche cosa di più di quanto in effetti non potrebbe ottenere.

Se ad un certo punto nel corso del divorzio le parti non giungono ad un accordo sulle condizioni del divorzio può la parte convenuta dire: non ci siamo messi d'accordo, ma io a questo punto eccepisco che la separazione si è interrotta e quindi vado a paralizzare la tua istanza di scioglimento del

matrimonio? L'interruzione della separazione come "fatto principale" deve essere dedotto all'inizio del processo: non ci dimentichiamo che il processo di divorzio pur essendo un processo di tipo particolare, recepisce le direttive di carattere generale del processo ordinario. Nel processo ordinario possiamo ricavare da tutta la normativa scaturente dalla riforma del 1990, che le parti devono prima dedurre i fatti per determinare qual è il *thema decidendum* e solo successivamente possono introdurre le prove per dimostrare i fatti che hanno tempestivamente dedotto. Se noi rapportiamo questo principio al procedimento di divorzio vediamo che anche l'interruzione della separazione come "fatto principale" deve essere dedotto immediatamente o quanto meno entro quei limiti temporali che derivano dalla scansione delle attività processuali disciplinata dagli articoli, il 180 e 183. Quale è la conseguenza? (e questo forse ci pone al riparo dai ricatti dell'ultimo momento) la conseguenza è che se io non ho dedotto il "fatto principale" impeditivo del diritto fatto valere dall'attore e non lo ho dedotto entro quei termini, lo posso dedurre ma non lo potrò provare. Cioè l'eventuale domanda di assumere prove per dimostrare un fatto che io non ho tempestivamente dedotto sicuramente non sarà ammissibile.

Il discorso va completato con la considerazione che, vertendosi in materia di diritti indisponibili, una volta formulata l'eccezione, la stessa non può essere rinunciata. Certamente il convenuto che l'ha opposta, può rimanere inerte rispetto all'onere probatorio che grava su di lui, ma ove il processo abbia già acquisito elementi sufficienti (produzione di documenti eccetera), il tribunale non può non tenerne conto.

c) il divorzio "parziale"

Della sentenza di divorzio parziale abbiamo già parlato a proposito

della separazione, quando abbiamo detto che nell'ambito della separazione è concepibile la sentenza di separazione che pronunci solamente sulla incompatibilità della convivenza, lasciando al proseguimento del giudizio tutte le altre questioni di natura economica o di natura personale attinenti all'affidamento dei figli.

Per quanto riguarda la sentenza di divorzio, mentre sulla separazione vi era qualche dubbio, quando contemporaneamente alla richiesta di separazione vi è una richiesta di separazione con addebito, ovvero una domanda di riconvenzionale di separazione con addebito, per quanto riguarda invece il divorzio la legge è categorica.

Se il giudizio deve proseguire, il Tribunale pronuncia immediatamente sentenza di divorzio. Vuol dire che secondo l'interpretazione della Cassazione, esiste il potere d'ufficio, anzi il dovere d'ufficio del Tribunale, di pronunciare immediatamente il divorzio, nella ipotesi in cui non ci sia l'eccezione di interruzione della separazione oppure una eccezione che ponga in forse i presupposti e le condizioni dell'azione di divorzio. Quindi vi è l'obbligo del Tribunale di pronunciarsi immediatamente, rinviando poi al proseguimento del giudizio la analisi delle altre questioni, appunto relative agli aspetti patrimoniali.

Per quanto riguarda le altre questioni che non attengono strettamente allo scioglimento, le stesse più o meno sono quelle che abbiamo esaminato a proposito della separazione, in quanto si tratta del mantenimento dei figli minori, si tratta dell'assegnazione della casa coniugale, si tratta del mantenimento dei figli minori o maggiori ma non economicamente autonomi.

d) Istruzione

La necessità, o meglio l'obbligo per il tribunale, di pronunciarsi immediatamente sullo "status", anche senza una espressa richiesta delle parti, fa sì che, una volta accertata la esistenza delle condizioni e in particolare, quando, con la costituzione del convenuto, risulti che non vi è l'eccezione della interruzione della separazione, il giudice istruttore (ed anche il presidente investito del tentativo di conciliazione) può (o meglio deve) rimettere la causa al collegio sulla questione, per così dire, preliminare, rinviando le parti ad altra udienza davanti a se (o all'istruttore) per l'esame delle altre domande. Il divorzio potrà essere pronunciato quindi con sentenza, nelle more tra un udienza e l'altra, anche se le parti non abbiano rinunciato ai termini per le comparse conclusionali.

Data la estrema semplicità della struttura del processo che si articola solamente su una domanda ed una eventuale eccezione e su una eventuale contro-domanda che possa tendere all'assegno divorzile o all'assegno del mantenimento dei figli, la scansione temporale stabilita dagli articoli 183 e 184 può sicuramente essere superata e "concentrata".

Alla prima udienza l'Istruttore, secondo quanto accade nella maggior parte dei casi, può dare ad entrambe le parti un doppio termine per la precisazione dei fatti, per la precisazione delle conclusioni, per la produzione dei documenti e contemporaneamente per l'indicazione dei mezzi di prova di quei fatti che sono stati dedotti e precisati, dopo di che c'è ulteriore termine che consente alle parti, ad entrambe le parti, di dedurre le loro prove contrarie.

