



CHE NE RESTA DELLA SEPARAZIONE LEGALE COME CAUSA DI DIVORZIO?

La proposta di modificare l'art. 3, n. 2, lett. b, l. n. 898/1970 e ammettere il divorzio diretto, senza necessità di passare per la fase intermedia della separazione legale, ha sempre suscitato un immediato e duro fuoco di sbarramento ideologico da parte di chi riteneva che il divorzio senza previa separazione legale fosse un attentato alla stabilità della famiglia legittima¹. Così la norma è rimasta invariata e ha continuato a richiedere la pregressa separazione legale durata per un certo tempo, senza accontentarsi di quella di fatto. Come pure è rimasta invariata la necessità di due distinti procedimenti giudiziari, prima quello per la separazione e poi quello per il divorzio, con l'ovvia conseguenza di maggior lavoro per gli avvocati e quindi maggiori costi economici per la parti, maggior lavoro per i tribunali, a mio avviso sostanzialmente inutile, e tempi molto più lunghi – spesso incubatori di conflitti – per giungere al risultato perseguito, lo scioglimento del matrimonio.

Ciò che non è mai riuscito per la via del diritto sostanziale, è invece inopinatamente riuscito per la via del diritto processuale: la legge delega per la riforma dei procedimenti civili, approvata nel novembre scorso, contiene una sorta di *abrogazione di fatto* della regola che vuole la previa separazione legale come causa di divorzio². Non solo, ma questa abrogazione di fatto ha avuto successo senza che sorgessero i soliti conflitti politico-ideologici: che i nostri politici non se ne siano accorti? O che alla necessità della previa separazione legale non creda più nessuno, ma ci siano remore ideologiche insuperabili ad ammetterlo esplicitamente? O che l'ascia di guerra sia stata sotterrata in nome di ragioni più forti della difesa della stabilità della famiglia legittima? Ma quali? Forse la garanzia di una maggior efficienza della giustizia, voluta dal PNRR, o la garanzia di una durata ragionevole del processo, voluta dall'art. 6 CEDU e dalla Corte di Strasburgo? Il

¹ Al periodo di separazione legale era attribuita la virtù di permettere alla coppia il ripensamento, nella prospettiva di favorire un'eventuale ripresa della convivenza. È noto a tutti che nella società d'oggi la funzione di periodo di ripensamento è invece svolta dalla separazione di fatto, non essendo certo necessaria l'autorizzazione del giudice per vivere separati.

² Devo la locuzione *abrogazione di fatto* a C. CECHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Q. giust.*, 2021, n. 3, 232.



dibattito che si svilupperà nei prossimi mesi, in vista della redazione dei decreti delegati, potrà forse dare qualche risposta.

Vediamo come si è arrivati a questa sorta di abrogazione di fatto. Siccome le prescrizioni della legge delega sono l'esito – che al momento appare finale, ma dubito lo sia davvero – di un lungo percorso, che ha progressivamente ridotto l'importanza e la peculiarità della separazione legale, è utile ripercorrerne brevemente le quattro principali tappe. Le prime due, di fonte giurisprudenziale, sono il risultato di prese di posizione assai ragionevoli della Corte suprema, che si sono immediatamente consolidate. Le successive due sono invece di fonte legislativa.

La prima tappa è stata l'affermazione che i doveri personali tra i coniugi si estinguono con la separazione legale. Ne consegue una sua *assimilazione* al divorzio che, pur ovviamente parziale, è molto significativa, perché tocca un aspetto di importanza centrale per giustificare l'esistenza stessa della separazione come distinta dal divorzio³.

La seconda, eminentemente processuale, è stata quella di stabilire che costituisce causa di divorzio anche la sentenza di separazione *parziale*, che giudica solo sull'intollerabilità della convivenza, mentre il processo continua per decidere sugli altri aspetti della lite⁴. Siccome la lite non verte mai effettivamente sull'intollerabilità, data la sua notoria e ormai pacifica soggettività⁵, questo orientamento ha prodotto una rilevante abbreviazione dei tempi per giungere al divorzio e ha tolto spazio alle tattiche processuali per allungarli a fine defatigatorio, se non addirittura ricattatorio.

La terza tappa è stata legislativa e consiste anch'essa in un'abbreviazione: la l. n. 55/2015 ha portato il periodo di tempo di separazione legale necessario per chiedere il divorzio da 3 anni a 6 o 12 mesi, secondo i casi.

A questo modo ciò che in precedenza poteva accadere, ma non era gran che frequente, è diventato frequentissimo, anzi statisticamente normale: dato che i 12 mesi sono un tempo largamente inferiore a quello di solito necessario per ottenere una sentenza di separazione giudiziale completa, cioè definitiva, il processo di separazione giudiziale e quello di divorzio si trovano molto spesso a essere pendenti contemporaneamente⁶. Questa sovrapposi-

³ Cass. 7 dicembre 1994, n. 10512.

