

SENATO DELLA REPUBBLICA

— XI LEGISLATURA —

N. 1190

DISEGNO DI LEGGE

**d'iniziativa dei senatori FABJ RAMOUS, PIERANI, LONDEI
e D'ALESSANDRO PRISCO**

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 28 APRILE 1993

Nuove norme in materia di diritto di famiglia
(separazione personale dei coniugi)

INDICE

Relazione	Pag.	3
Allegato	»	7
Disegno di legge	»	37

ONOREVOLI SENATORI. - Sarebbe un errore considerare esaurito il compito del legislatore con la «Novella 1975» (che pure ha aperto una fase innovativa dei rapporti familiari) tanto contrastante appare la sua applicazione concreta. Vanno perciò rivisitati quegli istituti che, nella pratica, non hanno corrisposto alle aspettative o perchè nebulosamente esplicitati o perchè non completamente corrispondenti alle necessità di risposte chiare in una materia, la cui delicatezza ci pare inutile sottolineare.

Già nel 1975 insigni giuristi anticiparono che «tutti, giudici, avvocati, studiosi del diritto, avrebbero dovuto chiedere al legislatore di intervenire tempestivamente laddove l'esperienza concreta avesse dimostrato la necessità di aggiustamenti o di modifiche». E si disse che, per ottenere risultati concreti, forse sarebbe stato opportuno creare un vero e proprio «osservatorio», un organismo competente, addirittura un ufficio studi presso una delle Camere, col compito di raccogliere materiale su questa importante branca del diritto civile, predisponendo un rapporto biennale per il Ministro di grazia e giustizia.

Il Parlamento, invece, si è fermato, mentre i cittadini che avevano riposto tante speranze nella nuova legge, sono rimasti delusi dalle promesse «mancate» di alcuni importanti istituti rinnovati sì, ma non ancora in grado di rendere equo (e attuato) quel principio di uguaglianza sostanziale tra coniugi, che pure è una delle colonne fondamentali della legge 19 maggio 1975, n. 151. Pensiamo, ad esempio, alla condizione della donna separata con i figli minori a lei affidati, che è diventata l'emblema delle «nuove povertà»: una figura ben lontana da quella affermazione di uguaglianza formale riconosciuta dalla legge. È proprio il tema dei rapporti economi-

ci e patrimoniali nella coppia in crisi a dimostrare, infatti, che il tessuto legislativo pur riconoscendo la parità fra i coniugi, il dovere reciproco di collaborazione (e di solidarietà) e l'importanza del lavoro casalingo (ritenuto eguale a quello del coniuge che lo svolge «fuori»), nel momento della patologia (la separazione personale) tollera una contrattazione non libera tra le parti, non tutela a sufficienza il coniuge più debole (purtroppo normalmente la donna), nè tantomeno i figli.

E la stessa comunione dei beni (che pure è il regime legale della famiglia) appare inadeguato strumento di tutela dei diritti del coniuge «debole», perchè la norma è di infelice formulazione e consente al coniuge forte e più furbo di manovrare a suo piacimento «i denari» della famiglia, coperto come è, sia dalla mancanza di sanzioni, sia dalla dizione letterale dell'articolo 191 del codice civile, sia dal principio della «comunione *de residuo*».

E una giurisprudenza restrittiva sino ad ora ha impedito che, mentre la coppia affronta il momento cruciale della separazione (la comparizione avanti al presidente ove discute dell'assegnazione della casa coniugale, dell'affidamento dei figli e dell'assegno di mantenimento), non possa - del pari - regolare, almeno in linea di massima, i principali rapporti economici, in particolare i risparmi, messi insieme grazie al lavoro dei coniugi, casalingo o meno che sia.

Inoltre va detto che la «discrezionalità» lasciata al giudice nello stabilire l'importo dell'assegno di mantenimento per i figli e per la moglie, è un fattore negativo del nostro sistema giuridico, tanto più se colleghiamo l'importanza dell'assegno di mantenimento con l'assenza di qualsiasi sanzione per le inesatte o dolose notizie che il coniuge

XI LEGISLATURA - DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

«forte» può dare, rispetto alle reali condizioni economiche e patrimoniali in cui versa. La «Novella 1975» non è riuscita, purtroppo, a eliminare quel terreno negativo sul quale si è fondata, in passato, l'organizzazione familiare autoritaria e gerarchica.

Oggi che l'Europa aperta costituisce uno strumento di cooperazione, dobbiamo creare norme più efficaci, coordinate con la normativa internazionale di Paesi come la Francia, la Germania e la Spagna che garantiscono la famiglia in modo più puntuale e colpiscono il coniuge che tenti di sottrarsi - anche solo in ipotesi - alle obbligazioni che lo riguardano.

È urgente operare un fattore di adeguamento/rinnovamento della nostra disciplina rispetto all'attuale situazione storica, iniziando da un istituto emblematico quale è la separazione, che va rivisitato sia dal lato del diritto sostanziale che da quello processuale, (come proponiamo in altro disegno di legge) per evitare di essere considerati arretrati non solo rispetto ai tempi del processo civile (che in altri Paesi europei si esaurisce in sei mesi mentre da noi ha un *iter* dai tre ai cinque anni in primo grado, diventando perciò, per il cittadino, quasi *denegata justitia* ...) ma soprattutto rispetto a un sistema processuale che deve considerarsi in linea con il principio dell'uguaglianza delle parti. Uno dei rimedi che proponiamo è quello di semplificare, abbreviandolo, l'*iter* processuale, con regole uguali, sia nel processo di separazione sia in quello di divorzio, rendendoli omogenei al sistema del processo del lavoro, con esonero dei costi fiscali garantendo (così come è previsto dall'articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74) l'esonero dal pagamento dell'imposta di bollo, dell'imposta di registro e di ogni altra tassa. La domanda giudiziale di separazione, di conseguenza, dovrà contenere a pena di decadenza (così come è previsto nell'articolo 4 della citata legge n. 74 del 1987) tutti gli elementi di fatto e di diritto necessari al processo e le parti dovranno contestualmente depositare i documenti di cui intendano avvalersi (ivi compresi quelli fiscali) e i mezzi di prova.

All'udienza di comparizione il presidente, tentata inutilmente la conciliazione, pronuncia - anche d'ufficio - i provvedimenti temporanei e urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e dei figli (provvedimenti che sono immediatamente esecutivi), statuisce sull'assegnazione della casa familiare, sull'affidamento dei figli minori, sull'assegno di mantenimento, che non è più lasciato alla sua discrezionalità, ma deve essere proporzionale alla situazione economico-patrimoniale dei coniugi; quindi assume provvedimenti urgenti anche sui beni della comunione - se richiesto - e impone al coniuge obbligato, di prestare idonea garanzia reale o personale per l'adempimento degli obblighi previsti dall'articolo 155 del codice civile. In caso di dimostrata inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il presidente dispone il sequestro di almeno la metà dei beni del coniuge obbligato e può ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di denaro all'obbligato, che parte di queste venga versata direttamente agli aventi diritto.

L'aggravio di competenze sul presidente snellisce la successiva fase istruttoria, ma soprattutto garantisce, con l'immediata esecuzione, la sopravvivenza della famiglia.

In questo contesto non può che tramontare, inevitabilmente, anche il principio «della discrezionalità» del giudice, sull'assegno di mantenimento per la moglie e i figli.

Seguendo il panorama legislativo europeo in materia, proponiamo di adottare un sistema di calcolo analogo fissando dei valori.

Il valore del mantenimento del coniuge viene fissato *ex lege* nei tre settimi delle entrate del coniuge più forte.

Se entrambi i coniugi prima della separazione svolgevano attività lavorativa, quello con retribuzione inferiore riceverà dall'altro un'assegno di mantenimento che consenta di raggiungere la quota di tre settimi delle entrate dell'obbligato.

Se il beneficiario intraprende dopo la separazione attività lavorativa retribuita, l'ammontare di questa viene dedotta dall'assegno di mantenimento.

XI LEGISLATURA - DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

Esempio: una donna ha lasciato il lavoro dopo la nascita dei figli.

Il marito guadagna, al momento della separazione, lire 2.800.000 al mese.

Al coniuge debole spettano per il suo mantenimento i tre settimi pari a lire 1.200.000 (il 42 per cento).

Se la moglie invece lavora e guadagna lire 800.000 al mese, il marito dovrà contribuire al mantenimento versando la sola differenza che congruagli il reddito della moglie alla tabella dei tre settimi, cioè le verserà lire 400.000.

Se, viceversa, la moglie lavora e guadagna lire 1.200.000, nulla dovrà il coniuge in quanto le entrate della donna raggiungono i valori fissati *ex lege*.

Quando la coppia con un solo reddito ha figli minori, per la famiglia il coniuge forte dovrà destinare almeno il 50 per cento del reddito, calcolando una quota pari al 10 per cento per figlio.

Ad esempio, con un reddito di lire 2.800.000, l'obbligato versa per il mantenimento della moglie e del figlio lire 1.400.000.

Naturalmente la misura del mantenimento si determina sul tenore di vita raggiunto durante la convivenza, perciò se il reddito dell'obbligato aumenta, ne beneficiano, comunque, gli aventi diritto.

Il diritto al mantenimento a favore del coniuge casalingo tiene conto della durata del matrimonio, della cura dei figli, dei motivi di equità.

Come già abbiamo accennato, i rapporti patrimoniali tra i coniugi ci insegnano che, con troppa frequenza il coniuge obbligato trascura in tutto o in parte di adempiere. Perciò prevediamo misure coercitive che garantiscano il futuro adempimento degli obblighi patrimoniali.

Non sono sufficienti le misure cautelari opzionate dagli articoli 146 del codice civile (sequestro dei beni del coniuge che si allontani dalla casa familiare, in misura idonea a garantire l'adempimento degli obblighi previsti dagli articoli 143 e 147 del codice civile) nè quelle previste dall'attuale articolo 156 del codice civile, comma sesto (sequestro di parte dei beni del coniuge

debole riesce a ottenere un provvedimento, spesso le garanzie sono sparite in quanto le misure coercitive in atto sono sì preordinate a garantire il futuro adempimento, ma sono subordinate a un inadempimento degli obblighi patrimoniali (in aperto contrasto con l'articolo 8 legge n. 74 del 1987, ove la misura cautelare del sequestro non trova limitazione alcuna se non - in caso di sequestro di somma - nel limite della metà della somma dovuta al debitore per il soddisfacimento dell'assegno periodico).

Questa diversità di trattamento in fattispecie identiche deve essere eliminata e, di conseguenza, modificato anche l'istituto, visto che «il sequestro previsto è destinato a non avere pratica attuazione dal momento che lo stesso non può costituire un mezzo per ottenere una garanzia reale», (Finocchiaro A. e M., *Diritto di famiglia*, Vol. 3 - *Il divorzio* Milano 1988, pag. 588) perchè la misura cautelare prevista dall'articolo 156 del codice civile costituisce un provvedimento cautelare tipico, consentito solo su una parte dei beni (formula quest'ultima alquanto generica e discutibile) anche se la Cassazione ritiene «che il sequestro di parte dei beni dell'obbligato all'assegno di mantenimento, pur subordinato all'inadempimento dell'obbligo, non richiede la gravità dell'inadempimento o l'intento di sottrarre quei beni».

Il sequestro previsto nella nuova stesura dell'articolo 156 rappresenta una misura coercitiva atipica preordinata a garantire il futuro adempimento dei doveri patrimoniali derivanti dalla separazione e costituisce anche un mezzo di coazione psicologica destinato ad indurre il coniuge obbligato all'adempimento.

È importante introdurre anche nel processo di separazione uno strumento atipico di tutela tanto più in vista del fatto che le norme che regolano il processo cautelare e d'urgenza subiranno notevole modifica con l'applicazione del nuovo processo civile, nella cui riforma (legge 26 novembre 1990, n. 353) c'è un vuoto legislativo in materia di diritto di famiglia.