A questo punto il rinvio viene fatto ad una udienza in cui la parti già hanno precisato i fatti, hanno precisato le prove e il Giudice Istruttore può far precisare le conclusioni per rimettere la decisione al Collegio, perchè il Collegio possa pronunciare il divorzio, se non è già stato pronunciato con la sentenza parziale, e decidere contemporaneamente sull'ammissibilità del-

le prove, oppure possa decidere definitivamente tutta la questione nel caso in cui le prove dedotte si rivelino inammissibili. Questa procedura che non è contraria alle disposizioni di legge o almeno non si pone in conflitto con disposizioni di legge in modo tale da provocare alcuna nullità.

d) la riconvenzionale per l'assegno divorzile

Comunque, superata la questione relativa alla eccezione dell'interruzione della separazione, le uniche domande possibili e che possono essere avanzate anche in forma di riconvenzionale, sono l'assegno divorzile, l'assegno per il mantenimento dei figli minori e di quelli maggiorenni non autonomi economicamente e l'assegnazione della casa coniugale.

Sui problemi relativi alla costituzione del convenuto e sulla tempestività della riconvenzionale, i problemi sono gli stessi che abbiamo visto a proposito del procedimento di separazione.

Per quanto riguarda la domanda dell'assegno divorzile devo richiamare tutto quello che è stato detto a proposito della domanda di assegno di mantenimento, e della domanda di addebito formulata in via riconvenzionale nel giudizio di separazione. In quella sede abbiamo detto che, secondo una interpretazione del Tribunale di Roma (che comunque abbiamo dato con beneficio di inventario) le domande riconvenzionali possono essere proposte sino alla prima udienza davanti al Giudice Istruttore senza bisogno della costituzione dieci giorni prima all'udienza stessa. Se vogliamo riassumere brevemente il perchè di tale conclusione dobbiamo dire che l'atto introduttivo è un ricorso; l'atto introduttivo, essendo un ricorso, non contiene il cosiddetto avvertimento che è prescritto nel numero 7 dell'art. 163 del Codice di Procedura Civile; dobbiamo partire dal presupposto che il processo contenzioso comincia con l'udienza davanti al Giudice Istruttore e

quindi dobbiamo ammettere che non essendovi una decadenza in relazione ad una costituzione ritardata rispetto ai dieci giorni prima l'udienza avanti al Giudice Istruttore, la parte convenuta si possa costituire davanti al Giudice Istruttore, depositando una comparsa contenente una domanda di convenzionale.

Con tutte le perplessità che abbiamo già evidenziato in relazione alle possibili diverse interpretazioni, seguite del resto da altri tribunali.

Va aggiunto comunque che ove la domanda di assegno divorzile sia intempestiva e inammissibile, ovvero non sia stata proposta in un giudizio in contumacia, la stessa potrà essere avanzata in un giudizio ordinario, con citazione, a meno che non si sia formato un giudicato espresso sulla non spettanza dell'assegno stesso.

f) l'assegno divorzile

Detto questo, penso che dobbiamo dire ancora due parole sull'assegno divorzile. L'assegno divorzile ha avuto una lunga e travagliata storia. All'inizio aveva natura non solo assistenziale, ma anche risarcitoria e compensativa. L'ultimo orientamento della Cassazione è decisamente per la prevalenza dell'elemento assistenziale. L'art. 5 dice che il coniuge divorziato ha diritto ad un assegno divorzile quando non ha la possibilità di procurarsi il sostentamento per ragioni obiettive. Anzitutto l'indagine del Giudice va posta sul fatto che vi siano ragioni obiettive che impediscano al coniuge di procurarsi il sostentamento. Che non deve consistere in uno stato di bisogno, in quanto anche l'assegno divorzile dovrebbe tendere ad assicurare al coniuge divorziato, all'ex coniuge, un tenore di vita analogo a quello goduto nella circostanza di matrimonio, però mentre per l'assegno di mantenimento l'orientamento è che il coniuge separato ha diritto al mantenimento

quando dimostra di non essere possidente e di non avere un lavoro, essendo onere probatorio, dell'altra parte dimostrare invece che ha dei beni o una attività lavorativa, per quanto invece attiene l'assegno divorzile il primo onere probatorio grava proprio su chi chiede l'assegno divorzile che deve dimostrare non solo la propria impossidenza, ma anche l'impossibilità di lavorare per ragioni obiettive. Quindi se non ci sono queste ragioni obiettive, ma lo stato non lavorativo dipende semplicemente da una scelta, sicuramente manca il requisito fondamentale e principale: quello cioè della impossibilità di procurarsi un tenore di vita simile o quantomeno analogo a quello goduto in circostanza di matrimonio.

Per quanto riguarda questo concetto del tenore di vita valgono le stesse considerazioni che abbiamo fatto sull'assegno di mantenimento. E' evidente che quando si tratta di persone che godono di un certo reddito, l'assegno divorzile va dato quando c'è una fortissima disparità tra chi dovrà corrispondere l'assegno e chi invece lo dovrà ricevere. Faccio l'esempio di un coniuge che gode di 30 o 40 milioni annui di reddito, e che, in una situazione normale, dovrebbe non aver diritto ad un assegno divorzile; se l'altro coniuge gode di 300 milioni annui, facendo la somma dei due redditi nel corso del matrimonio si ha un tenore di vita analogo a 340 milioni annui. Il che vuol dire che il coniuge divorziato ha diritto ad un assegno divorzile che non dico gli garantisca un reddito di 340 milioni annui, ma che almeno si avvicini a questo tenore di vita, più o meno tendenzialmente verso questo livello. Prima bisogna accertare questo requisito il cui onere probatorio è a carico di chi chiede l'assegno divorzile e dopo aver stabilito il diritto all'assegno divorzile possono entrare in gioco gli altri elementi per la quantificazione di questo assegno.

