

SEPARAZIONE PERSONALE DEI CONIUGI:

La riforma del 1975 del diritto della famiglia, attuata con la legge 19 maggio 1975 n. 151, ha costituito il risultato di una lunga elaborazione dottrinale che si è svolta soprattutto all'interno delle Commissioni parlamentari.

Gettando uno sguardo d'insieme alla riforma, sembra potersi rilevare che attraverso di essa si è finalmente consolidata la scelta costituzionale del modello unitario ed esclusivo di famiglia, definito, conformemente all'art.29 comma 1 della Costituzione, *“società naturale fondata sul matrimonio”*.

Si assiste ad un mutamento radicale della concezione della famiglia, trasformatasi da istituzione gerarchicamente organizzata in società tra uguali. I principi su cui la riforma del 1975 si basava furono, in particolare, l'uguaglianza tra uomo e donna e la cancellazione della contrapposizione tra filiazione legittima (figlio nato in costanza di matrimonio) e filiazione illegittima (figlio nato da genitori non uniti in matrimonio), in coerenza con l'art. 30 della Costituzione.

Con la legge si espunse dal codice ogni riferimento al “figlio illegittimo”, e i figli di persone non sposate tra loro venivano chiamati “figli naturali”.

Tuttavia, osservando la riforma da un punto di vista più generale, si nota come essa abbia investito l'intero campo del diritto di

famiglia: dall'atto di matrimonio, alle cause della sua invalidità, ai rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, alla loro separazione, dalla potestà dei genitori alle successioni.

Già nel 1970 con l'introduzione del divorzio, l'interesse alla stabilità e continuità del gruppo cessa di prevalere su un essenziale interesse individuale: quello a decidere di sé e del proprio destino.

Ma all'indomani della riforma del 1975 sembrava ad una parte della dottrina italiana, che il valore costituzionale dell'unità della famiglia fosse stato sacrificato a vantaggio di un disegno di tipo contrattualistico: il nucleo familiare si configurava come un gruppo sostanzialmente retto sul consenso dei due coniugi fondatori (si è infatti affermato generalmente che il matrimonio è atto di autonomia privata fondato sull' *affectio coniugalis*: *la volontà dei nubendi gli darebbe vita, creando così il vincolo matrimoniale*) e sulla composizione dei loro interessi individuali; la famiglia "privatizzata", cioè spogliata di elementi di interesse pubblico e del carattere di "istituzione", non poteva che obbedire ad una logica individualista.

È questo il fenomeno definito "privatizzazione del diritto della famiglia", che a partire dal 1975 può essere valutato sotto vari aspetti⁶⁶ (nel concordare l'indirizzo di vita familiare, nella disciplina della promessa di matrimonio, in sede di proposizione della domanda di annullamento, nel rapporto con i figli, nella eventuale fase di crisi coniugale).

La recente legge n.162/2014, in tema di negoziazione assistita per la soluzione della crisi coniugale, nonché la legge n.55/2015 introduttiva del cd “divorzio breve”, rappresentano un’ulteriore tappa nel processo di privatizzazione e contrattualizzazione delle relazioni familiari.

La riforma del 1975 del diritto della famiglia, pur conservando le due principali forme di separazione, consensuale o giudiziale, condiziona l’esperibilità dell’azione alla presenza di due nuovi requisiti: l’intollerabilità della convivenza o il grave pregiudizio per l’educazione della prole, a dispetto della colpa.

Si nota come siano recepiti gli indirizzi già contenuti nei progetti di riforma che furono avanzati in Parlamento a partire dal 1971.

In linea con le caratteristiche dell’istituto del divorzio, viene superata anche in tale sede la funzione sanzionatoria del fallimento matrimoniale e si inizia ad improntare la disciplina alla valorizzazione del consenso nei rapporti familiari; quando in concreto viene a mancare l’idoneità della famiglia a garantire l’armonico sviluppo della personalità, la dignità e le libertà dei familiari, cade l’interesse al mantenimento della sua coesione.

La separazione, non troppo diversamente dal divorzio, appare come un vero e proprio mezzo di tutela attribuito all’individuo contro l’intollerabile compressione dei propri diritti esistenziali, causata da una situazione familiare che ormai risulta compromessa.

Si manifesta dunque la tendenza ad accentuare la rilevanza del momento consensuale: quale fondamento del rapporto tra i

coniugi ma anche quale percorso da seguire per ridurre i traumi della disgregazione familiare. Questa linea di trasformazione è un chiaro esempio del citato fenomeno della privatizzazione del diritto della famiglia.