Se è vero infatti che nel nuovo codice la materia dei procedimenti cautelari trova

XI LEGISLATURA - DISEGNI DI LEGGE E RELAZIONI - DOCUMENTI

una collocazione più chiara e organica, tuttavia l'assenza di norme specifiche per il giudizio di separazione e divorzio rischia di stravolgere lo spirito di quel legislatore che ha voluto usare lo strumento cautelare dentro al processo familiare.

La riforma processuale, da un lato, cerca di ridurre e snellire la procedura eliminando il procedimento di convalida e riducendo i modelli processuali finora vigenti, ma impoverisce le conquiste legislative del diritto di famiglia, introducendo speciali mezzi di gravame: il «reclamo cautelare» e «l'istituto della cauzione», la cui inosservanza porta serie conseguenze.

Può bene immaginarsi quello che accadrebbe nel processo familiare se l'istituto fosse applicato *sic et simpliciter*.

Nessun limite è previsto «al reclamo», ammesso contro l'ordinanza ammissiva del sequestro, e non contro l'ordinanza di rigetto.

Così il coniuge economicamente forte potrà sviluppare ogni difesa (che obbliga al contraddittorio l'altro coniuge) giungendo

persino ad attivare l'obbligo «della cauzione» per l'eventuale risarcimento dei danni al coniuge debole, che si troverà inevitabilmente di fronte a grosse difficoltà economiche (visto che attiva la misura cautelare per l'inadempienza dell'altro) e rischia di veder perdere efficacia al sequestro, a causa di inattività processuale.

Inoltre, l'intera procedura, anziché uscire semplificata, viene sottoposta ad inevitabili adempimenti, ritardi e appesantimenti, con chiari effetti defatigatori.

Con l'articolo 669-*quaterdecies* del codice di procedura civile, introdotto dall'articolo 74 della legge 26 novembre 1990, n. 353, si prevede un ampio ambito di applicazione: procedimenti cautelari, nuova opera e danno temuto, eccetera.

Da qui la previsione di una specifica misura cautelare atipica, nella nuova stesura dell'articolo 156.

Alla presente relazione ritengo utile allegare una documentazione relativa alla legislazione - cui si è fatto cenno in precedenza - adottata da Francia, Spagna e Germania.

ALLEGATO

FRANCIA

«Da questo luogo e da questo giorno comincia una nuova era nella storia del mondo».

Questa è l'epigrafe dettata da Goethe alla battaglia di Valmy che sanciva la vittoria della Francia rivoluzionaria contro le armate della reazione.

In quello stesso giorno 20 settembre 1792 l'Assemblea legislativa francese approvava il divorzio e due giorni dopo la Convenzione proclamava la Repubblica.

Il divorzio fondato sul diritto alla felicità era concesso per mutuo consenso, incompatibilità di carattere e per determinate cause.

Fu soppresso nel 1816 durante la Restaurazione, ricomparve per brevi periodi durante la monarchia di Luigi Filippo e durante la Seconda Repubblica e fu definitivamente approvato con la legge Naquet del 1884 che lo concedeva per mutuo consenso e per colpa.

La riforma del 1975 ha dato una formulazione generica e ampia delle cause di divorzio, invece di una dettagliata elencazione, ma è rimasta ancorata al principio di colpa e di divorzio sanzione e non ha accolto il concetto moderno di divorzio rimedio.

Nella legislazione francese la separazione giudiziale o consensuale non è condizione essenziale per chiedere il divorzio ed è un istituto marginale e poco applicato.

Si può presentare direttamente istanza di divorzio e se un coniuge chiede la separazione e l'altro il divorzio, in caso di accoglimento prevale l'istanza di divorzio.

Il divorzio può essere chiesto:

- 1) per mutuo consenso;
- 2) per rottura della vita comune;
- 3) per colpa (articolo 229).

Accanto al mutuo consenso persiste in Francia il concetto del divorzio sanzione fondato sulla colpa di uno o di entrambi i coniugi.

Il divorzio può essere chiesto su istanza congiunta dei due coniugi. (articolo 230).

In tal caso non è richiesta l'esposizione delle cause e l'istanza deve essere accompagnata dalle condizioni (affidamento figli, casa coniugale, prestazioni compensatorie divisorie della comunione) concordate tra i coniugi.

Il divorzio a domanda congiunta non può essere richiesto nei primi sei mesi del matrimonio.

Il giudice esamina la domanda con ciascuno dei coniugi prima separatamente poi congiuntamente.

Se i coniugi insistono nell'istanza, il giudice li avverte che la loro domanda deve essere rinnovata dopo un termine di riflessione di tre mesi.

Se la domanda non sarà rinnovata nei sei mesi successivi dalla scadenza del termine si intenderà decaduta.

Il giudice pronuncia il divorzio e omologa la convenzione tra i coniugi quando la domanda è rinnovata in termine.

Può rifiutare l'omologazione e non pronunciare il divorzio se ritiene che non siano sufficientemente tutelati gli interessi dei minori o di uno dei coniugi.

*Del divorzio su istanza di un coniuge ed accettato dall'altro
(articolo 233)*

Uno dei coniugi può presentare istanza di divorzio esponendo dei fatti a carico dell'uno e dell'altro che rendono intollerabile la prosecuzione della convivenza.

Se l'altro coniuge riconosce i fatti davanti al giudice questi pronuncia il divorzio senza stabilire l'attribuzione delle colpe.

Il divorzio di questo tipo si intende pronunciato per colpa di entrambi.

Se l'altro coniuge non riconosce i fatti il giudice non pronuncia il divorzio.

I fatti esposti non possono essere utilizzati come prova in altra azione giudiziaria.

Divorzio per rottura della vita comune

Un coniuge può presentare istanza di divorzio per rottura della vita comune, quando i coniugi sono separati di fatto da sei anni (articolo 237).

Si può presentare istanza di divorzio per rottura della vita comune quando un coniuge da sei anni ha le facoltà mentali talmente alterate che non esiste più comunione di vita e secondo ragionevoli previsioni non può essere ricostruita.

Il giudice può respingere la domanda, se il divorzio rischia di avere conseguenze troppo gravi per la malattia del coniuge. (articolo 238).

È prevista una clausola di durezza: se l'altro coniuge riesce a dimostrare che il divorzio per ragioni di età o di durata di matrimonio avrebbe per lui o per i minori conseguenze di eccezionale gravità, il giudice può respingere la domanda.

Il coniuge che presenta l'istanza, deve sopportare tutte le conseguenze a suo carico. Egli nella domanda deve precisare con quali mezzi farà fronte alle obbligazioni.

La rottura della vita comune non può essere invocata che dal coniuge che presenta la domanda iniziale. Il convenuto può presentare domanda riconvenzionale che deve tendere al divorzio e non alla separazione, deducendo i torti dell'attore. Il giudice respinge la domanda principale, accoglie la riconvenzionale, dichiarando la colpa di chi ha preso l'iniziativa.

Divorzio per colpa

Il divorzio può essere chiesto per fatti imputabili all'altro coniuge che costituiscono grave e reiterata violazione dei doveri che derivano dal matrimonio e rendono intollerabile la convivenza (articolo 242).

Può essere chiesto da uno dei coniugi, quando l'altro è stato condannato a pene previste dall'articolo 7 del codice penale (pene afflittive e infamanti).

Le colpe del coniuge che ha preso l'iniziativa non impediscono di esaminare la sua domanda, ma possono togliere gravità ai fatti attribuiti all'altro coniuge.

Il convenuto può presentare domanda riconvenzionale e se entrambe le domande sono accolte il divorzio è pronunciato per colpa di entrambi.

Anche senza domanda riconvenzionale il divorzio può essere pronunciato per colpa di entrambi se dal procedimento emergono fatti imputabili a entrambi.

Procedura di divorzio

Competente per il divorzio è il *Tribunal de Grande Instance*. Un giudice di questo tribunale è delegato dagli affari matrimoniali e si occupa prevalentemente degli interessi dei minori.

Il giudice agli affari matrimoniali è il solo competente per pronunciare il divorzio per mutuo consenso (articolo 247).

In caso di divorzio per colpa su istanza dei coniugi il tribunale può limitarsi a constatare che esistono dei fatti che costituiscono causa di divorzio, senza dichiarazione di colpa.

Provvedimenti provvisori

Nel divorzio a domanda congiunta i coniugi stabiliscono le condizioni di comune accordo.

Negli altri casi il giudice emette i provvedimenti provvisori fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Il giudice in particolare (articolo 255):

- 1) autorizza i coniugi a vivere separati;
- 2) attribuisce l'uso dell'alloggio e dell'arredo o ne divide l'uso;
- 3) ordina la consegna degli oggetti e degli effetti personali;
- 4) fissa l'assegno o la provvisoriale per spese di giudizio che un coniuge deve versare all'altro;
- 5) accorda ad uno dei coniugi una quota di comunione se la situazione lo rende necessario.

Inoltre il giudice decide sull'affidamento dei minori sul diritto di visita e sul contributo al mantenimento.

Può anche per la garanzia dei diritti di un coniuge ordinare tutte le misure cautelari come l'apposizione dei sigilli sui beni comuni.

Sono sempre applicabili le disposizioni di cui all'articolo 220/1 e precisamente: se il coniuge non adempie ai suoi doveri e pregiudica gli interessi della famiglia, il presidente del *Tribunal de Grande Instance* può prescrivere misure urgenti.

Può impedire al coniuge atti di disposizione sui beni propri e su quelli comuni mobili ed immobili senza il consenso dell'altro coniuge. Può anche impedire lo spostamento dei mobili, salvo specificare quelli che attribuisce in uso personale all'uno o all'altro coniuge.

La disposizione deve essere temporanea e non superare tre anni.

Se l'alienazione di un bene è soggetta a pubblicità, l'ordinanza deve essere trascritta a cura del coniuge richiedente.

La pubblicità cessa di produrre effetto, trascorso il termine, ma nel frattempo il coniuge può ottenere un'ordinanza di modifica che deve essere trascritta.

L'ordinanza che proibisce di disporre dei mobili e di trasferirli è notificata all'altro coniuge e lo rende responsabile della custodia dei mobili con gli stessi effetti di un sequestro. Gli atti compiuti in violazione dell'ordinanza sono annullabili se stipulati con un terzo di malafede o se si tratta di beni di cui l'alienazione è soggetta a pubblicità e stipulati posteriormente alla trascrizione. L'azione di nullità si prescrive in due anni dalla conoscenza dell'atto o, se l'atto è soggetto a pubblicità, dalla trascrizione.

Prove

I fatti esposti a fondamento del divorzio possono essere provati con ogni mezzo di prova compresa la confessione (articolo 259). Un coniuge non può produrre in giudizio lettere scambiate tra l'altro coniuge e un terzo se le ha ottenute con violenza o frode.

Le constatazioni a sostegno della domanda di un coniuge non possono essere prodotte in causa se è avvenuta violazione di domicilio o attentato all'intimità della vita privata.

I coniugi devono comunicarsi e comunicare al giudice tutte le informazioni e i documenti utili a stabilire prestazioni, pensioni e liquidazione del regime patrimoniale. Il giudice può effettuare indagini presso i debitori e presso coloro che detengono valori per conto dei coniugi senza che si possa opporre il segreto professionale.

Sentenza

Se il giudice respinge la domanda di divorzio può dare disposizioni sul contributo al mantenimento della famiglia sulla residenza e sulle modalità di esercizio della potestà parentale.

La sentenza di divorzio scioglie il matrimonio alla data del passaggio in giudicato (articolo 260). La sentenza è opponibile ai terzi per quanto riguarda i beni dalla data di annotazione a margine dell'atto di matrimonio.

La sentenza di divorzio produce effetto tra i coniugi per quanto riguarda i loro beni a partire dall'atto di citazione.

Ciascuno dei coniugi può chiedere che l'effetto della sentenza sia riportato alla data in cui hanno cessato di coabitare o di collaborare. Il coniuge che ha la colpa esclusiva del divorzio non può ottenere questo provvedimento. Le obbligazioni assunte da un coniuge a carico della comunione e le alienazioni effettuate dopo la richiesta di divorzio sono dichiarate nulle se è provato che sono state fatte in frode dei diritti dell'altro coniuge.