Quindi c'è una prima fase, e c'è una seconda fase. Molte volte nei giudizi di divorzio, la parte che chiede l'assegno divorzile si accanisce a

dimostrare i redditi dell'altra parte, ma si dimentica che prima deve dimostrare la propria carenza, per ragioni obiettive, di reddito. Molte volte ci troviamo nella situazione in cui c'è la dimostrazione di un reddito elevato da parte dell'altro coniuge, ma manca l'elemento fondamentale che è proprio costituito dalla dimostrazione del reddito di chi chiede l'assegno.

Secondo la Cassazione, bisogna procedere alla valutazione ponderata dei vari criteri stabiliti e cioè la condizione dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo temporale economico, la condizione familiare e la formazione del patrimonio nel periodo matrimoniale tenendo conto che questi criteri operano come fattori di moderazione e di diminuzione della somma considerata in astratto. Una volta aver stabilito il tetto massimo che può raggiungere l'assegno divorzile raffrontato alla tendenza di assicurare un tenore di vita analogo, questi altri criteri possono invece diminuire la misura di questo assegno. E addirittura azzerarla in casi estremi. Un matrimonio durato una settimana che si conclude con l'abbandono della casa coniugale da parte del coniuge, (forse questa è l'ipotesi estrema), non dà diritto all'assegno divorzile.

In questo senso la sentenza della Cassazione del 13 maggio 1998 n. 4809 è riepilogativa di tutte le questioni che attengono all'assegno divorzile.

2. LE MODIFICHE ALLE CONDIZIONI DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

- a) *l'intervento del P.M. nelle modifiche riguardanti i figli, anche naturali.*

Nell'ambito della separazione la modifica delle condizioni è prevista dall'art. 710 del Codice di Procedura Civile. L'altra disposizione in materia

di divorzio è quella prevista dall'art. 9: qualora sopravvengano per giustificati motivi dopo la sentenza che produce lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il Tribunale in Camera di Consiglio può disporre la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e la misura dei vari contributi. E' successo che la Corte Costituzionale ha modificato l'art. 710 nella parte in cui non prevede la partecipazione del Pubblico Ministero per la modifica dei provvedimenti riguardanti la prole. Mentre era prevista la partecipazione del Pubblico Ministero per i provvedimenti riguardanti il divorzio analoga previsione non lo era anche per quanto riguarda i provvedimenti della separazione. E a proposito dell'intervento del Pubblico Ministero, proprio su eccezione del Tribunale di Roma la stessa Corte Costituzionale ha poi reso obbligatorio l'intervento del Pubblico Ministero anche nel giudizio tra genitori naturali: quindi non solo vi è stata l'equiparazione tra divorzio e separazione, ma vi è stata l'estensione anche per quanto riguarda la condizione dei figli naturali, nei giudizi tra genitori naturali che comportino provvedimenti relativi ai figli.

b) le altre modifiche

La modifica delle condizioni della separazione e del divorzio è uno dei giudizi più difficili da affrontare da parte di un avvocato, perchè molte volte queste istanze di modifica vengono fatte e proposte non dico con superficialità, ma non con la dovuta attenzione.

Perchè per avere una modifica ci deve essere un mutamento delle circostanze con riferimento alle circostanze che sono state prese in esame o dalla sentenza di separazione o dalla sentenza di divorzio ovvero dai coniugi in sede di accordo per la separazione consensuale, o dai coniugi in sede di accordo nel divorzio congiunto.

La modifica del regime di affidamento dei figli può essere richiesto indipendentemente da un mutamento delle circostanze in relazione ad una diversa valutazione della situazione, sempre nell'interesse di figli.

Per quanto riguarda le questioni di carattere economico, dobbiamo prendere in esame prima il ricorso (si vede cosa è richiesto) e si va subito a vedere quale è il titolo da cui si deve partire, che è o una sentenza o un accordo delle parti.

Perchè sicuramente il Tribunale non ammette istanze di modifica delle condizioni che siano una specie o di impugnazione di una sentenza ormai passata in giudicato, ovvero che rappresentino semplicemente un ripensamento della parte rispetto ad un accordo preso in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto.

Indicativo è il lasso di tempo che intercorre tra la pronuncia definitiva o l'accordo definitivo omologato e l'istanza di revisione: è evidente che se viene presentata una domanda di modifica a distanza di un anno dalla omologazione della separazione consensuale, non dico che non sia possibile, l'attenzione viene subito posta sul fatto che questo breve lasso di tempo può significare semplicemente un ripensamento e non un reale mutamento delle condizioni.