Ai coniugi spetta in via esclusiva il <<*diritto di chiedere la separazione giudiziale*>> o l'<<*omologazione della separazione consensuale*>> (Art. 150 c.c.); il diritto alla separazione è quindi considerato da parte della dottrina come un diritto potestativo.

Si offre al coniuge attore la possibilità di modificare lo stato coniugale attraverso l'attività unilaterale del soggetto che vi ha interesse e che esercita il diritto indipendentemente dalla volontà del coniuge contro cui la domanda è spiegata.

Si deve evidenziare che nella separazione giudiziale il coniuge attore realizza da sé il suo interesse, convenendo in giudizio l'altro (e quindi esercitando in modo pieno il suo diritto potestativo), mentre nella separazione consensuale il potere del coniuge ricorrente (nell'ipotesi più frequente che solo uno di essi abbia sottoscritto il ricorso) si attegga come pretesa in quanto suppone la necessità della cooperazione del soggetto passivo.

Tale diritto ha natura personalissima, e da questa derivano come corollari i caratteri della indisponibilità, intrasmissibilità, imprescrittibilità.

La disciplina della separazione consensuale è passata quasi intatta dal regime anteriore alla riforma del 1975 al diritto privato odierno. I coniugi possono decidere consensualmente di

separarsi, e cessare quindi la loro convivenza, regolando di comune accordo le pattuizioni in ordine al mantenimento e alla prole; di tale accordo entrambi i coniugi auspicano l'omologazione da parte del giudice. L'accordo coniugale è concepito dalla legge come il fatto costitutivo dello stato di separazione e di ogni altra sua determinazione.

Altri autori avevano ritenuto, in senso contrario, che sia il consenso che l'omologazione costituirebbero elementi *<<egualmente necessari e concorrenti rispetto all'instaurazione dello stato di separazione [...], l'esistenza dell'accordo dei coniugi non vincola il giudice, che potrà o no concedere l'omologazione [...].>>*.

La più recente dottrina sostiene che è l'accordo, e non il provvedimento del giudice, la fonte che determina le condizioni della separazione consensuale, muovendo dalla premessa che l'intervento dei giudici non è diretto a far valere un pubblico interesse ma assolve, a contrario, ad una funzione di controllo preventiva per superare ogni possibile contrasto durante il periodo di separazione.

In definitiva nella separazione consensuale gli accordi raggiunti dai coniugi, sia con riferimento a loro stessi che all'eventuale prole, sono soggetti alla mera omologazione del giudice, con funzione di controllo sulla legittimità e non sul merito.

Sicuramente speciale è il meccanismo di produzione degli effetti dell'accordo tra i coniugi (Art. 158 c.c.): in primo luogo per il fatto che questi sono subordinati al procedimento di controllo

giudiziale suddiviso in due fasi (la prima di fronte al presidente del tribunale dove i coniugi prestano il loro consenso, dopo che è stato esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione; la seconda culmina, ove non si ravvisino i presupposti per un diniego dell'omologazione, nel decreto del tribunale in camera di consiglio su relazione del presidente [vedi Art .711 c.p.c.]).

Da notare che a tale procedimento si affiancano oggi le nuove procedure semplificate di separazione e divorzio.

A questo punto è opportuno distinguere il consenso alla separazione dal consenso sulle "condizioni" di separazione.

Con quest'ultima espressione si fa infatti riferimento alle clausole dell'accordo con cui le parti creano obblighi di comportamento destinati a regolare i rapporti futuri nei momenti successivi alla separazione.

Il contenuto può essere assai vario, ma generalmente riguarda la corresponsione di un assegno di mantenimento, l'assegnazione della casa familiare, l'uso del cognome, le scelte relative ai figli come il genitore presso cui risiedere, i contributi per il loro mantenimento, le decisioni sulla loro istruzione e sulla loro educazione. Possono contenere anche ulteriori aspetti a carattere economico come la divisione di beni comuni o il trasferimento di beni di proprietà di un coniuge in capo all'altro. Si può dunque affermare che veri e propri contratti possono essere così inseriti nel verbale del giudice allo scopo di definire in maniera puntuale i singoli rapporti con il coniuge o con i figli.