Quando pronuncia il divorzio il tribunale decide sulla liquidazione e sulla divisione degli interessi patrimoniali e statuisce se è necessario, sul mantenimento della proprietà indivisa o sull'attribuzione preferenziale.

Stabilisce anche le prestazioni compensatorie di cui parleremo in seguito.

Casa coniugale

La casa coniugale di proprietà di un coniuge può essere data in locazione all'altro (articolo 285/1):

1) quando questi ha la potestà parentale o quando la potestà parentale è congiunta, ma quando uno o più figli hanno la residenza abituale nella casa. L'alloggio viene assegnato in locazione fino alla maggiore età dell'ultimo dei figli;

2) se il divorzio è stato pronunciato per rottura della vita comune su iniziativa del coniuge proprietario della casa.

In tal caso la locazione non può superare la durata di nove anni, ma alla scadenza può essere prolungata.

Per quanto riguarda i figli il genitore che non ha l'esercizio della potestà parentale ha il diritto-dovere di sorveglianza e contribuisce al loro mantenimento in proporzione alle sue sostanze e a quelle dell'altro genitore (articolo 288). Il contributo è costituito da una pensione alimentare che viene versato all'altro genitore o alla persona con cui vivono i figli.

Se la consistenza patrimoniale lo consente la pensione può essere sostituita dal versamento di una somma ad un ente incaricato di corrispondere di minore una rendita indicizzata o con cessione di beni in usufrutto o con assegnazione di beni produttori di reddito.

Separazione giudiziale (separation de corps)

In Francia la separazione è un istituto del tutto secondario. I coniugi come abbiamo visto possono chiedere il divorzio senza una precedente separazione.

La separazione può essere chiesta da uno dei due coniugi quando sussistono le condizioni per il divorzio (articolo 296).

Il coniuge contro cui è presentata istanza di divorzio può chiedere la separazione e il coniuge contro cui è presentata istanza di separazione può chiedere il divorzio.

Se sono accolte entrambe le domande il giudice pronuncia il divorzio. Il coniuge non perde i diritti successori, a meno che la separazione sia pronunciata per colpa esclusiva. La separazione giudiziale produce la separazione dei beni e mantiene il dovere di assistenza.

La sentenza che pronuncia la separazione liquida una pensione alimentare al coniuge in stato di bisogno.

La ripresa volontaria della vita comune mette fine alla separazione, ma la separazione dei beni persiste salvo che i coniugi scelgano un nuovo regime patrimoniale.

La sentenza di separazione può essere convertita in sentenza di divorzio quando la separazione è durata tre anni.

Qualsiasi tipo di separazione può essere convertito in divorzio a domanda congiunta.

La separazione a domanda congiunta può essere convertita solo in divorzio a domanda congiunta.

La causa di separazione si trasforma in causa di divorzio e l'attribuzione della colpa non può essere modificata.

Il divorzio si considera pronunciato contro un coniuge, quando ne viene dichiarata la colpa esclusiva (articolo 265).

Nel divorzio per rottura della vita comune il coniuge che presenta l'istanza è addirittura criminalizzato.

Il coniuge che prende l'iniziativa deve già nella domanda indicare i mezzi con cui far fronte alle obbligazioni, si assume la colpa esclusiva, perde i diritti che la legge o le convenzioni con i terzi concedono al coniuge divorziato; perde le donazioni e i vantaggi, non ha diritto a prestazioni compensatorie, può essere obbligato al risarcimento danni, deve concedere la casa coniugale in affitto per nove anni, termine che può essere prorogato. Inoltre permane il dovere di assistenza e la moglie conserva il cognome. Sembra impossibile che la patria degli illuministi mantenga ancora alle soglie del 2000 un istituto ancorato a principi così arcaici.

È stata posta la questione se questo tipo di divorzio con conseguenze così gravi fosse in contrasto con l'articolo 8 della convenzione dei diritti dell'uomo, ma la questione è stata decisa, in senso negativo dalla Cassazione.

Anche il divorzio per colpa è rischioso e penalizzante. Il coniuge di cui viene dichiarata la colpa esclusiva perde i diritti che la legge o la convenzione con un terzo attribuisce al coniuge divorziato (anche in condizioni di reciprocità), può essere condannato ai danni-interessi per il pregiudizio arrecato con lo scioglimento del matrimonio, non ha diritto a prestazioni compensatorie, perde le donazioni e i vantaggi che l'altro coniuge ha concesso al momento del matrimonio e dopo. L'altro coniuge conserva donazioni e vantaggi anche se stipulati a titolo di reciprocità. Nel divorzio per colpa di entrambi e nel divorzio presentato da un coniuge e accettato dall'altro, ciascun coniuge può revocare donazioni e vantaggi che aveva concesso.

Il divorzio per colpa è quindi rischioso perchè dal dibattito può emergere la colpa di entrambi o la colpa esclusiva di chi l'ha chiesto.

È presumibile quindi che un coniuge cerchi di ottenere il consenso dell'altro per presentare la domanda congiunta o quantomeno accettata

dall'altro. In questo intento dovrà fare concessioni economiche vantaggiose al coniuge più debole. Questa situazione comporta anche dei ricatti da parte del coniuge che ha una mentalità parassitaria.

Italia e Spagna che hanno introdotto il divorzio con ritardo rispetto agli altri Stati si sono immediatamente adeguati al divorzio rimedio nella quasi totalità dei casi.

La Germania che aveva introdotto nel secolo scorso il divorzio (nel 1875 durante il *Kulturkampf* di Bismarck) ha saputo adeguarsi con la riforma del 1977 al divorzio rimedio.

La Francia che era stata all'avanguardia nell'introduzione (nel 1792 anche se poi fu abrogato in periodi storici successivi) è rimasta ancorata a concetti di colpa superati. Così pure è erroneo il compenso al coniuge più debole legato al concetto di colpa, perchè si deve tenere conto delle prestazioni a favore dell'altro coniuge e della famiglia, alla collaborazione e all'attività svolta che devono essere valutati indipendentemente dal comportamento.

Il regime legale

Il regime legale della famiglia è la comunione (articolo 1400). Sono oggetto della comunione gli acquisti fatti dai coniugi congiuntamente o separatamente durante il matrimonio provenienti dalle loro attività personali e dai risparmi sui frutti e sui redditi dei loro beni personali.

Qualsiasi bene mobile od immobile si presume acquisito dalla comunione se non si prova che è di proprietà di un solo coniuge in forza di una disposizione di legge.

Ciascun coniuge conserva la proprietà dei beni personali. La comunione ha diritto ai frutti percepiti e non consumati. Allo scioglimento della comunione può essere concesso un indennizzo per i frutti che il coniuge non ha percepito per negligenza o frode, ma non si possono effettuare indagini anteriormente agli ultimi cinque anni.

Sono beni personali anche se acquisiti durante il matrimonio:

- vestiti e biancheria di uso personale;
- somme derivanti da risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali;
- crediti e pensioni incedibili e generalmente beni e diritti di carattere strettamente personale.

Sono anche personali, salvo indennizzo, gli oggetti necessari allo svolgimento di una professione, se non sono accessori di beni commerciali o di una azienda facente parte della comunione.

Sono beni personali quelli acquisiti prima o durante il matrimonio per successione, donazione o legato.

I beni cadono in comunione, salvo stipulazione contraria, quando la liberalità è a favore del due coniugi congiuntamente.

Passivo della comunione

Ciascun coniuge può stipulare contratti riguardanti la conduzione familiare e l'educazione dei figli ed entrambi i coniugi rispondono

dell'obbligazione. Non vi è solidarietà per le spese eccessive rispetto al tenore di vita (articolo 220 del codice civile). È un istituto simile allo *Schlüsselgewalt*.

Costituiscono il passivo della comunione: a titolo definitivo gli alimenti dovuti dai coniugi e i debiti contratti ai sensi dell'articolo 220 a titolo definitivo e salvo compensazione secondo i casi, i debiti contratti in costanza di comunione.

I debiti contratti anteriormente al matrimonio o quelli gravanti su successioni e liberalità sono personali.

Si effettua una compensazione quando la comunione si accolla un debito personale del coniuge o viceversa.

Per il pagamento dei debiti di cui ciascun coniuge è obbligato per qualsiasi causa, il creditore può agire sui beni comuni, salvo che vi sia malafede del creditore o frode del debitore e salvo indennizzo dovuto alla comunione.

I guadagni e i salari di un coniuge non possono essere pignorati per debiti dell'altro coniuge salvo il caso di cui all'articolo 220 del codice civile.

Amministrazione della comunione (articolo 1421)

Ciascun coniuge può separatamente amministrare i beni della comunione, salvo rispondere degli errori commessi nella gestione.

È necessario il consenso dell'altro coniuge per disporre tra vivi a titolo gratuito dei beni della comunione.

È necessario il consenso dell'altro coniuge per alienare o gravare di diritti reali, gli immobili, i fondi commerciali e le aziende dipendenti dalla comunione i diritti sociali non negoziabili e i mobili iscritti nei pubblici registri.

Un coniuge non può senza l'altro coniuge percepire i capitali derivanti dall'operazione.

I coniugi non possono separatamente concedere in affitto fondi rustici o in locazione immobili della comunione ad uso commerciale, industriale ed artigianale. Il coniuge può stipulare le altre locazioni sui beni comuni, che sono soggette alle norme sulle locazioni stipulate dall'usufruttuario.

Se uno dei coniugi non è in grado di manifestare la propria volontà in modo duraturo o compie atti con inettitudine e frode, l'altro può fare istanza per sostenerlo nell'amministrazione e dovrà richiedere l'autorizzazione al giudice per compiere gli atti per cui è necessario il consenso del coniuge.

Se uno dei coniugi compie atti che eccedono il suo potere, l'altro può chiedere l'annullamento se non li ha ratificati.

Ciascun coniuge amministra i beni personali e può compiere atti di disposizione.

Se il coniuge non è in grado di manifestare la sua volontà in modo duraturo o mette in pericolo gli interessi della famiglia dissipando i beni personali o le entrate che ne derivano: su istanza dell'altro coniuge può essere privato dell'amministrazione e il coniuge o un amministratore giudiziale può sostituirlo nell'amministrazione.

Scioglimento della comunione

La comunione si scioglie (articolo 1441) per morte di uno dei coniugi, assenza dichiarata, divorzio, separazione giudiziale, separazione dei beni, cambiamento di regime patrimoniale.

Non può avere luogo continuazione della comunione nonostante patti contrari.

Ciascuno dei coniugi, a meno che abbia la colpa esclusiva, può chiedere che la data dello scioglimento della comunione sia riportata alla data in cui hanno cessato di abitare o collaborare.

Se per disordine negli affari o cattiva amministrazione o cattiva condotta di un coniuge il mantenimento della comunione mette in pericolo gli interessi dell'altro, questi può chiedere la separazione giudiziale dei beni. La domanda e la sentenza devono essere pubblicizzate secondo, il codice di procedura civile, e se il coniuge è commerciante, secondo l'ordinamento commerciale e annotate a margine dell'atto di matrimonio.

La sentenza produce gli effetti dal giorno della domanda. I creditori non possono chiedere la separazione dei beni ma possono intervenire in giudizio.

Se la separazione è pronunciata in frode di creditori, questi possono proporre opposizione di terzo.

I coniugi che presentano domanda congiunta di divorzio presentano la convenzione con gli accordi per lo scioglimento della comunione.

Negli altri casi di divorzio, i coniugi possono stipulare convenzioni per atto notarile.

Sciolta la comunione si procede alla liquidazione della massa.

Si stabilisce per ciascun coniuge un conto delle compensazioni che la comunione deve al coniuge o il coniuge alla comunione e le norme stabiliscono i criteri delle compensazioni e dei prelevamenti.

La massa si divide a metà fra i coniugi e questi provvedono a pagare i debiti secondo le norme stabilite dal codice.