Come si fa dimostrare questo mutamento? Si dimostra in qualunque modo, l'altra parte ha la facoltà di dimostrare il contrario di quello che si afferma. Molte volte non è facile orizzontarsi in quello che le parti dicono o pretendono di provare, però i casi di modifica sono principalmente quelli che attengono a situazioni che sono ormai diventate definitive. Il matrimonio della figlia che prima conviveva con la madre comporta ovviamente, logicamente e irrevocabilmente la cessazione del contributo al mantenimento che il padre dava alla madre per il mantenimento della figlia, così il fatto che il figlio abbia finalmente trovato lavoro e abbia cambiato città o

sia rimasto ad abitare con la madre, ma ha trovato un lavoro, vuol dire che sicuramente può essere chiesta una modifica delle condizioni con riguardo all'assegno di mantenimento. La stessa cosa vale per la casa coniugale in quanto una volta diventati autonomi i figli conviventi con uno dei genitori, l'altro genitore che ha la comproprietà o la proprietà esclusiva dell'alloggio può pretendere, non la restituzione perchè il Tribunale non la potrà mai dare, con una sentenza di condanna, ma la revoca dell'assegnazione.

Per quanto riguarda i redditi, certamente non possiamo seguire tutte le variazioni che possono verificarsi durante la vita lavorativa di una persona, non possiamo stare a seguire se una persona un anno ha guadagnato cinque milioni in meno dell'anno precedente: evidentemente le variazioni dei redditi devono essere di una certa consistenza ma soprattutto devono essere variazioni di redditi che possono riferirsi a situazioni stabili o ormai stabilizzate.

Per quanto attiene alla competenza territoriale, le istanze di modifica di carattere economico seguono i normali criteri territoriali. In genere il Tribunale è quello di residenza del convenuto, cioè della persona che viene chiamata. C'è qualche pronuncia che dice che può essere competente anche il Tribunale del luogo dove è stata pronunciato il divorzio o la separazione. Io ho qualche dubbio e vi consiglieri di attenervi preferibilmente alla residenza del convenuto.

c) l'ordine di pagamento diretto nella separazione e nel divorzio

L'art. 156 del Codice Civile dice esattamente che: "in caso di inadempienza" con riferimento all'assegno di mantenimento, su richiesta dell'avente diritto, (e questa viene considerata una ipotesi di modifica delle condizioni della separazione quando vi è già una separazione pronunciata), il

giudice può disporre il sequestro, ma può ordinare ai terzi, praticamente al datore di lavoro, la corresponsione diretta a favore dell'avente diritto di quanto dovuto dall'obbligato. Questo articolo 156 era nato come una disposizione attinente alle separazioni giudiziali, e poichè si parlava di giudice si riteneva che fosse esclusivamente competenza del Collegio pronunciare l'ordine del pagamento a carico del terzo.

La Corte Costituzionale è intervenuta e ha detto che la norma si applica anche ai figli dei coniugi consensualmente separati, cioè quando si tratta di assegni di mantenimento non solo nella separazione giudiziale ma anche nella separazione consensuale, ma ha detto anche che non solo il Collegio può disporre il pagamento diretto in sede di sentenza di modifica o di sentenza definitiva, ma anche il Giudice Istruttore nel corso della istruttoria può disporre il pagamento diretto.

Aggiungo, comunque, che è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale la possibilità di un sequestro anche per gli assegni di mantenimento per i figli naturali. E' interessante notare che in questa sua opera costante di equiparazione tra la posizione dei figli legittimi e quelli naturali, la Corte Costituzionale ha respinto una domanda che tendeva a far dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 156 sotto il profilo che non prevedeva la possibilità di disporre alcun sequestro per quanto riguarda la garanzia del pagamento degli assegni di mantenimento dei figli naturali. Lo ha respinto perchè ha detto che questa possibilità era già nell'ordinamento. Lo speciale sequestro previsto dalla norma 156 interpretata "secondo costituzione" realizza uno specifico strumento processuale nel nostro ordinamento a garanzia dei figli, ivi compresi quelli naturali, per cui può essere concesso dal Giudice competente anche in assenza di un giudizio di separazione in una controversia concernente il mantenimento dei figli naturali. Questa è la sentenza n. 99 del 1997.

Perchè quando ho parlato di pagamento diretto ho parlato solo di separazione? Perchè per quanto riguarda il procedimento di divorzio se noi andiamo a vedere l'art. 8, vediamo che il coniuge a cui spetta la corresponsione periodica dell'assegno divorzile e quello per il mantenimento dei figli, dopo la costituzione in mora a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, (questo è importantissimo, costituzione in mora del coniuge obbligato ed inadempiente per almeno un periodo di trenta giorni) può addirittura rivolgersi direttamente al datore di lavoro. Se il terzo a cui è notificato il provvedimento non adempie, il coniuge creditore ha azione diretta esecutiva nei confronti del datore di lavoro. Quindi non è qualcosa che viene affidata ad un ordine del Giudice ma è una cosa che si attua attraverso una iniziativa esclusiva delle parti.

3. IL MANTENIMENTO DEI FIGLI NATURALI

a) il contributo al mantenimento

Abbiamo detto già qualcosa riguardo la possibilità dell'applicazione del 156 in materia di sequestro anche ai procedimenti relativi al mantenimento dei figli naturali. Non si è parlato dell'estensione del 156 anche ai figli naturali per quanto attiene al pagamento diretto perchè c'è uno strumento specifico che consente al genitore naturale del figlio di ottenerlo direttamente dal terzo datore di lavoro dell'altro genitore obbligato al mantenimento secondo quanto è previsto dall'art. 148 del Codice Civile.

Quindi per quanto riguarda l'assegno di mantenimento la possibilità di agire direttamente per l'ordine al datore di lavoro per il pagamento diretto è nel 148 del codice civile.