La separazione consensuale è stata ritenuta da alcuni come uno dei momenti “più significativi della negozialità nell’ambito dei fenomeni familiari “.Peraltro in tale contesto l’autonomia dei coniugi pare spingersi oltre, in quanto assumono rilevanza non solo le pattuizioni inserite nel verbale di separazione, ma anche tutti gli accordi non trasfusi in quel testo: è stata infatti superata la posizione restrittiva assunta in passato dalla giurisprudenza secondo la quale ogni patto relativo alle condizioni di separazione doveva essere sottoposto ad omologazione.

Attualmente la giurisprudenza, seppur riferendosi esclusivamente agli accordi in sede di separazione e non anche a quelli in sede di divorzio, qualifica come contratti validi ed efficaci quelli con i quali un coniuge trasferisca o si obblighi a trasferire all’altro la proprietà di un immobile, o gli conferisca in godimento beni di sua proprietà.

Parimenti la giurisprudenza recente ammette la validità dei patti sottratti alla omologazione e aventi ad oggetto l’assegno di mantenimento del coniuge e dei figli, sempre considerati in precedenza come negozi aventi una necessaria sede processuale.

Il controllo giudiziale nel giorno dell’udienza è affidato al Presidente del tribunale.

Esso consiste nell’audizione dei coniugi che abbiano presentato ricorso, nel tentare di riconciliarli, nel redigere, se la conciliazione non riesce, un processo verbale, nel quale si dà atto, oltre che del fallito tentativo di conciliazione, dei contenuti essenziali dell’accordo coniugale (consenso alla separazione, condizioni

relative ai coniugi, condizioni riguardanti l'eventuale prole). Il controllo presidenziale non entra nel merito delle ragioni che hanno spinto i coniugi alla decisione, ma scende solo a valutare che il consenso sia stato prestato in maniera effettiva e spontanea.

Il Presidente procede poi a verbalizzare l'accordo; il successivo controllo del tribunale avviene in camera di consiglio su relazione del Presidente stesso.

A questo punto il collegio è invitato a prendere con decreto un provvedimento che dia efficacia ai patti. È chiaro che laddove i giudici abbiano notizia di vizi del consenso o ravvisino ragioni di illiceità per contrasto con "diritti inderogabili", dovranno rifiutare l'omologazione.

A contrario, se l'intervento giudiziale ha esito positivo, il decreto di omologazione rende efficace l'accordo di separazione già verbalizzato: quest'ultimo assume piena efficacia di titolo esecutivo, costituendo peraltro titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale al pari della sentenza di separazione giudiziale.

La separazione giudiziale, a differenza di quella consensuale, è pronunciata, su domanda di uno o di entrambi i coniugi, dal giudice, una volta accertato che si siano verificati fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole.

La parte potrà limitarsi ad addurre a fondamento della domanda solamente la sussistenza di tali fatti, invocando così la sola applicazione del primo comma dell'Art. 151 c.c., ma potrà anche

chiedere che il giudice dichiari a quale dei coniugi è addebitabile la separazione, conformemente alle indicazioni del secondo comma dell'Art. 151 c.c.

Dunque la rottura dell'unione si lega, nella separazione giudiziale, alla volontà unilaterale di dar vita allo stato di separazione legale contro le resistenze altrui (talvolta anche meramente passive; motivate da un perdurante affetto o da una morale religiosa forte), ovvero ad un contrasto che per motivazioni varie non trova un accordo sulla concreta regolamentazione dello stato di separazione.

L'accertamento dei fatti di cui al primo comma dell'Art. 151 c.c. è rimesso alla valutazione del giudice.

Per quanto concerne la valutazione operata dal giudice sulla intollerabilità della convivenza la dottrina si divide.

Una parte ritiene che il giudice debba verificare, con prudente apprezzamento, se i fatti dedotti si sostanzino in una violazione degli obblighi nascenti dal matrimonio, in quanto solo se sono tali si può giustificare la pronuncia di separazione giudiziale.

Altri autori invece propongono una lettura soggettiva, che valorizzi la volontà individuale nell'interruzione della convivenza.

A fondamento della valenza oggettiva dei presupposti si adduce il valore della unità della famiglia e la giuridicità del vincolo coniugale, la cui efficacia può essere modificata solo a fronte di circostanze che alterino la serenità del rapporto coniugale.

Si mostra a contrario più attenta all'individuo la tesi soggettivistica, la quale considera rilevanti anche fattori soggettivamente avvertiti come capaci di incidere negativamente sulla personalità, a prescindere dalla violazione dei doveri coniugali.