PRESTAZIONI COMPENSATORIE

Il divorzio pone fine al dovere di assistenza salvo che sia pronunciato per rottura della vita comune, ma un coniuge può essere tenuto a versare all'altro delle prestazioni che per quanto possibile compensino la disparità che la rottura del matrimonio crea nelle rispettive condizioni di vita.

Le prestazioni compensatorie sono stabilite secondo bisogni del beneficiario e le risorse dell'obbligato tenendo conto della situazione al momento del divorzio e dell'evoluzione prevedibile in avvenire.

Il giudice deve tenere in considerazione (articolo 272):

- 1) l'età e la salute dei coniugi;
- 2) il tempo già dedicato e che dovrà essere dedicato alla educazione dei figli;
- 3) le loro qualificazioni professionali;

- 4) le loro disponibilità a nuovi impieghi;
- 5) i diritti esistenti e prevedibili;
- 6) l'eventuale perdita di pensione di reversibilità;
- 7) il patrimonio dopo la liquidazione del regime patrimoniale.

L'elencazione non è tassativa: possono essere considerati altri elementi non previsti nell'articolo 272, esempio: collaborazione della moglie nella professione del marito (Civ. 2°, 1° aprile 1987, «Bull. Civ.», II, 73). Rileviamo che le fattispecie corrispondono in linea di massima al diritto tedesco e spagnolo.

Non è espressamente prevista la considerazione della durata del matrimonio.

La prestazione compensatoria ha carattere forfettario e non può essere modificata anche in caso di cambiamento delle condizioni economiche di un coniuge, salvo che l'assenza di modificazioni provochi conseguenze di eccezionale gravità per uno dei coniugi.

Quando la consistenza patrimoniale lo consente la prestazione assume la forma di un capitale.

Il giudice decide sulle modalità di attribuzione del capitale e precisamente:

- 1) versamento di una somma in denaro;
- 2) rilascio di beni in natura, ma solamente in usufrutto (su accordo delle parti anche in proprietà - Civ. 2°, 18 marzo 1981). La sentenza opera come titolo di cessione;
- 3) deposito di valori fruttiferi a mani di un terzo incaricato di versare le rendite al coniuge beneficiario fino al termine fissato.

La sentenza di divorzio può essere subordinata al versamento del capitale o a costituzione di garanzia. Se il debitore non ha liquidità immediata può rateizzare il versamento in tre annualità.

In difetto del capitale viene liquidata un rendita che può avere la durata della vita del beneficiario o una durata inferiore, ed è indicizzata.

La rendita può essere fissata nello stesso ammontare per tutta la durata o con variazioni nei periodi successivi seguendo l'evoluzione probabile delle condizioni economiche e delle necessità dei coniugi.

Alla morte del debitore l'obbligazione si trasmette agli eredi.

Il giudice può imporre di costituire, indipendentemente dall'ipoteca legale o giudiziale, un pegno o una cauzione per garantire la rendita.

In caso di divorzio a domanda congiunta i coniugi presentano la convenzione con le modalità di pagamento. Il giudice può rifiutarsi di omologarla se stabilisce con iniquità diritti ed obbligazioni dei coniugi.

La convenzione omologata è titolo esecutivo e non può essere sostituita che da altra convenzione nuovamente omologata.

I coniugi tuttavia possono stabilire che su richiesta di uno dei due, il giudice modifichi le condizioni in caso di imprevisto mutamento di risorse o bisogni.

I trasferimenti dei beni a seguito di prestazioni compensatorie fanno parte del regime legale e non sono considerate donazioni.

Il coniuge che ha la colpa esclusiva nel divorzio non ha diritto a prestazioni compensatorie.

Tuttavia il giudice può liquidargli una somma a titolo di indennizzo, se la negazione delle prestazioni compensatorie si risolve in una grave ingiustizia, tenuto conto della durata della vita comune e' della collaborazione prestata all'attività dell'altro coniuge. In questo caso si tiene conto della durata della vita comune.

Il dovere di assistenza permane dopo il divorzio solo quando questo è pronunciato per rottura della vita comune (articolo 261). In caso di malattia mentale l'assistenza prevede anche le cure mediche.

Il dovere di assistenza si esplica con la pensione alimentare che può essere modificata con il mutamento delle risorse e dei bisogni.

Quando è possibile la pensione viene sostituita da una somma capitalizzata. Se questa diviene insufficiente, l'altro coniuge può nuovamente richiedere una pensione alimentare.

SPAGNA

Il Concilio di Trento segna una pietra miliare nella disciplina del matrimonio in Spagna.

In epoca anteriore il divorzio era ammesso per alcune cause e soprattutto per adulterio.

Dopo circa un anno dalla fine del Concilio, Filippo II con decreto reale 12 luglio 1564 abolì ogni forma di divorzio e proclamò rigidamente l'indissolubilità del matrimonio. Il principio doveva durare senza soluzione di continuità fino alla Seconda Repubblica instaurata nel 1931.

La legge 1° marzo 1932 ristabilì il divorzio in Spagna per colpa, alienazione mentale e separazione di fatto da almeno tre anni. Per quei tempi poteva considerarsi avanzata e fu abrogata all'avvento del regime franchista.

La costituzione del 1978 accolse il principio dello scioglimento del matrimonio e la legge 7 luglio 1981 introdusse nuovamente il divorzio in Spagna.

Rileviamo che la legge fu approvata nel 1981 a soli sei anni dalla morte del generale Franco mentre in Italia il divorzio fu introdotto nel 1970 dopo 25 anni dalla caduta di Mussolini.

La Spagna accoglie nella quasi totalità il principio del divorzio-rimedio; è previsto un solo caso di divorzio-sanzione.

È causa di divorzio la condanna passata in giudicato per aver attentato alla vita del coniuge degli ascendenti e dei discendenti (articolo 86 n. 5).

Il divorzio in Spagna può essere chiesto senza aver ottenuto la separazione giudiziale o consensuale, ma la domanda o la sentenza di separazione abbreviano il termine per ottenerlo.

Condizione essenziale è la cessazione effettiva della convivenza che corrisponde in linea di massima alla separazione di fatto, ma è un concetto più ampio; infatti l'articolo 87 prevede che possa sussistere la cessazione anche con il mantenimento della vita comune nel medesimo domicilio quando derivi per uno od entrambi i coniugi da necessità o da

tentativo di conciliazione o dall'interesse dei figli. Naturalmente la cessazione effettiva della convivenza deve essere intenzionale e non derivare da motivi di salute o di lavoro.

Il divorzio è previsto per:

1) cessazione effettiva della convivenza che duri ininterrottamente da almeno un anno dalla proposizione della domanda di separazione su istanza di entrambi i coniugi o di uno solo con il consenso dell'altro quando sia stata proposta dopo il decorso di un anno dalla celebrazione del matrimonio. Si richiede quindi:

a) che sia trascorso un anno dalla presentazione della domanda di separazione per mutuo consenso (su istanza di entrambi o di uno solo con il consenso dell'altro);

b) che la domanda di separazione sia stata presentata dopo che era trascorso un anno dal matrimonio;

c) che la cessazione effettiva della convivenza sia stata ininterrotta.

2) Cessazione effettiva della convivenza che duri ininterrottamente da un anno dalla domanda di separazione proposta dall'attore o da chi abbia formulato domanda riconvenzionale (per le cause di separazione previste dall'articolo 82) quando la sentenza sia passata in giudicato o quando, trascorso tale termine, non sia intervenuta decisione sulla prima domanda. Si richiede che:

a) sia stata depositata istanza di separazione da parte dell'istante o che vi sia stata domanda riconvenzionale per una causa prevista dall'articolo 82;

b) sia trascorso un anno;

c) la decisione sulla domanda sia passata in giudicato o che trascorso tale termine non vi sia stata alcuna decisione e che la cessazione effettiva della convivenza sia stata ininterrotta.

3) Cessazione effettiva della convivenza da almeno due anni:

a) dal momento in cui entrambi i coniugi abbiano prestato liberamente il consenso alla separazione di fatto. Si richiede quindi che la cessazione effettiva della convivenza sia durata ininterrottamente da almeno due anni; che la separazione di fatto sia avvenuta con il consenso liberamente prestato da entrambi i coniugi. Si intende liberamente prestato il consenso quando un coniuge richiede all'altro di prestarlo, avvertendolo espressamente delle conseguenze che ne derivano e l'altro coniuge non dimostri volontà contraria con qualunque mezzo ammesso in diritto o non presenta istanza di separazione o non richiede i provvedimenti provvisori entro il termine di sei mesi dalla richiesta del consenso. Nella legislazione spagnola un coniuge può presentare istanza per l'emanazione dei provvedimenti provvisori riguardanti i figli, la casa coniugale, l'assegno, il regime economico, eccetera anteriormente all'istanza di separazione o divorzio che deve essere depositata entro trenta giorni dall'emanazione dei provvedimenti provvisori.

Uguale norma vale anche per gli effetti: autorizzazione a vivere separati, revoca dei poteri conferiti, cessazione del potere di obbligare l'altro coniuge nell'esercizio della potestà domestica. Il termine decorre

da quando sussistono i due requisiti separazione di fatto e mutuo consenso alla separazione. Si discute in questo caso se separazione di fatto e cessazione effettiva della convivenza che come abbiamo visto è compatibile con il medesimo domicilio (per necessità, interesse dei figli, o tentativo di conciliazione) siano termini equivalenti. Il Valladares risponde in senso affermativo; sostiene infatti che sarebbe assurdo che i coniugi dovessero separarsi di fatto per un brevissimo periodo e potessero poi per le ragioni di cui all'articolo 87 ritornare nello stesso domicilio per fare trascorrere i due anni;

b) dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale. È il caso del coniuge esclusivamente colpevole che non ha presentato istanza di separazione o non ha formulato domanda riconvenzionale o questa non è stata ammessa in sentenza. Infatti se il coniuge avesse presentato istanza o formulato domanda riconvenzionale potrebbe fruire del termine di un anno di cui alla causa precedente (n. 2). Il termine decorre dal passaggio in giudicato della sentenza e non dalla domanda;

c) dalla dichiarazione di assenza di uno dei coniugi. Questa causa è in gran parte superflua perchè occorre già un periodo di tempo per ottenere la dichiarazione di assenza. Aggiungendo due anni di separazione di fatto l'*iter* diventa troppo lungo e il coniuge dell'assente può fruire di altre norme che abbreviano il termine;

d) quando chi chiede il divorzio dimostri che all'inizio della separazione di fatto l'altro coniuge era incorso in una causa di separazione legale. È evidente che la separazione di fatto è imposta unilateralmente da uno dei coniugi. Si richiede la cessazione effettiva ininterrotta da almeno due anni. Si richiede la prova che l'altro coniuge era incorso in una causa di separazione di fatto.

4) Cessazione effettiva della convivenza da almeno cinque anni.

È questa la causa che può essere addotta da chi non può fruire di altre cause di divorzio e non ha approfittato dell'istituto della separazione legale o del mutuo accordo per ridurre i termini.

Quando l'istanza di divorzio è presentata da entrambi i coniugi o da uno con il consenso dell'altro deve essere accompagnata dalle condizioni concordate tra le parti riguardanti i figli, la casa, l'assegno, il regime economico della famiglia.

Se dopo la domanda di divorzio interviene la riconciliazione questa deve essere espressamente dichiarata dalle parti.

Il divorzio viene pronunciato con sentenza che produce i suoi effetti dal passaggio in giudicato e non pregiudica i terzi di buona fede anteriormente all'iscrizione nei registri dello stato civile.

La legge spagnola prevede l'istituto della separazione legale, ma tiene conto della separazione di fatto che come vedremo produce effetti giuridici.

La colpa esclusiva è rilevante solo per allungare il termine per la richiesta del divorzio (due anni dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione o cinque anni di cessazione effettiva della convivenza).

Quando i coniugi sono d'accordo nel presentare istanza di separazione o nell'instaurare una separazione di fatto il termine per richiedere il divorzio è piuttosto breve (un anno per la separazione legale due anni per la separazione di fatto).

Anche nella legislazione spagnola come in quella tedesca l'accordo delle parti abbrevia il termine.