Secondo l'articolo 148 del c.c. i coniugi devono adempiere alle obbligazioni verso i figli in proporzione alle proprie sostanze. Quando i genitori non hanno redditi sufficienti, poi viene aggiunto, rispondono gli ascendenti legittimi o naturali in ordine di prossimità, cioè i nonni. Su istanza di chiunque abbia interesse, sentito l'inadempiente, e assunte informazioni, il Presidente del Tribunale può ordinare con decreto che una quota dei redditi dell'obbligato in proporzione agli stessi sia versata direttamente all'altro coniuge o a chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole.

Dopo molte controversie, dopo molti contrasti in sede dottrinale questo ordine (una sorta di decreto ingiuntivo, tanto è vero che contro il decreto del Presidente del Tribunale è prevista una sorta di analogo opposizione), viene dato in udienza camerale da parte del Presidente del Tribunale o dal Giudice delegato dal Presidente del Tribunale, con un decreto immediatamente esecutivo.

Non ci sono molte sentenze della Cassazione, ma c'è ne una che va letta, (letta non la massima, ma tutta ed è la n. 3402 del 95), e che chiarisce come lo strumento del 148 può essere usato anche da un coniuge nei confronti dell'altro coniuge per ottenere il mantenimento del figlio, e può essere usato da un genitore nei confronti diretti dell'altro genitore per ottenere il contributo al mantenimento della prole naturale.

Ciò vuol dire che la madre può rivolgersi al Presidente del Tribunale che dopo aver sentito l'interessato, può ordinare all'altro genitore il pagamento del contributo al mantenimento, determinandone anche la misura, può dare l'ordine di pagamento al terzo datore di lavoro, (ma non è indispensabile che ci sia il terzo).

E' un procedimento abbastanza snello che consente di arrivare ad un assegno di mantenimento che viene determinato e che può dare inizio ad

un procedimento contenzioso successivo in caso di opposizione. L'altro genitore tenuto al pagamento dell'assegno di mantenimento si può accontentare o altrimenti può proporre opposizione entro venti giorni dalla notifica. L'opposizione è regolata dalle norme relative alla opposizione al decreto ingiuntivo in quanto applicabile, (quindi praticamente questo decreto preso dal Presidente del Tribunale è considerato come un decreto ingiuntivo).

Attenzione! Il 148 è la norma che consente l'attribuzione di un assegno mensile per il futuro però dobbiamo anche considerare che l'obbligo di entrambi i genitori al mantenimento del figlio naturale è un obbligo che scaturisce dalla nascita indipendentemente dalla data del riconoscimento o dell'accertamento giudiziale della paternità, (perchè io posso riconoscere oggi un figlio, ma dal momento che lo riconosco oggi il mio obbligo risale fino alla data della nascita). Quando chi ha sostenuto l'onere totale del mantenimento di questo figlio dalla nascita vuole avere gli arretrati potrà utilizzare un giudizio ordinario che sarà fondato sulla circostanza che un genitore ha sopportato per l'intero una obbligazione che invece gravava anche sull'altra parte, (tecnicamente si parla o di regresso del coobbligato solidale o quello di gestione di affari altrui). E' evidente che io posso ottenere la restituzione di quanto ho speso in proporzione, e nello stesso giudizio ordinario posso chiedere anche l'attribuzione dell'assegno di mantenimento.

Normalmente il Tribunale di Roma ammette un ventaglio di ipotesi, il 148, ammette l'azione ordinaria, ma ammette anche un 700 sia ante causa che in corso di causa, in relazione all'azione ordinaria.

b) le obbligazioni degli ascendenti

Il discorso dell' art. 148 va completato per quanto riguarda la questione dei nonni. Questo perché ad un certo punto il 148 c.c. dice espressamen-

te che quando i genitori non hanno i mezzi sufficienti, gli ascendenti legittimi o naturali, (e quindi siamo nell'ipotesi sia dei figli nati nel matrimonio, che al di fuori del matrimonio), sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere al loro dovere di mantenimento. Quindi con il 148 (o anche con un giudizio ordinario), si può chiedere che gli ascendenti, cioè i nonni, vengano condannati a corrispondere al genitore, che non ha mezzi sufficienti (o a entrambi i genitori), un assegno di mantenimento. (e questo sia nell'ipotesi di figli nati in costanza di matrimonio che di figli naturali).

Qualunque sia però la forma del giudizio che si viene ad instaurare, sia per quanto riguarda il 148 sia per quanto riguarda il giudizio ordinario, sembra evidente che il contraddittorio debba essere costituito nei confronti di tutti gli ascendenti, perché per arrivare a condannare un nonno a corrispondere una certa somma a favore di uno dei due genitori, bisogna vedere qual è la condizione complessiva anche degli altri nonni che sono obbligati in pari grado.

Però state attenti perché sempre andando a leggere la sentenza che vi ho citato prima, e cioè la 3402 del '95, la Cassazione ha fatto una precisazione che deve essere tenuta in dovuta considerazione: ha detto che non è sufficiente che uno dei genitori sia inadempiente al suo obbligo perché il nonno "corrispondente" sia tenuto a sostituirsi al genitore inadempiente. Perché scatti l'obbligo del nonno è necessario che entrambi i genitori siano incapaci di mantenere il figlio. Se uno solo dei due genitori può mantenere il figlio, lui è tenuto per primo a mantenere il figlio anche in via esclusiva. Solamente quando il genitore che ha l'onere di mantenimento del figlio, non avendo il contributo dell'altro genitore, perché l'altro genitore non ha mezzi, ma non ha mezzi lui stesso, allora può rivolgersi ai nonni. Ma quando il genitori presso cui vive il figlio, che sopporta l'onere, ha lui la possi-

bilità di mantenere il figlio, non vi è possibilità di accoglimento dell'azione nei confronti dei nonni.