⁴ Cass., sez. un., 3 dicembre 2001, nn. 15248 e 15279; la sentenza parziale dev'essere pronunciata anche d'ufficio: vd. da ultimo Cass. 26 luglio 2019, n. 20323.

⁵ Per la sua ammissione esplicita, la capostipite è Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099.

⁶ Si è sempre escluso che la pronuncia di divorzio facesse venir meno la materia del contendere del processo di separazione: uno dei tanti corollari della declamata differenza radicale tra divorzio e separazione, come pure tra divorzio e annullamento del matrimonio. La sua radice si trova in quella sorta di

JUS CIVILE



zione di processi – formalisticamente inappuntabile ma sostanzialmente assurda – è una delle conseguenze del sistema vigente, la cui irrazionalità mi sembra molto difficile da contestare. Non solo, ma genera anche il rischio di sovrapposizioni fra le decisioni provvisorie dei due giudici, quello della separazione e quello del divorzio, soprattutto in materia di assegni, tema sul quale la Corte suprema ha dovuto pronunciarsi più volte⁷.

Una così drastica abbreviazione dei termini porta anche a un'altra conseguenza della massima importanza sul piano fattuale: è raro che le condizioni esistenziali, economiche e psicologiche della coppia possano cambiare in modo significativo dal tempo della separazione a quello del divorzio. Questo rende molto più facile dare un assetto definitivo ai loro rapporti già al momento della separazione, cioè fin dall'inizio della controversia giudiziaria, collaborando efficacemente a ridurre il contenzioso fra le parti⁸.

La quarta tappa è giunta or ora e sembra essere quella che porta a termine, pur soltanto nei fatti e per via soltanto processuale, la soppressione del requisito della previa separazione legale per ottenere il divorzio: è contenuta nel comma 23, lett. *bb*) della legge delega n. 206/2021 per la riforma dei procedimenti civili⁹.

La possibilità tanto per il ricorrente quanto per il convenuto – e a maggior ragione per entrambi di comune accordo – di chiedere il divorzio già al momento in cui inizia il procedimento per la separazione affossa la duplicazione dei processi: ne risulta, finalmente,

“cordone sanitario” che per decenni la Corte suprema, con l'avallo di molta dottrina, ha teso intorno al divorzio, una delle tante manifestazioni della strana sopravvivenza sotterranea del principio indissolubilista.

⁷ La parte interessata – com'è noto – può chiedere la modifica delle condizioni economiche al giudice della separazione, il quale decide secondo l'art. 156, comma 7, cod. civ.; tale decisione è destinata a valere fino alla sentenza di divorzio che decide sull'assegno. Se invece la richiesta di modificare le condizioni della vita separata è presentata al giudice del divorzio, il quale decide secondo l'art. 5, comma 6, l. 898/1970, la richiesta di modifica non può più essere presentata al giudice della separazione.

⁸ Ricordo che l'assetto definitivo concordato dalle parti al momento della separazione e destinato nella loro intenzione iniziale a valere anche al momento del divorzio continua a essere pervicacemente osteggiato dalla Corte suprema, nonostante da molto tempo gran parte della dottrina sia dissenziente. Per un riesame critico delle argomentazioni della cassazione in proposito, rinvio da ultimo al mio *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, 770 ss.

⁹ Eccone il testo: «*bb*) prevedere che nel processo di separazione tanto il ricorrente quanto il convenuto abbiano facoltà di proporre domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponendo che quest'ultima sia procedibile solo all'esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale che abbia pronunciato la separazione e fermo il rispetto del termine previsto dall'articolo 3 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e che sia ammissibile la riunione dei procedimenti aventi ad oggetto queste domande qualora pendenti tra le stesse parti dinanzi al medesimo tribunale, assicurando in entrambi i casi l'autonomia dei diversi capi della sentenza, con specificazione della decorrenza dei relativi effetti».

JUS CIVILE



un processo *unico*, che si chiude con una sentenza *unica*, che decide tanto sulle condizioni della separazione quanto su quelle del divorzio e precisa la decorrenza dei relativi effetti. Se però la domanda di separazione e quella di divorzio sono presentate separatamente, è ammessa la riunione dei relativi procedimenti, purché pendenti davanti allo stesso tribunale.

Vediamo analiticamente la successione degli eventi nelle diverse procedure, per come appaiono dalla norma della legge delega: si tratta comunque di una delega assai articolata e quindi piuttosto stringente per il legislatore delegato.

La domanda congiunta di divorzio, formulata insieme con quella di separazione consensuale, è ancora *improcedibile* al momento della sua presentazione. Diventa procedibile dal giorno in cui il tribunale emana il decreto di omologazione, o il pubblico ministero dà il nulla osta all'accordo negoziato, o l'ufficiale di stato civile redige l'atto che contiene l'accordo delle parti.

In ogni caso resta necessario che siano trascorsi 6 mesi dalla data dell'udienza iniziale davanti al tribunale, o dalla data dell'accordo raggiunto con la negoziazione assistita, certificata dagli avvocati, o dalla data in cui l'ufficiale di stato civile ha redatto l'atto contenente l'accordo.