Ritengo quindi che sia il caso di prendere in esame una riforma in tal senso nella nostra legislazione.

La legge spagnola è piuttosto macchinosa e presenta un eccessivo numero di casi che interferiscono fra di loro: potrebbe essere alleggerita e semplificata.

È interessante la norma che consente di ottenere i provvedimenti provvisori anteriormente all'istanza di separazione o di divorzio.

Separazione giudiziale

La separazione può essere chiesta da entrambi i coniugi o da uno con il consenso dell'altro dopo che è trascorso un anno di matrimonio.

La domanda deve essere presentata con le condizioni concordate tra i coniugi.

L'istanza può essere presentata da un coniuge quando sussiste una causa di separazione.

Sono cause di separazione (articolo 82):

1) l'abbandono ingiustificato del tetto coniugale, la infedeltà coniugale, la condotta ingiuriosa o vessatoria o qualsiasi violazione grave o reiterata dei doveri coniugali. Non potrà essere dedotta come causa di separazione la infedeltà coniugale se esiste separazione di fatto liberamente accettata da entrambi i coniugi o imposta unilateralmente da chi la deduce;

2) qualsiasi violazione reiterata o grave dei doveri rispetto ai figli comuni o a quelli di un coniuge che vivono nella casa coniugale;

3) la condanna a pena detentiva per un periodo superiore a sei anni;

4) l'alcolismo, la tossicodipendenza, e le turbe mentali, sempre che l'interesse dell'altro coniuge o della famiglia esigano la sospensione della convivenza;

5) la cessazione effettiva della convivenza liberamente consentita durante sei mesi.

Si intende liberamente prestato il consenso quando un coniuge chiede esaurientemente di prestarlo all'altro coniuge, avvertendolo espressamente delle conseguenze relative e l'altro coniuge non dimostra volontà contraria con qualsiasi mezzo ammesso dal diritto o chiede la separazione o i provvedimenti provvisori entro il termine di sei mesi dalla suddetta richiesta;

6) la cessazione effettiva della convivenza per la durata di tre anni. Si tratta di separazione di fatto imposta unilateralmente;

7) qualsiasi causa di divorzio di cui ai numeri 3, 4, 5, dell'articolo 86 (cessazione effettiva della convivenza per due anni per cinque anni o attentato alla vita).

Presentata la domanda di separazione o di divorzio i coniugi sono autorizzati a vivere separati e cessa la presunzione della convivenza coniugale.

Sono revocati consensi e poteri che un coniuge abbia concesso all'altro.

Ricordiamo che ciascuno dei coniugi può compiere gli atti giuridici per fronteggiare le esigenze di carattere ordinario necessari alla conduzione della famiglia secondo gli usi del luogo e le circostanze.

Dei debiti contratti nell'esercizio di questa potestà risponderanno i beni comuni e quelli del coniuge che ha assunto l'obbligazione e in via sussidiaria quelli dell'altro coniuge.

A differenza del diritto tedesco e francese l'altro coniuge risponde solo in via sussidiaria per le obbligazioni riguardanti la conduzione della famiglia.

Con la domanda di separazione o di divorzio cessa la potestà di vincolare, salvo patti contrari, l'altro coniuge nell'esercizio della potestà domestica.

Ciascuna parte potrà richiedere l'annotazione a margine del registro civile o della proprietà mercantile.

Separazione di fatto

La separazione di fatto nella legislazione spagnola produce effetti giuridici.

Quando la separazione di fatto avviene per mutuo accordo cessa l'obbligo reciproco della convivenza e della fedeltà. Ricordiamo che la separazione di fatto per mutuo accordo consente ai coniugi di chiedere la separazione giudiziale entro sei mesi e direttamente il divorzio entro due anni. Se la separazione è imposta unilateralmente, cessa l'obbligo di convivenza e fedeltà per il coniuge abbandonato.

Questi può chiedere la separazione giudiziale e dopo un anno il divorzio (n. 1) o direttamente il divorzio dopo due anni.

Il termine sarà più lungo per il coniuge che ha imposto unilateralmente la separazione di fatto, trattandosi di coniuge con colpa esclusiva: due anni dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale o cinque anni di separazione di fatto.

La separazione di fatto per mutuo accordo o imposta unilateralmente esclude il coniuge dalla rappresentanza del coniuge assente e dalla tutela del coniuge interdetto. Per quanto riguarda i figli la separazione di fatto sospende la presunzione di paternità, conferisce la potestà parentale al coniuge con cui vivono i figli.

Il giudice salvo casi particolari affida i minori di sette anni alla madre e può concedere l'emancipazione ai figli dei separati (giudizialmente e di fatto) che hanno compiuto sedici anni.

Dal punto di vista patrimoniale il tribunale può conferire l'amministrazione dei beni comuni (*gananciales*) ad uno solo dei coniugi.

Si può richiedere lo scioglimento della *sociedad de gananciales* o del regime di partecipazione quando i coniugi siano separati di fatto per mutuo consenso o abbandono del tetto coniugale da più di un anno.

Il regime legale patrimoniale tra coniugi

Il regime legale patrimoniale tra coniugi in difetto di convenzioni o quando queste siano inefficaci è la *sociedad de gananciales*.

I beni dei coniugi devono essere destinati a far fronte ai gravami del matrimonio.

Quando uno dei coniugi viene meno al dovere di contribuire al mantenimento, il giudice su istanza dell'altro coniuge stabilisce le misure cautelari per garantire l'adempimento e gli anticipi necessari per far fronte alle esigenze future.

Quando un coniuge non abbia beni sufficienti, le spese necessarie per le cause che sostiene contro l'altro eccetto il caso di malafede e temerarietà, o contro terzi se la causa va a vantaggio della famiglia, saranno a carico del patrimonio comune o se manca questo dell'altro coniuge quando la posizione economica di questo impedisce l'ammissione al gratuito patrocinio.

Per compiere atti di disposizione della casa coniugale e del mobilio ordinario, anche se appartengono ad un solo coniuge si richiederà il consenso di entrambi o un provvedimento del giudice.

In caso di morte di un coniuge, gli oggetti che costituiscono il mobilio e le suppellettili si trasmettono al coniuge superstite senza essere conteggiati nell'eredità.

Nel regime della *sociedad de gananciales* cadono in comunione i guadagni e i profitti ottenuti indistintamente da ciascuno dei coniugi che saranno attribuiti a metà allo scioglimento della comunione. La comunione inizia o con il matrimonio al momento della celebrazione o posteriormente alla stipulazione delle convenzioni. Sono beni personali:

- 1) i beni che appartenevano al coniuge all'inizio della comunione;
- 2) i beni acquisiti in seguito a titolo gratuito;
- 3) i beni acquisiti a spese o in sostituzione di beni privati;
- 4) i beni e diritti patrimoniali inerenti alla persona e non trasmissibili tra vivi;
- 5) le somme ottenute a risarcimento dei danni alla persona o a beni privati;
- 6) vestiti, effetti personali, oggetti che non siano di straordinario valore.

La disposizione non riguarda gioielli, oggetti storici e artistici e altri di straordinario valore. Gli strumenti necessari per l'esercizio di una professione o ufficio salvo che siano parti integranti di uno stabilimento o impianto industriale comune. Gli strumenti professionali saranno sempre privati anche se acquistati con fondi comuni, ma la comunione diventa creditrice delle somme impiegate. Sono beni comuni (*gananciales*):

- 1) i beni ottenuti col lavoro e con l'industria di ciascuno dei coniugi;
- 2) frutti, rendite, interessi prodotti dei beni privati e comuni;
- 3) i beni acquistati con il patrimonio comune sia che siano intestati alla comunione sia che siano intestati a ciascuno dei coniugi;
- 4) le imprese e gli stabilimenti impiantati con beni comuni da ciascuno dei coniugi finchè è in vigore la comunione.

Se sono stati impiegati beni comuni e beni privati i beni acquistati apparterranno *pro indiviso* alla comunione e al coniuge in proporzione degli importi conferiti.

Sono a carico della comunione le spese derivanti da: il mantenimento della famiglia, il mantenimento e l'educazione dei figli.

L'educazione dei figli di un coniuge è a carico della comunione, se questi vivono sotto il tetto coniugale, in caso contrario è a carico della comunione con obbligo di reintegrare le somme alla liquidazione.

L'acquisto, il mantenimento e il godimento dei beni comuni.

L'amministrazione ordinaria dei beni privati di ciascuno dei coniugi, la conduzione degli affari e l'esercizio dell'arte e della professione di ciascuno dei coniugi.

I beni comuni sono destinati in caso di separazione di fatto a sostenere le spese di mantenimento ed educazione dei figli che siano a carico dei beni comuni.

L'amministrazione dei beni comuni spetta ad entrambi i coniugi salvo che sia disposto diversamente nelle convenzioni.

Per gli atti di disposizione a titolo oneroso dei beni comuni è necessario il consenso di entrambi i coniugi. Sono nulli gli atti a titolo gratuito senza il consenso di entrambi i coniugi.

Il tribunale può conferire l'amministrazione dei beni comuni ad uno solo dei coniugi quando l'altro si trova nell'impossibilità di prestare il consenso o ha abbandonato la famiglia o esiste separazione di fatto per mutuo accordo. La comunione si scioglie di diritto: per divorzio, separazione giudiziale, annullamento del matrimonio e cambiamento di regime patrimoniale su accordo dei coniugi.

La comunione si scioglie giudizialmente su istanza di uno dei coniugi:

1) se un coniuge è assente o interdetto o condannato per abbandono della famiglia o è dichiarato fallito, o i suoi beni sono stati assegnati ai creditori, e se il coniuge ha compiuto atti di disposizione o di amministrazione dei beni della comunione che comportino danno, pregiudizio o frode nei confronti dell'altro coniuge;

2) per separazione di fatto da più di un anno;

3) per mutuo accordo o per abbandono del tetto coniugale per inadempimento del dovere di informare sullo sviluppo e sui redditi delle attività economiche.

Si procede all'inventario dell'attivo e del passivo si effettuano i conteggi dei crediti e dei debiti della comunione nei confronti di ciascuno dei coniugi e le relative compensazioni, si pagano i debiti della comunione e si divide il residuo importo a metà.

Ciascun coniuge avrà diritto di pretendere che si includano nella sua quota:

1) i beni personali che non erano considerati privati;

2) le attività agricole commerciali e industriali che abbia creato con il suo lavoro;

3) il locale dove esercita la professione.

La legislazione spagnola, prevede su accordo delle parti, il regime della partecipazione che in linea di massima si ispira allo *Zugewinnge-meinschaft* della legislazione tedesca.

Gli accordi sulle condizioni della separazione e del divorzio riguardano:

- 1) l'affidamento dei figli;
- 2) modalità di visita del genitore non affidatario;
- 3) assegnazione della casa e del mobilio;
- 4) contributo dei coniugi alle obbligazioni che derivano dal matrimonio e garanzie relative;
- 5) liquidazione del regime patrimoniale;
- 6) assegno da corrispondere ad uno dei coniugi.

Gli accordi sono approvati dal giudice salvo che siano pregiudizievoli ai figli o a uno dei coniugi. Quando le parti non raggiungono un accordo, ammessa la domanda, il giudice pronuncia i provvedimenti provvisori e precisamente:

1) affida i figli tenendo conto del loro interesse, stabilisce se la potestà parentale debba essere esercitata *totalmente o parzialmente* da uno solo dei genitori e stabilisce le modalità di visita del coniuge non affidatario;

2) assegna la casa e il mobilio al coniuge che vive con i figli o se non vi sono figli al coniuge economicamente più debole, previo inventario e determina le eventuali misure cautelari;

3) fissa il contributo di ciascun coniuge al mantenimento della famiglia e determina le misure cautelari. Nel determinare il contributo si tiene conto del lavoro derivante dalla cura dei figli;

4) segnala i beni comuni che, previo inventario, devono essere consegnati all'uno e all'altro coniuge e le regole da osservare nell'amministrazione, nella disposizione e nel rendiconto;

5) stabilisce il regime di amministrazione e disposizione dei beni privati che per accordo o scrittura privata sono destinati a sostenere gli oneri che derivano dal matrimonio.