Questa sentenza dice espressamente che questo obbligo va inteso in modo che non solo l'obbligazione degli ascendenti è subordinata e quindi sussidiaria rispetto a quella primaria dei genitori, ma anche nel senso che agli ascendenti non ci si possa rivolgere per un aiuto economico per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, se l'altro genitore è in grado di mantenerli.

c) l'assegnazione della casa al genitore affidatario dei figli naturali

La Sentenza della Corte Costituzionale n. 166 del 1998 respingendo una questione di legittimità costituzionale dell'art. 155 (che riguarda l'assegnazione della casa coniugale fatta di preferenza a colui che ha l'affidamento dei figli minori), nella parte in cui, secondo la pretesa del Tribunale di Como, non prevede l'assegnazione della casa stessa al genitore affidatario dei figli naturali, nell'ipotesi della cessazione di un rapporto di convivenza, quindi al di fuori del matrimonio, ha detto con una decisione di rigetto, ma interpretativa, che non vi era illegittimità perché la possibilità di assegnare al genitore affidatario dei figli nati al di fuori del matrimonio, la casa in cui i figli erano nati, anche se l'altro genitore è il proprietario parziale od esclusivo della casa, poteva ricavarsi da una interpretazione sistematica degli artt. 147, 148 e 261 c.c. e quindi vi era la possibilità di tale assegnazione, in relazione al mantenimento (nell'esclusivo interesse dei figli) del luogo di formazione e sviluppo della personalità psico-fisica del minore stesso.

Come fare però ad assegnare la casa in cui sono nati i figli al genitore cui sono affidati i figli stessi? E' tutta una questione da scoprire. Sicuramente non è applicabile l'art. 148 che riguarda esclusivamente le questioni di carattere patrimoniale. Sicuramente si può pensare ad un'azione ordinaria connessa addirittura con un ricorso d'urgenza o ante causam o in corso di causa, però bisogna superare lo scoglio relativo all'affidamento dei minori, nel senso che, una volta che la coppia convivente si separa, non è detto che l'affidamento sia dato all'uno o all'altro. Infatti è previsto che, in caso di contrasto, vi sia l'intervento del Tribunale dei Minori che possa dire a quale dei due genitori sono affidati i minori.

Considerato che in molti casi la permanenza dei figli minori presso la madre o presso il padre è una situazione di fatto che viene normalmente acquisita e non contestata, l'eventuale assegnazione della casa coniugale a favore del genitore che non ne è proprietario, in una ipotesi di non contestazione della convivenza e quindi dell'affidamento dei figli a uno dei due genitori, si può promuovere immediatamente un'azione di questo genere. E' ovvio però che l'altra parte può difendersi chiedendo a sua volta che non solo non venga assegnata la casa all'altro genitore ma che i figli minori vengano a lei assegnati. E in questo caso sarà pregiudiziale il giudizio del Tribunale per i minorenni, che, per quanto attiene all'affidamento dei figli naturali minori, ha una competenza esclusiva.

4. LA PENSIONE DI REVERSIBILITÀ DOPO IL DIVORZIO

Argomento assai complicato, assai discusso, ma che ultimamente ha trovato da parte della Cassazione una risposta, la pensione di reversibilità (o una parte della stessa):.

L'art. 9 della legge sul divorzio dice che in caso di morte dell'ex coniuge, il coniuge rispetto al quale è stata pronunciata una sentenza di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha diritto, se non passato a nuove nozze e sempre che sia titolare di assegno, alla pensione di reversibilità. Se c'è solamente un ex coniuge, questo ha diritto a tutta la pensione di reversibilità. Se esiste anche un coniuge superstite, una quota della pensione è attribuita dal Tribunale, tenendo conto della durata del rapporto, al coniuge rispetto al quale è stata pronunciata la sentenza di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, sempre che non sia passato a nuove nozze e che sia titolare di un assegno divorzile.

Per quanto riguarda il secondo comma, cioè quando c'è un solo ex coniuge superstite, è evidente che il rapporto si svolge esclusivamente tra il solo ex coniuge e l'ente tenuto ad erogare la pensione e che in caso di contrasto, (secondo quanto ritenuto almeno dall'ultimo orientamento della Cassazione), si tratta di una questione previdenziale che non è di competenza del Tribunale ordinario ma è di competenza del Pretore o del TAR a seconda che si tratti di un rapporto di pubblico impiego o di impiego privato.

Ma quando c'è il coniuge superstite e l'ex coniuge, si discuteva molto su come il Tribunale potesse ripartire questa pensione e se cioè dovesse far riferimento alla durata del matrimonio come criterio indicativo utilizzando poi altri parametri quali lo stato del bisogno e le sostanze delle due persone destinatarie, ma soprattutto non era assolutamente chiaro (e su questo devo dire che fino a 6-7 mesi fa eravamo proprio in grande difficoltà), che cosa si potesse chiedere: se cioè ci si dovesse rivolgere solamente al coniuge superstite o anche all'istituto previdenziale e se cioè il diritto dell'ex coniuge era un diritto da farsi valere esclusivamente nei confronti del coniuge su-

perstite ovvero se fosse un diritto autonomo alla pensione di reversibilità pur concorrente con un'altra persona.