Tuttavia partendo dalla nozione di famiglia intesa come formazione sociale meritevole di tutela da parte dell'ordinamento se e in quanto è idonea a svolgere la funzione di garantire in ogni circostanza l'effettività e il pieno sviluppo della personalità dei suoi componenti, non può essere concepibile il ricorso a criteri oggettivi di valutazione, secondo il parametro dell'"uomo medio" e dell' "uomo normale".

È necessario precisare che il rispetto della sensibilità individuale del coniuge non rende comunque superfluo l'esame giurisprudenziale della domanda, da incentrare sia sull'esistenza dei fatti addotti dall'attore che sulla serietà della domanda; in difetto, si avrebbe una ingiustificata lettura abrogativa dei presupposti della separazione giudiziale.

La tesi soggettivistica trova recente conferma anche nella giurisprudenza di legittimità, che a contrario in passato aveva condiviso la tesi oggettivistica.

Diversamente, ha esclusiva valenza oggettiva il grave pregiudizio all'educazione della prole.

Ridotta è in questo caso la discrezionalità del giudice, il cui giudizio si ancora ad indici normativi determinati, che fanno capo all'interesse del minore, da valutare anche in relazione

all'efficienza causale di tale condotta sulla intollerabilità della convivenza.

Il II comma dell'Art. 151 c.c., prevede la possibilità di addebitare la separazione al coniuge che abbia determinato la situazione di intollerabilità. È sempre stata particolarmente controversa la questione relativa alla corretta interpretazione di tale inciso, che recita "Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio".

Inizialmente alcuni autorevoli autori sostennero che con tale previsione veniva ad essere reintrodotta, pur senza farne espressa menzione, la separazione per colpa.

Altri a contrario consideravano l'addebitabilità come un'ipotesi a carattere eccezionale ricordando che con la disciplina introdotta con la riforma del 1975, il presupposto della separazione è l'intollerabilità della convivenza, mentre la dichiarazione di addebito è meramente eventuale, potendo intervenire solo in presenza di espressa domanda e se ne ricorrono le circostanze.

Le polemiche circa l'istituto dell'addebito non risultano ancora sopite: a far tempo dagli anni '90, fino ad oggi, sono state diverse le proposte di legge volte ad eliminare l'addebito della separazione, in quanto ritenuto incongruente con le scelte compiute dal legislatore del '75.

Sul punto anche la dottrina continua ad essere divisa, ma gli orientamenti prevalenti sono concordi nel sostenere che la pronuncia con addebito non costituisca una forma di sanzione nei confronti del coniuge “colpevole” quanto, piuttosto, una indiretta riparazione del pregiudizio subito dall’altro coniuge.⁹⁵ Pertanto l’addebito è da considerarsi come una “modalità accessoria ed eventuale” della separazione, che comporta solo conseguenze dal punto di vista patrimoniale. Conforme a tali orientamenti si mostra anche la giurisprudenza di legittimità.

(Cass. 17 luglio 1997, n. 6566, in Fam. e Dir., 1998, 82, dove si afferma << [...] l’art. 151 c.c. costruisce un modello unitario di separazione, fondato sull’accertamento di presupposti oggettivi, rappresentati dalla sussistenza di fatti tali da integrare la suddetta situazione, rispetto al quale l’addebitabilità ad uno o ad entrambi i coniugi si pone come dichiarazione eventuale, da pronunciare nel contesto della separazione, ove ne ricorrano le circostanze.>>. Vedi anche Cass. 17 marzo 1995, n.3098, in Giur. It., 1996, I, 68, “la separazione con addebito non costituisce un modello autonomo e diverso rispetto a quello della separazione per intollerabilità della prosecuzione della convivenza: la dichiarazione di addebito non è altro se non una modalità accessoria ed eventuale della pronuncia di separazione”.

Ancora ai fini della addebitabilità della separazione occorre che l’atto nel quale si è concretizzata la condotta del coniuge convenuto, sia ricollegabile ad un comportamento doloso dello stesso.

Gli effetti dell’addebito della separazione sono due, ed hanno carattere patrimoniale: in primo luogo il coniuge che non abbia

adeguati redditi propri, al quale sia stata addebitata la separazione, non ha diritto al mantenimento (Art. 156, I comma, c.c.); egli conserva però l'eventuale diritto agli alimenti, qualora ne ricorrano i presupposti (Art. 156, III comma, c.c.). In secondo luogo tale coniuge perde anche i diritti successori nei confronti dell'altro, e avrà diritto soltanto ad un assegno vitalizio se, al momento dell'apertura della successione, godeva del diritto agli alimenti a carico dell'ex coniuge deceduto.