La domanda di divorzio di una parte contro l'altra, formulata insieme con quella di separazione giudiziale, è anch'essa *improcedibile* al momento della presentazione. Diventa procedibile con la sentenza parziale di separazione, che pronuncia solo sull'intollerabilità della convivenza e dev'essere emessa immediatamente (art. 709 *bis* cod. proc. civ.). Dato che ormai è pacifico che l'intollerabilità sia soggettiva e possa essere anche solo unilaterale, come già rilevato sopra, il processo non comporta alcuna effettiva istruttoria, sicché la sentenza parziale può essere emanata in un tempo molto breve; non solo, ma la sua impugnazione dev'essere immediata ed è decisa in camera di consiglio.

In ogni caso resta necessario che siano trascorsi 12 mesi dalla data dell'udienza iniziale.

Il procedimento di separazione può ovviamente continuare, ma le sue conseguenze patrimoniali sono effimere. L'assegno di mantenimento stabilito provvisoriamente secondo l'art. 156 cod. civ. è destinato a cessare, per essere sostituito dall'assegno di divorzio (art. 5, comma 6, l. n. 898/1970), sia con la sentenza che chiude il processo, sia prima, se durante il corso del processo per il divorzio ne viene chiesta la modifica¹⁰.

Mi sembra si possa ragionevolmente ipotizzare che per lo più le parti, magari per ri-

¹⁰ Ciò purché l'orientamento giurisprudenziale attuale, accennato alla nt. 7, sopravviva alla riforma.



sparmiare sulle spese legali, rinunceranno a proseguire il processo di separazione giudiziale, una volta ottenuta la sentenza parziale.

Ma allora che ne sarà delle controversie sull'addebito? La lite sulla scorrettezza delle condotte di un coniuge nei confronti dell'altro si sposterà dal processo di separazione, ove tali condotte possono determinare l'addebito e la conseguente perdita *totale* del mantenimento, a quello di divorzio, ove possono incidere solo *parzialmente*, sul se e quanto dell'assegno. Il criterio «ragioni della decisione» assumerà così un peso maggiore che in passato e sarà davvero *pari ordinato* agli altri criteri di cui all'art. 5, comma 6, l. n. 898, in coerenza con il recente orientamento della Corte suprema ¹¹. A questo modo la battaglia sulle condotte scorrette perderà la drammaticità attuale e forse potrebbe anche risultarne ridotta l'acrimonia della lite.

Gli eventuali trasferimenti di beni o impegni a effettuarli, concordati in sede di separazione, non potranno non essere considerati anche in sede divorzio, come comunque già avviene oggi per via interpretativa; oppure rinviati – ma ormai solo di qualche mese – al momento della pronuncia definitiva del divorzio.

L'affidamento dei figli è regolato già oggi dalle stesse norme, sicché la decisione presa in sede di divorzio sarà eguale a quella eventualmente presa in sede di separazione.

Merita ancora di essere segnalato che il comma 23 della legge delega, alla lett. *ll*), prevede «un unico modello processuale» per le tecniche specifiche di garanzia del pagamento degli assegni, prendendo come modello quello di cui all'art. 8 l. 898, e pone così fine all'assurda disparità delle regole vigenti in proposito: artt. 156, comma 6, 316 *bis*, comma 2, e 342-*ter*, comma 2, cod. civ.; art. 8, commi 3, 4 e 6, l. n. 898.

Con queste nuove regole processuali, che cosa diventa la separazione legale? Pur restando formalmente una causa – anzi *la causa* – di divorzio, si trasforma nei fatti in una semplice fase interna, al processo di divorzio, iniziale e soprattutto priva di un'effettiva autonomia quanto alla determinazione dello stato delle persone. Se non è ancora la formale abrogazione della causa di divorzio “separazione legale”, come disciplinata dall'art. 3, n. 2, lett. *b*, l. 898, nei fatti ben poco ci manca. E se la separazione legale non ha più questa funzione, è destinata a diventare rapidamente, salvo usi distorti, un istituto desueto, relitto del tempo che fu.

Un'ultima osservazione: dato il percorso che ha portato a questo esito con riguardo

¹¹ Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287: nel caso deciso il criterio che la Corte ha inteso valorizzare era quello del contributo personale ed economico dato alla vita familiare; tuttavia la proclamata *pari ordinazione* non può che riferirsi a tutti i criteri, quindi anche a quello delle ragioni della decisione.

JUS CIVILE



allo scioglimento del matrimonio, e data soprattutto la sua ultima tappa, è inevitabile che persista una diversità rispetto alla procedura per ottenere lo scioglimento diretto dell'unione civile (comma 24, l. n. 76/2016). Benché sia facilmente spiegabile sul piano storico e ideologico, è una diversità irrazionale e difficilmente giustificabile sul piano sistematico, che dovrebbe essere superata.

[LEONARDO LENTI].