Nella sentenza di separazione e divorzio, il giudice, se le parti non hanno raggiunto un accordo o se questo non è stato approvato, confermerà o modificherà i provvedimenti provvisori riguardanti l'affidamento dei figli l'assegnazione della casa, il contributo al mantenimento la liquidazione del regime patrimoniale e le garanzie relative.

In sentenza verranno stabilite le modalità di versamento dell'assegno al coniuge e le garanzie relative.

IL DIRITTO AL MANTENIMENTO

Il coniuge a cui la separazione o il divorzio provoca uno squilibrio economico nei confronti della posizione dell'altro che implichi un peggioramento della situazione che aveva nel matrimonio ha diritto ad un assegno che si stabilirà nella sentenza tenendo conto delle circostanze seguenti (articolo 97):

- 1) accordi tra coniugi;
- 2) età e stato di salute;
- 3) qualificazione professionale e possibilità di accesso ad un impiego;

4) dedizione passata e futura alla famiglia; (si tratta di tenere conto del coniuge che si è dedicato non solo ai figli, ma anche ai lavori domestici);

5) collaborazione con il proprio lavoro alle attività commerciali, industriali e professionali dell'altro coniuge;

6) durata del matrimonio e della convivenza coniugale. Si distinguono i due concetti della durata del matrimonio e della convivenza effettiva che possono non coincidere;

7) perdita eventuale di un diritto alla pensione;

8) patrimonio mezzi economici e necessità dell'uno e dell'altro coniuge.

Non si tratta di un elenco tassativo, ma si può tenere conto di altre circostanze.

La formulazione della norma ha suscitato numerose critiche già durante i lavori preparatori.

Si è rilevato che si equipara il matrimonio ad una professione, che non si incoraggia il coniuge più debole a qualificarsi e a rendersi indipendente con un lavoro e si favorisce quindi il parassitismo.

Non è prevista come nel diritto tedesco alcuna limitazione nella misura e nel tempo ma questo si può giustificare con la diversa situazione socioeconomica della Spagna e con la maggiore difficoltà del coniuge più debole in genere la donna a inserirsi nel mondo del lavoro.

In sentenza si fisseranno le modalità per la corresponsione dell'assegno e le garanzie per il pagamento.

In qualunque momento si potrà convenire la sostituzione dell'assegno con una rendita vitalizia, l'usufrutto di determinati beni o la liquidazione di un capitale in beni o in denaro.

L'assegno potrà essere modificato quando intervengano sostanziali mutamenti nei redditi e nel patrimonio dell'uno o dell'altro coniuge.

Il diritto all'assegno si estingue per il venir meno delle cause che ne hanno dato origine, per nuove nozze o per convivenza *more uxorio* del beneficiario.

Il diritto all'assegno non si estingue con la morte del debitore.

Gli eredi dell'obbligato possono chiedere l'abolizione o la riduzione dell'assegno se il patrimonio ereditario non può soddisfare il debito o se è lesa la quota di riserva.

GERMANIA

Separazione

La separazione è così definita dal codice tedesco articolo 1567: i coniugi vivono separati quando tra di loro non esiste comunione domestica e uno dei coniugi non vuole palesemente ricostituirla perchè rifiuta la comunione di vita coniugale.

Devono sussistere due elementi costitutivi: la separazione della comunione di vita e l'intenzione riconoscibile di almeno uno dei coniugi di separarsi.

L'intenzione di separarsi perchè sia riconoscibile dall'esterno, deve desumersi dalle circostanze (se il coniuge lascia la casa e va ad abitare con il *partner*) e per evitare eccezioni e contestazioni sul termine iniziale dovrebbe essere dichiarata per iscritto o davanti a testimoni.

Così pure, per chiarire la situazione un coniuge dovrebbe invitare l'altro a riprendere la comunione di vita.

Il codice prevede che i coniugi possano vivere separati nella stessa casa.

La giurisprudenza è molto rigorosa ed esige case separate, assoluta separazione degli spazi anche comuni (cucina, bagno, *toilette*...) e la cessazione di ogni cura dell'altro coniuge anche in caso di necessità. Non sussiste separazione se i coniugi prendono i pasti assieme o se vi sono prestazioni di assistenza (lavare, pulire la casa... fare la spesa (Corte appello di Colonia) Fam RZ 1982, 807.

Se durante la separazione i coniugi tentano di riconciliarsi, tornano insieme per breve tempo e la riconciliazione non riesce, il decorso del termine non viene interrotto ed è possibile più di un tentativo.

Se uno dei coniugi lascia la casa di proprietà comune, può pretendere la metà di un adeguato canone di locazione dall'altro che rimane in casa.

Un adeguato compenso per l'utilizzazione della casa può consistere nell'assumersi tutte le spese e il pagamento degli interessi di banca (mutui ecc.), se non è possibile mantenere la separazione nella stessa casa, e nessuno vuole andarsene volontariamente, uno dei coniugi può chiedere giudizialmente l'assegnazione dell'abitazione e competente è il Tribunale della famiglia.

Se i coniugi non si accordano sulla divisione delle suppellettili, il Tribunale della famiglia decide sull'uso degli oggetti durante la separazione e può imporre di corrispondere un compenso per l'uso.

I rapporti di proprietà non possono essere cambiati perchè si tratta di regolamentazione provvisoria.

Il diritto al mantenimento spetta al coniuge che è in stato di bisogno; è basato sulle condizioni del patrimonio e del guadagno dei coniugi e sullo *standard* di vita della coppia. Non si considera la durata della vita comune.

La misura del mantenimento è stabilita da tabelle delle Corti di appello e si applica generalmente la tabella di Düsseldorf.

Se le condizioni economiche si basano solo sul reddito di un coniuge, all'altro competono i 3/7 del reddito netto del coniuge obbligato e se questi ha delle entrate patrimoniali, si deducono dalla quota.

Se entrambi i coniugi hanno un'attività lavorativa il coniuge che percepisce il guadagno minore, può pretendere i 3/7 della differenza tra i due redditi.

Il coniuge che non lavora può essere indirizzato a procurarsi il guadagno con un'attività, se è prevedibile che possa ottenerla tenendo conto delle sue condizioni personali in considerazione di una precedente attività e della durata del matrimonio e tenendo conto delle condizioni economiche di entrambi i coniugi.

Il dovere di intraprendere un'attività lavorativa è meno rigido che nel divorzio perchè non è stato ancora constatato il fallimento del matrimonio.

La giurisprudenza ha stabilito che il coniuge può assumere un'attività *part-time* quando il figlio ha compiuto otto anni (Corte suprema federale 1989 487 FAM RZ). Quando il figlio compie quindici anni il coniuge può assumere un'attività a tempo pieno.

Occorre anche considerare se vi sono servizi sociali per la cura del bambino, tenere conto del numero dei figli ed esaminare il caso singolo secondo le circostanze (Corte suprema federale FAM RZ 1982 148).

L'inserimento nel lavoro è più probabile, quando il matrimonio è stato di breve durata.

Clausola di durezza

Il mantenimento può essere diminuito o abolito se l'istanza è gravemente iniqua e precisamente: se un'attività svolta fino alla separazione è stata intenzionalmente abbandonata e se il coniuge ha tenuto un comportamento gravemente e palesemente contrario ai doveri.

E questo avviene ad esempio se uno dei coniugi contro la volontà dell'altro rompe il matrimonio e va a vivere con un *partner* o mantiene con lui una stabile relazione intima. È anche applicabile, l'articolo 1579 di cui parleremo in seguito.

Durante la separazione ciascun coniuge può chiedere il conguaglio anticipato dello *Zugewinn* se la separazione dura da almeno tre anni.

Sospensione dello Schlüsselgewalt

Con la separazione viene meno il potere di obbligare anche l'altro coniuge nel quadro dello *Schlüsselgewalt*, articolo 1357.

Lo *Schlüsselgewalt* (letteralmente «potere delle chiavi» si può definire il potere di amministrazione-conduzione della casa per il fabbisogno della famiglia che competeva alla donna e che ora spetta ad entrambi i coniugi.

Per le operazioni finanziarie sono obbligati gli aventi diritto; entrambi i coniugi anche se uno solo ha assunto le obbligazioni.

Si considerano inerenti allo *Schlüsselgewalt* le seguenti operazioni finanziarie:

- 1) fornitura di vitto e vestiario dei membri della famiglia;
- 2) acquisto di suppellettili e piccoli oggetti di arredamento;
- 3) ordinazione di lavori artigianali;
- 4) riparazione dell'automobile di famiglia;
- 5) fornitura di materiali di riscaldamento;
- 6) spese per l'educazione dei figli e per il tempo libero;
- 7) cure mediche ambulatoriali e ospedaliere e fornitura di medicinali per coniuge e figli;
- 8) cure mediche dell'animale domestico,

Il potere di obbligare l'altro coniuge non sussiste per spese inusuali di ammontare elevato in rapporto al tenore di vita dei coniugi.

Vi sono spese ed obbligazioni che non rientrano nello *Schlüsselgewalt*, ma che per il loro significato competono ad entrambi i coniugi

(contratti di assicurazione, locazione della casa coniugale, viaggi di vacanze, eccetera).

Qualsiasi accordo per l'esclusione o la limitazione della responsabilità non è opponibile ai terzi se non è portato a conoscenza con l'iscrizione in un apposito registro della pretura.

I *partner d'affari* devono esaminare a loro rischio se i coniugi vivono nella comunione domestica e decisivo è il momento della conclusione del contratto.

Nei contratti di somministrazione periodica è consigliabile avvertire della separazione l'azienda erogatrice e per altre obbligazioni (deleghe in banca, eccetera) il coniuge deve provvedere alla revoca.

In Germania non è previsto il divorzio-sanzione, che del resto in Italia è marginale e di scarsa applicazione.

Come nel diritto italiano il divorzio sul fallimento del matrimonio e cioè sulla separazione (nella legislatura tedesca separazione di fatto) e sul decorso del tempo.

Il consenso è rilevante per l'abbreviazione dei termini (da tre anni ad uno) per la presentazione dell'istanza. Abbiamo già detto che teoricamente il divorzio potrebbe non essere mai concesso per il perpetuarsi nel tempo delle condizioni previste dalla clausola di durezza. Si tratta di un'ipotesi del tutto eccezionale, anche per il modo macchinoso con cui è congeniata la clausola di durezza.

A differenza della normativa italiana, la separazione non è un istituto giuridico, ma una condizione di fatto. Il Tribunale della famiglia può intervenire sull'assegnazione della casa, dell'uso delle suppellettili e in materia di assegno.

Comunque se i coniugi si accordano sulle condizioni, la separazione può avvenire totalmente in via stragiudiziale e il termine iniziale è provato con dichiarazione scritta o con testimoni.

IL DIRITTO AL MANTENIMENTO

Fino al 30 giugno 1977 il diritto al mantenimento era in stretta connessione con il concetto di colpa.

Dopo l'entrata in vigore della riforma del divorzio che ha per fondamento lo *Zerrüttungsprinzip*, il diritto al mantenimento è fondato su altri criteri.

La legge prevede diverse condizioni e precisamente:

- 1) cura dei figli;
- 2) età;
- 3) malattia infermità (anche quando è iniziata prima del matrimonio);
- 4) disoccupazione;
- 5) formazione professionale;
- 6) motivi di equità.

Queste condizioni possono coesistere o subentrare l'una all'altra sì che in teoria il diritto può sussistere tutta la vita.

La legge entrata in vigore il 1° aprile 1986 ha apportato alla materia delle innovazioni in senso restrittivo di cui parleremo in seguito.

Il mantenimento è un problema molto complesso e delicato. In linea di massima non sussiste in un matrimonio in cui entrambi i coniugi hanno un'attività lavorativa, in una giovane coppia senza figli e dopo un matrimonio di breve durata.

Ma anche un matrimonio con entrambi i coniugi che guadagnano può avere questioni di diritto al mantenimento.