Alla fine la Cassazione a sezioni unite (e poi successivamente in altre due sezioni), ed è la sentenza del 12 gennaio 1998 n. 159, ha detto che entrambi i soggetti, sia il coniuge superstite che l'ex coniuge, hanno un autonomo diritto alla pensione di reversibilità.

Ne consegue che in un procedimento volto alla determinazione della quota della pensione, si dovrà citare il coniuge superstite perché è sicuramente la persona che risente direttamente degli effetti di un'attribuzione e quindi di una limitazione della sua pensione di reversibilità.

Sulla base di tale affermazione, ormai comunemente accettata, rimane certo che il diritto alla quota è autonomo ed esclusivamente diretto nei confronti dell'ente previdenziale, e che tale diritto si realizza e si matura sin dalla morte della persona che è stato coniuge di entrambe le persone interessate, senza che esista alcun rapporto tra le stesse, né alcun obbligo di restituzione dell'una nei confronti dell'altra anche nell'ipotesi che la vedova (o il vedovo) abbia in concreto percepito l'intera pensione comprensiva della quota spettante all'ex coniuge.

Non vi è dubbio che, in un giudizio diretto all'accertamento della quota può essere chiamato in giudizio anche l'ente previdenziale tenuto alla corresponsione, secondo le indicazioni del tribunale, sempre che la pensione di cui trattasi sia erogata o dall'INPS, poiché in caso di pensione di un pubblico dipendente, è rimasta la giurisdizione, in materia pensionistica della Corte dei Conti.

Le due questioni, attinenti alla determinazione della quota ed al pagamento (in ordine al quale vi può essere una opposizione dell'ente previdenziale in relazione alla decorrenza), essendo connesse (la prima è pregiudiziale e va decisa con sentenza), potranno essere proposte congiuntamente al

tribunale. In questo caso rimane l'unico problema se la decisione sia di spettanza di una sezione ordinaria ovvero della sezione specializzata del lavoro, senza che tuttavia la decisione presa eventualmente in contrasto con la regola della distribuzione interna degli affari tra le sezioni (o sul rito erroneamente seguito), sia affetta da nullità.

La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha anche determinato il metodo di calcolo della quota, dicendo che può farsi riferimento solamente alla durata legale del matrimonio, indipendentemente da eventuali cessazioni della convivenza tra i coniugi, o da questioni inerenti alle condizioni patrimoniali.

Va detto comunque che nel 1999, in seguito ad una decisione della Corte Costituzionale, si è affermato dalla Cassazione, il principio opposto, nel senso che per la determinazione della quota possono essere prese in considerazione anche altre circostanze, tra cui quella relativa alla esistenza di una disparità di condizioni economiche tra le due parti, in conformità al principio assistenziale che sorregge anche l'attribuzione della quota della pensione.

5. IL TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO DOPO IL DIVORZIO

Ci è rimasto da parlare del trattamento di fine rapporto che è previsto dall'art. 12 bis della legge sul divorzio.

Anche questo è un articolo abbastanza singolare e di difficile applicazione perché si riconosce all'ex coniuge, sempre che non sia passato a nuove nozze e sia titolare dell'assegno divorzile, una percentuale dell'indennità di fine rapporto "percepita" dall'altro ex coniuge. Questa infelice dizione significa che per avere azione nei confronti dell'altro ex coniuge per ottenere la quota del trattamento di fine rapporto, bisogna aspettare che questa

quota sia stata pagata, perché solamente quando è stata percepita scatta il diritto alla quota, almeno secondo quella che è la lettera della legge.

Quindi in certi casi, se il comportamento di chi ha percepito non è corretto, è abbastanza difficile riuscire a prevenire il pagamento dell'indennità di fine rapporto da parte di chi è tenuto ad erogarlo.

In sostanza secondo la disposizione di legge, perché il coniuge divorziato possa agire per ottenere la sua quota del trattamento di fine rapporto, nei confronti dell'altro, che è l'unico obbligato, occorre che sia passata in giudicato la sentenza di divorzio, che il pagamento sia avvenuto dopo tale pronuncia, che sia anche passata in giudicato la sentenza attributiva dell'assegno divorzile oltre alla condizione generale del non passaggio a nuove nozze.

Esiste un orientamento della Cassazione che, in taluni casi singoli e di specie ha ritenuto che l'azione è ammissibile anche prima del giudicato, purchè il pagamento del TFR sia avvenuto dopo la presentazione della domanda di divorzio.

Ma tale opinione è fortemente sospetta.

In proposito comunque il Tribunale di Roma, ha sollevato il dubbio di incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevede che obbligato alla corresponsione della quota sia anche colui che deve pagare l'indennità, in modo da permettere una azione preventiva diretta, che non consenta il pagamento al lavoratore cessato, prima della sua definizione.

6. IL SEQUESTRO DEI BENI DELL'OBBLIGATO

L'ultimo argomento è il sequestro dei beni dell'obbligato. E' previsto dall'art. 156 c.c. e dall'art. 8 della legge sul divorzio.