Cura dei figli. Dipende dal singolo caso se la cura è necessaria e se esclude la possibilità di lavorare. Dipende dall'età e dal numero dei figli e dalla situazione durante il matrimonio.

Una madre di un bambino in tenera età può continuare un lavoro *part-time*, se la cura durante il matrimonio era assicurata da altre persone.

Il coniuge divorziato può far valere il motivo della cura dei figli solo se il figlio gli è stato affidato con il consenso dell'altro coniuge o con provvedimento del giudice.

Il coniuge ha diritto al mantenimento se, pur essendosi impegnato alla ricerca di un lavoro e nonostante che si prospettasse la possibilità, non trova occupazione.

Il coniuge divorziato non è obbligato ad assumere qualsiasi occupazione, ma deve svolgere un'attività conveniente ed adeguata al suo livello.

Una segretaria con formazione professionale non deve lavorare come donna delle pulizie.

Determinante è il livello di vita durante il matrimonio in considerazione della durata e della cura dei figli.

Esempio: una donna che per venti anni ha collaborato in un'azienda di pasticceria con il marito, non è obbligata a lavorare come dipendente, ma può gestire un salone di cosmetici. (Corte suprema 1988 1145).

Nella prassi trova un ruolo importante il diritto all'aumento (mantenimento di aumento - *Aufstockungsunterhalt*).

Il coniuge divorziato che trova un'occupazione adeguata, ma non guadagna abbastanza da mantenersi, può pretendere la differenza dall'altro coniuge.

Questa pretesa non è incostituzionale.

Secondo la legge di riforma sopracitata, viene tolto all'obbligato il rischio di un mantenimento illimitato nel tempo, quando sarebbe gravemente ingiusto, in considerazione della durata del matrimonio e dell'impostazione della conduzione della casa e delle attività.

Secondo la nuova formulazione dell'articolo 1573 e dell'interpretazione data dalla giurisprudenza queste pretese possono essere limitate nel tempo se il matrimonio - compreso il periodo di cura dei figli dopo il divorzio - non ha avuto lunga durata.

La norma non precisa il periodo di tempo, le sentenze indicano dieci anni.

Se nel matrimonio o dopo, il beneficiario non ha dovuto prendersi cura di un figlio comune, se non vi sono motivi particolari che ostacolano una limitazione nel tempo. Esempio: in un matrimonio senza figli i coniugi lavorano entrambi e divorziano dopo cinque anni. Prima del divorzio uno dei due perde il lavoro per chiusura della fabbrica. La

durata del mantenimento è limitata nel tempo perchè la perdita del lavoro non deriva dal matrimonio.

Il legislatore non stabilisce la durata del periodo transitorio, perchè dipende dal singolo caso.

Si deve esaminare per quanto tempo i coniugi abbiano orientato la loro attività in reciproca dipendenza verso uno scopo comune.

Si deve esaminare di quale periodo di tempo l'avente diritto necessiti per adattarsi professionalmente alla nuova situazione.

In un caso (Corte d'appello di Francoforte 1986 683 Fam RZ) il matrimonio era durato quattro anni.

Alla moglie che non trovava lavoro venne concesso un periodo di ventuno mesi in cui per iniziativa e a spese dell'ufficio del lavoro frequentò una scuola privata per conseguire una specializzazione.

In caso di disoccupazione e di mantenimento di aumento non ha rilevanza il comportamento del coniuge, salvo casi gravi come vedremo in seguito.

Formazione professionale. Il coniuge che manca di una formazione professionale deve seguire con possibilità di successo corsi di formazione professionale, perfezionamento o scuola se vuole evitare la perdita del mantenimento e deve trattarsi di una formazione professionale riconosciuta.

Già dal 1977 esiste una clausola di durezza (articolo 1579) che esclude il diritto al mantenimento nei seguenti casi: breve durata del matrimonio (secondo la giurisprudenza meno di due anni o se del caso tre calcolati dal giorno della celebrazione all'istanza di divorzio, se i coniugi non hanno ancora impostato in reciproca dipendenza la conduzione della vita matrimoniale (BGH NJW 1986 2932) se il beneficiario ha commesso gravi reati non colposi nei confronti dell'obbligato e dei suoi parenti, se il beneficiario ha volontariamente provocato lo *status* di bisogno.

È prevista la possibilità di escludere il mantenimento per gravi motivi al di fuori di quelli contemplati nei casi sopraindicati.

Altri casi elaborati dalla giurisprudenza sono stati recepiti e ampliati dalla legge entrata in vigore il 1° aprile 1986.

La clausola di durezza negativa vale anche per volontaria trascuratezza degli interessi patrimoniali (preordinata distruzione di relazioni di affari); grave violazione dei doveri di mantenimento prima della separazione; per manifesto grave ed inequivocabile comportamento colpevole dell'obbligato.

Esempio: una donna si prende l'amante in casa, questi caccia il marito e vive *more uxorio* con la donna. Il marito non deve più passare mantenimento.

La clausola negativa di durezza può portare non solo alla abolizione, ma alla riduzione o alla limitazione nel tempo del diritto. In questo contesto è anche nuovamente regolato il diritto al mantenimento per cura dei figli.

Secondo la nuova legge può avere una riduzione del mantenimento anche il coniuge che ha la cura di un figlio comune «con salvaguardia delle esigenze di questi». Così è sicuro che la norma non pregiudica il figlio la cui priorità degli interessi è fondamentale e garantita.

MISURA DEL MANTENIMENTO

La misura del mantenimento si determina secondo lo *standard* di vita raggiunto durante il matrimonio.

E il reddito impiegato per soddisfare le necessità della vita al momento del passaggio in giudicato della sentenza di divorzio.

Se migliora il reddito dalla separazione al divorzio ne beneficia l'avente diritto, se peggiora si tiene conto della situazione precedente.

Se aumenta il reddito dell'obbligato dopo il divorzio solo eccezionalmente ne beneficia l'avente diritto e cioè solo se lo sviluppo era prevedibile con alta probabilità al momento del divorzio (BGH 1986 948).

Questa garanzia del mantenimento dello *standard* di vita matrimoniale ha portato conseguenze ingiuste.

La riforma del 1° aprile 1986 consente di ridurre il mantenimento ad un adeguato importo occorrente per vivere quando sarebbe gravemente ingiusto un illimitato mantenimento secondo lo *standard* di vita.

Secondo la giurisprudenza nei seguenti casi: se il matrimonio - compreso il periodo di cura di un figlio non ha avuto lunga durata - la norma non precisa il periodo, ma le sentenze sono concordi nell'indicare dieci anni. Se l'avente diritto non ha subito a causa del matrimonio pregiudizi gravi nella professione.

Non è rilevante il comportamento del beneficiario salvo il caso dell'articolo 1579 di cui parleremo.

Dopo un periodo transitorio il mantenimento viene ridotto ad un importo adeguato occorrente per vivere.

L'occorrente per vivere è superiore al minimo vitale e allo stretto necessario e non corrisponde al livello di vita prematrimoniale. Si tiene anche conto se il beneficiario senza il matrimonio avrebbe migliorato prevedibilmente le possibilità di guadagno.

Prima di calcolare il mantenimento si deve calcolare il reddito netto dei coniugi.

I tribunali si orientano secondo tabelle di Corti di appello e in particolare secondo le tabelle di Duesseldorf.

Matrimonio con due guadagni. Metodo della differenza

Se tutte e due i coniugi avevano un'attività lavorativa prima del divorzio chi guadagna meno riceve i 3/7 della differenza tra i due redditi.

La condizione determinante è che l'attività sia stata intrapresa durante il matrimonio e sarebbe stata intrapresa anche senza separazione (BGH 1984 213).

Matrimonio con un solo guadagno. Metodo della computazione

Se un solo coniuge aveva un'attività lavorativa durante il matrimonio il mantenimento viene conteggiato sulle entrate dell'obbligato.

Se il beneficiario intraprende un'attività dopo il divorzio l'ammontare viene dedotto dal conteggio.

Esempio: una donna lascia il lavoro dopo la nascita dei figli. Il marito guadagna 2.800 DM e le spetterebbero i 3/7 di DM 1.200.

Se intraprende un'attività dopo il divorzio e guadagna DM 1.400, il marito non deve più passare alcun importo perchè DM 1.400 vengono dedotti da DM 1.200.

Il metodo della differenza nel matrimonio a doppio guadagno è favorevole al beneficiario molto di più del metodo della computazione nel matrimonio a un solo guadagno.

Al contrario il matrimonio ad un solo guadagno è più favorevole all'obbligato. Manca però in questo caso l'incentivo del beneficiario a lavorare, perchè le entrate vengono dedotte dal conteggio.

Vengono presi in considerazione i redditi dell'obbligato a cui deve essere assicurata un'autosufficienza economica. Negli altissimi guadagni non si ricorre alle tabelle forfettarie, ma si tiene conto dello *standard* di vita ad elevati livelli.

I conteggi diventano complicati quando concorrono più coniugi e più figli e l'obbligato non può far fronte a tutti gli impegni.

Sono prioritari i diritti del primo coniuge specialmente dopo un matrimonio di lunga durata. L'obbligazione del mantenimento si estingue per cambiamento delle condizioni, nuove nozze, rinuncia al mantenimento o capitalizzazione dell'assegno.

L'obbligazione del mantenimento si trasmette agli eredi salvo che l'eredità sia incapiente.

Vedove e divorziate che non possono lavorare e hanno figli da curare possono percepire una pensione di allevamento se hanno versato sessanta mensilità di assicurazione.

I figli hanno un autonomo diritto al mantenimento che il genitore affidatario esercita come rappresentante legale nei confronti dell'altro genitore. Si applicano anche in questo caso delle tabelle forfettarie.

La legge del 1986 ha ridotto il diritto al mantenimento come in Italia la legge del 1987.

Si nota la tendenza a circoscrivere il mantenimento a situazioni limitate di impossibilità di lavorare del coniuge più debole.

La formulazione dell'articolo 5 è generica (non ha mezzi adeguati e non può procurarseli per ragioni oggettive). L'ordinamento tedesco dà invece una indicazione dettagliata delle varie condizioni.

Uno dei criteri fondamentali è di regolare il diritto al mantenimento in rapporto alla durata del matrimonio principio accolto anche dalla nostra legge.

Infatti si considera che se il matrimonio è di lunga durata, il coniuge più debole, in genere la donna, è più anziano, meno qualificato, ha più difficoltà di inserirsi nel lavoro e si è accentuato tra i coniugi un rapporto di interdipendenza e una soggezione del coniuge più debole a quello più forte.

Invece in un matrimonio di breve durata, il coniuge è giovane, inserito nel lavoro e quindi si riscontra un'autonomia economica.

Nelle ultime generazioni è sempre meno frequente la dipendenza di un coniuge dall'altro.

Questo concetto è anche espresso nella sentenza della Cassazione a sezioni unite.

Si legge infatti: «A sostegno del criterio assistenziale hanno giocato vari fattori: l'abbandono di una concezione patrimonialistica del matrimonio inteso come "sistemazione definitiva" perchè il divorzio è stato assorbito dal costume sociale... e l'incremento delle separazioni personali anche dopo pochi anni di matrimonio, per cui le giovani coppie atteggiano le loro aspettative nell'ambito di una reciproca autonomia economica».

La legislazione tedesca ha ridotto la durata del mantenimento nei patrimoni di pochi anni ad un periodo necessario per una specializzazione e per il reinserimento nel lavoro.

Il metodo della differenza favorisce il coniuge che ha già lavorato durante il matrimonio e il metodo della computazione penalizza il coniuge che inizia l'attività dopo il divorzio; al mantenimento illimitato è quindi ristretto in genere ai matrimoni di lunga durata e all'impossibilità di lavorare per ragioni di salute e di età.

La stessa cura dei figli, come abbiamo visto costituisce impossibilità per un periodo limitato e non in tutti casi.

È un criterio valido che stimola il coniuge all'indipendenza economica anche durante il matrimonio.