Questo sequestro può essere dato, secondo le varie pronunce della Corte Costituzionale, sia in sede di separazione giudiziale che in sede di separazione consensuale, abbiamo visto che può essere dato anche a favore di chi è tenuto al mantenimento dei figli minori nati al di fuori del matrimonio. Per quanto riguarda la legge sul divorzio l'art. 8 prevede che, per assicurare che siano osservate e soddisfatte le ragioni del creditore, il giudice può disporre il sequestro dei beni del coniuge obbligato a somministrare l'assegno.

Mentre l'articolo 156 nella separazione prevede che tale tipo di sequestro possa essere autorizzato solamente in caso di inadempienza nel pagamento degli assegni (e tale inadempienza può essere anche quella derivante dall'inadempimento dell'ordine che il giudice può dare all'obbligato di fornire una idonea garanzia reale o personale), l'articolo 8 della legge 898 del 1970, autorizza la concessione, nel divorzio, sulla base del sospetto che l'obbligato stesso si voglia sottrarre agli oneri che gli sono stati imposti.

L'orientamento più corretto è quello che, anche nella separazione, possano applicarsi, in una interpretazione estensiva (trattandosi di situazioni identiche), le condizioni richieste nel procedimento di divorzio, senza che vi sia la necessità di una vera e propria inadempienza.

Più difficile è invece coordinare tali disposizioni con il sequestro ordinario previsto dall'articolo 671 del c.p.c.

In proposito va osservato che il sequestro dei beni dell'obbligato previsto dalle disposizioni speciali che abbiamo esaminato, è una misura coercitiva anomala diretta alla conservazione di una garanzia patrimoniale in relazione ad una obbligazione che è destinata a protrarsi nel tempo anche dopo la conclusione del procedimento di separazione o divorzio (pagamento periodico di assegni di mantenimento per coniuge e figli), senza che vi sia necessità di convalide (del resto non previste più neppure nel sequestro or-

dinario) e senza la possibilità di quella conversione automatica da sequestro in pignoramento, prevista dall'articolo 686 del c.p.c., dal momento che la sentenza di condanna esecutiva, ivi prevista, non potrà che riguardare adempimenti futuri.

Nella separazione nel divorzio tutte le condanne al pagamento di somme per obblighi di mantenimento, anche se provvisorie, date sia in sede presidenziale che dal giudice istruttore, sono assistite dalla immediata esecutorietà, per cui in caso di inadempienze il creditore potrà aggredire immediatamente i beni dell'obbligato nelle forme del pignoramento mobiliare o immobiliare, per quelle somme che vengono via via a maturarsi.

Nel caso in cui vi siano elementi per far ritenere che il coniuge obbligato si voglia sottrarre a tali oneri per il futuro (progettata vendita di beni immobili o trasferimento di capitali all'estero) il creditore può ricorrere al sequestro "speciale" di cui alla normativa della separazione e del divorzio, o al sequestro ordinario, e ciò anche nell'ipotesi in cui vi sia stato sino a quel momento un corretto adempimento nel pagamento degli assegni.

Solo che, una volta adita la strada del sequestro ordinario ex art. 671 del c.p.c., l'autorizzazione dovrà tenere conto che la somma da vincolare non potrà andare oltre a quella che presumibilmente, in caso di inadempimento, potrà risultare al termine del giudizio e non oltre, perché il sequestro stesso dovrà convertirsi in pignoramento per le somme che risulteranno eventualmente ancora dovute al momento della sentenza definitiva, perché tale tipo di sequestro sarà destinato a cadere in ogni caso al termine del processo.

Un caso emblematico di tali difficoltà di coordinamento si rinviene in una sentenza del tribunale di Roma che è stata pubblicata nel n. 4/5 della Giurisprudenza di merito del 1998 e che ha una pregevole nota esplicativa

del collega Lamorgese intitolata “Il sequestro dei beni del coniuge obbligato tra separazione e divorzio”.

In un giudizio di separazione era stato disposto un sequestro ordinario di un immobile a garanzia delle future rate di pagamento di un relevantissimo assegno di mantenimento. Questo sequestro era stato poi convertito in una somma di denaro e si era poi arrivati alla conclusione del giudizio. Il tribunale praticamente ha considerato che, decidendo la causa, non essendovi più l'istituto della convalida del sequestro ordinario, praticamente poneva termine al sequestro ordinario.

In un'ipotesi di separazione in cui non si trattava di garantire rate non pagate, (oltretutto il coniuge non era inadempiente rispetto alle rate), la definizione del giudizio senza convalida significava porre nel nulla questo tipo di garanzia. D'altro canto il tribunale non poteva disporre il sequestro ai sensi dell'art. 156 c.c. perché difettava il requisito dell'inadempienza dell'obbligato. Il tribunale a questo punto ha fatto ricorso ad una applicazione estensiva dell'art. 8 della legge sul divorzio che prevede solamente l'esigenza di “assicurare che siano soddisfatte” le ragioni del coniuge creditore.. Noi ci trovavamo esattamente nella situazione in cui non c'era inadempimento però avevamo una persona obbligata che risiedeva all'estero e che, pur essendo adempiente all'obbligo di un relevantissimo assegno di mantenimento si stava progressivamente spogliando di tutti i beni immobili che aveva in territorio italiano. Quindi è stato fatto ricorso all'art. 8 e si è convertito questo sequestro conservativo ordinario in un sequestro speciale previsto dall'art. 8.