È però di facile applicazione in Germania, Paese altamente industrializzato dove il coniuge più debole ha maggiore facilità di reinserirsi nel lavoro.

Abbiamo visto che può rifiutare un'attività non adeguata, alla sua formazione, abbiamo visto in un caso che si è concesso un mantenimento di ventun mesi per seguire un corso di perfezionamento.

Ma in Germania il coniuge dopo il corso può contare sull'inserimento nel lavoro con sicurezza. Non altrettanto si può dire in Italia dove la ricerca di un'occupazione specialmente in alcune zone è molto difficile.

In Italia non si può rifiutare un lavoro e non si è sicuri di trovare un posto dopo aver frequentato corsi professionali.

Nè si può contare su servizi sociali efficienti come quelli tedeschi per la cura dei figli.

È quindi giusto incoraggiare i coniugi più deboli a mantenere l'occupazione durante il matrimonio o reinserirsi in un'attività dopo la separazione (anche perchè gli assegni sono largamente insufficienti).

È giusto che la donna ambisca all'indipendenza economica e realizzi la sua personalità nel lavoro ed è giusto combattere la mentalità parassitaria di farsi mantenere.

Occorre però che il coniuge sia aiutato da tutte le strutture sociali e che in tempi brevi possa reinserirsi in un'attività.

Il regime legale della Germania è lo *Zugewinnngemeinschaft* che entra in vigore se i coniugi non scelgono altro regime o non stipulano convenzioni matrimoniali (articolo 1363 e seguenti).

Si tratta di un regime di separazione di beni con la sola divisione dell'incremento del patrimonio.

Ciascuno dei coniugi è proprietario del patrimonio che aveva alla celebrazione del matrimonio e di quello che acquisisce e guadagna durante il matrimonio.

Ciascuno dei coniugi amministra il suo patrimonio in modo autonomo. Solo quando un coniuge deve compiere atti di disposizione di tutto il patrimonio o di un bene dell'amministrazione della casa, deve avere il consenso dell'altro coniuge.

Quando termina il regime dello *Zugewinn* (in caso di divorzio, annullamento, separazione da almeno tre anni su istanza del coniuge che chiede la fine anticipata, morte, eccetera) si prende in esame l'incremento del patrimonio di ciascun coniuge rispetto al patrimonio iniziale e, dedotti i debiti, il coniuge che ha avuto l'incremento più alto deve dare metà dell'eccedenza all'altro coniuge.

Il termine finale per la valutazione del patrimonio è il giorno della notifica del ricorso di divorzio.

Per il calcolo dei rispettivi incrementi occorre dare un valore in denaro al patrimonio iniziale e al patrimonio finale.

È difficile dare un valore al patrimonio iniziale e a questo scopo i coniugi al momento in cui entra in vigore il regime dovrebbero procedere all'inventario.

Si riscontrano molte difficoltà nello stabilire il valore delle aziende, delle partecipazioni ad imprese e delle attività professionali.

Devono essere anche conteggiate, nel patrimonio finale, per stabilire l'incremento, il capitale dell'assicurazione sulla vita che si valuta in base al diritto di riscatto, i guadagni al lotto e le somme a titolo di risarcimento del danno.

Per valutare il passivo è necessario chiarire i rapporti interni di ripartizione delle quote dei debiti comuni.

Come abbiamo visto per le spese di amministrazione della casa rispondono entrambi i coniugi anche se uno solo ha assunto l'obbligazione. La ripartizione dei debiti nei rapporti interni è rilevante per la valutazione del passivo. Il patrimonio iniziale deve essere rivalutato alla data della fine del regime patrimoniale, perchè con l'inflazione si avrebbe un calcolo falsato dello *Zugewinn*.

Esempio:

patrimonio di inizio (1970) DM 120.000;
indice 1970 100;
indice 1986 165;
 $DM\ 120.000 \times 165 : 100 = 198.000$;
patrimonio finale 250.000.

Lo *Zugewinn* è di $DM\ 250.000 - 198.000 = DM\ 52.000$.

Anche se i debiti sono superiori al patrimonio iniziale, questo viene sempre calcolato zero.

Vengono poi dedotte dal patrimonio finale le somme spese per estinguere i debiti.

Se il coniuge all'atto del matrimonio ha DM 10.000 di debiti e ha un patrimonio finale di DM 30.000, l'incremento viene calcolato in DM 20.000 perchè DM 10.000 sono stati impiegati per l'estinzione dei debiti.

Il coniuge non partecipa all'incremento di eredità, donazioni e beni dotati. Le somme acquisite durante il matrimonio a tale titolo sono conteggiate nel patrimonio iniziale per cui non sono calcolate nell'incremento.

Una rivalutazione di questi beni che non dipende dall'inflazione viene invece calcolata nello *Zugewinn*.

Un coniuge eredita un terreno agricolo di DM 50.000 che viene calcolato nel patrimonio iniziale.

L'area diventa fabbricabile per cui acquista un valore di DM 200.000. La rivalutazione di DM 150.000 entra nel patrimonio finale e quindi nello *Zugewinn*.

Nel patrimonio finale devono essere conteggiate le somme che sono state sottratte o dilapidate e precisamente: donazioni effettuate ad un terzo non corrispondenti a doveri morali:

- 1) beni patrimoniali dilapidati;
- 2) somme distratte con atti di disposizione nell'intento di pregiudicare gli interessi dell'altro coniuge.

La disposizione non si applica se il coniuge era d'accordo sulle donazioni o se le somme sono state distratte anteriormente a dieci anni prima della fine del regime patrimoniale.

In alcuni casi in via di eccezione il diritto alla compensazione è escluso in tutto o in parte perchè sarebbe gravemente ingiusto.

Per rilevanti violazioni, dei doveri che derivano dal matrimonio (Corte di appello di Düsseldorf NJW 1981 929) e se il coniuge beneficiario non ha per un lungo periodo adempiuto alle obbligazioni di carattere economico del matrimonio.

Su istanza di un coniuge il Tribunale della famiglia può dilazionare il pagamento del conguaglio se il versamento immediato può danneggiare le condizioni economiche dei figli.

La compensazione dello *Zugewinn* può essere adempiuta con il trasferimento di un bene patrimoniale. Come si vede si tratta di un istituto *sui generis* che non trova riscontro nel diritto italiano.

È un istituto che può trovare attuazione in Germania dove l'evasione fiscale è ridotta al minimo e i patrimoni non possono sfuggire alla valutazione.

Nell'ordinamento italiano incontrerebbe gravissime difficoltà di realizzazione pratica, per la facilità di occultare i patrimoni mobiliari (Bot, CCT, conti correnti, azioni...).

Esiste un istituto simile nel diritto spagnolo, ma si tratta di un regime convenzionale e non legale.

CONCLUSIONI

Dall'esame delle legislazioni è emerso che la tendenza moderna è il divorzio rimedio con riduzione del termine su accordo delle parti.

Solo la Francia pioniera del divorzio è rimasta ancorata al concetto della colpa anche se in pratica si ricorre al mutuo consenso.

Negli altri Stati la separazione legale non è condizione essenziale, ma si accede direttamente al divorzio attraverso la separazione di fatto o la cessazione effettiva della convivenza o, in Francia, per colpa o rottura della vita comune.

In campo patrimoniale Francia e Spagna adottano la comunione legale; la Germania ha un regime particolare di «difficile esportazione» praticabile nel paese per il rigoroso controllo dei patrimoni.

Il diritto al mantenimento è considerato in Spagna e Germania nell'ottica della possibilità di lavoro e guadagno in rapporto alla durata del matrimonio, in Francia è collegato al criterio tradizionale della responsabilità del fallimento del matrimonio.

Ritengo di particolare interesse le misure cautelari sui beni comuni e personali e la reintegrazione delle somme dilapidate o distratte in frode dell'altro coniuge.

Questi e altri temi possono essere approfonditi e discussi per l'introduzione nel nostro ordinamento.

Mi auguro che questa relazione possa portare un valido contributo allo studio dei problemi vari e che possano essere formulate proposte concrete in sede legislativa.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

1. L'articolo 155 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 155. - (*Provvedimenti riguardo ai figli*). - Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa.

In particolare il giudice stabilisce la misura e il modo con cui l'altro coniuge deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi.

Per il mantenimento dei figli - in presenza di un solo reddito -, la quota è del 10 per cento del reddito per figlio.

Qualora entrambi i coniugi producano reddito la quota di mantenimento è del 20 per cento, per ciascun coniuge. Le spese non prevedibili e di carattere eccezionale per i figli incombono sui genitori in misura del 50 per cento cadauno.

La cura dei figli affidati ha il valore del 20 per cento.

Il coniuge cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice. Salvo che sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi. Il coniuge cui i figli non siano affidati ha il diritto e il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli, o con cui convivono figli maggiorenni, ma non economicamente autonomi. L'ordinanza del giudice che assegna la casa familiare al coniuge affidatario della prole, può essere trascritta.

Il giudice dà inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi che l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori, il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale.

In ogni caso il giudice può per gravi motivi ordinare che la prole sia collocata presso una terza persona o, nella impossibilità, sia affidata al servizio sociale.

I coniugi hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni relative alla misura e alle modalità del contributo».

Art. 2.

1. L'articolo 156 del codice civile è sostituito dal seguente:

«Art. 156. - (*Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*). - Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge meno forte economicamente, quanto è necessario al suo mantenimento qualora non abbia adeguati redditi propri e qualora non instauri stabile convivenza di fatto.

L'entità di tale somministrazione è pari ai tre settimi delle entrate dell'obbligato, se l'altro coniuge svolge lavoro casalingo.

Se entrambi i coniugi svolgono attività lavorativa retribuita al coniuge con retribuzione inferiore spetta un'assegno di mantenimento che consenta di raggiungere la quota di tre settimi delle entrate dell'obbligato.

Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti.

Il giudice che pronunzia la separazione impone, se richiesto, al coniuge obbligato di prestare idonea garanzia reale o persona-

le per l'adempimento degli obblighi previsti dall'articolo 155.

Su richiesta dell'avente diritto, il presidente dispone il sequestro di almeno la metà dei beni del coniuge obbligato a versare l'assegno.

Il coniuge cui spetta la corresponsione periodica dell'assegno, dopo la costituzione in mora a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento del coniuge obbligato e inadempiente per un periodo di almeno trenta giorni, può notificare il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno ai terzi, tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato, con l'invito a versargli direttamente le somme dovute, dandone comunicazione al coniuge inadempiente.

Ove il terzo cui sia stato notificato il provvedimento non adempia, il coniuge creditore ha azione diretta esecutiva nei suoi confronti per il pagamento delle somme dovute gli quale assegno di mantenimento anche ai sensi dell'articolo 155.

Qualora il credito del coniuge obbligato nei confronti dei suddetti terzi sia stato già pignorato al momento della notificazione, il giudice dell'esecuzione provvede all'assegnazione e alla ripartizione delle somme tra il coniuge cui spetta la corresponsione periodica dell'assegno, il creditore procedente, i creditori intervenuti nell'esecuzione.

Lo Stato e gli altri enti indicati nell'articolo 1 del testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 5 gennaio 1950, n. 180, nonchè gli altri enti datori di lavoro cui sia stato notificato il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno e l'invito a pagare direttamente al coniuge cui spetta la corresponsione periodica, possono versare a quest'ultimo almeno la metà delle somme dovute al coniuge obbligato, comprensive anche degli assegni e degli emolumenti accessori.

Per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del creditore in

ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 155 e 156, su richiesta dell'avente diritto il tribunale convalida il sequestro dei beni del coniuge obbligato a somministrare l'assegno.

Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la modifica o la revoca dei provvedimenti di cui ai commi precedenti.

Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche a favore del coniuge separato consensualmente e dei figli ad esso affidati.

Il giudice determina anche un criterio di adeguamento automatico di rivalutazione dell'assegno di mantenimento, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria.

Il giudice, se richiesto, con la sentenza che pronuncia la separazione dispone che il tribunale provveda allo scioglimento della comunione dei beni e assume i provvedimenti necessari per la divisione di questi tra i coniugi.

La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818».