Lo stato di separazione legale è qualificato da una serie di conseguenze giuridiche. Tra queste, seguendo l'ordine del codice, si richiamano le conseguenze relative ai rapporti con i figli (Art. 155 c.c.) e le conseguenze relative ai rapporti tra i coniugi (Art. 156 c.c.): entrambe, per tradizione, si distinguono a loro volta in funzione della natura personale ovvero patrimoniale degli effetti.

Uno dei temi più dibattuti e più caldi che si collega agli effetti della separazione personale (e sul quale le nuove discipline di separazione e divorzio hanno acceso ulteriori interrogativi), riguarda la ricostruzione dei principi ispiratori e delle regole connesse agli obblighi di mantenimento tra coniugi nella crisi della coppia.

A tal proposito è necessario premettere che l'attuazione del principio di parità tra i coniugi come enunciato nell'art. 29 Cost., trova il suo più significativo riconoscimento nel carattere inderogabile del regime patrimoniale primario della famiglia. Per regime patrimoniale della famiglia si intende il complesso di regole, di fonte legale e negoziale, che disciplina le spettanze e i poteri dei coniugi in ordine all'acquisto e alla gestione dei beni; a

tal proposito si distingue tra regime primario, costituito dalle prescrizioni contenute negli artt. 143, 147, 148 c.c., e regime secondario quale corpo di norme che determinano una speciale condizione giuridica dei diritti patrimoniali acquistati da persone fisiche, in dipendenza del vincolo matrimoniale da cui queste sono legate.

Si deve osservare come il dovere di “contribuire ai bisogni della famiglia”, che ciascun coniuge è chiamato ad assolvere nella fase fisiologica del matrimonio (Art. 143, III comma), “in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo”, può persistere anche nella fase della separazione, trasformandosi nel dovere di corrispondere un assegno di mantenimento a favore del coniuge “che non abbia adeguati redditi propri” e “a cui non sia addebitabile la separazione”(art. 156, comma I).

Sul piano interpretativo l’art. 156, comma I, c.c. ha sempre dato luogo a notevoli incertezze, anzitutto con riguardo al problema di individuare un parametro di riferimento in relazione al quale commisurare l’adeguatezza dei mezzi del richiedente.

La chiave di lettura che l’interprete ha cercato di seguire è stata quella di stabilire se tra il dovere di contribuzione in costanza di matrimonio e quello di mantenimento nella separazione, si possa individuare o meno un’ideale soluzione di continuità, come sottolineato da alcuni autori.

Quest’ultimo orientamento trova, ormai da tempo, conferma nella giurisprudenza di legittimità, la quale ha affermato che nel

contesto della separazione si “instaura un regime che, a differenza del divorzio, tende a conservare il più possibile tutti gli effetti del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, il tenore e il tipo di vita di ciascun coniuge.

Più recentemente la Suprema Corte ha inoltre affermato che, ai fini della valutazione di adeguatezza dei redditi del soggetto che invoca l'assegno, il parametro di riferimento è costituito dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio; e che ad esso occorre riferirsi anche per individuare e definire la qualità delle esigenze e l'entità delle aspettative del richiedente.

È opportuno sottolineare che la parola “assegno” compare per la prima volta nell'art. 5 della legge sul divorzio del 1970, e che viene conservata a seguito delle modifiche introdotte con la legge 7 marzo 1987, n. 74.

Essa non è presente invece nell'art. 156 c.c. Tuttavia il termine indica appropriatamente, sia in tema di separazione che di divorzio, il carattere normalmente pecuniario dell'obbligo imposto ad una parte nei confronti dell'altra. La parola viene quindi correttamente usata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche riguardo alla separazione personale.

Infine, per poter ottenere l'assegno di mantenimento, il coniuge avente diritto deve proporre autonoma domanda giudiziale.

In questo contesto si pone anche un ulteriore problema: la possibilità per il coniuge di rinunciare all'assegno di mantenimento a lui riconosciuto con l'omologazione.

La separazione, infatti, non sciogliendo il vincolo matrimoniale, comporterebbe che l'obbligo di mantenimento previsto all'art. 156 c.c. debba intendersi come vera e propria continuazione del dovere di contribuzione previsto dall'art. 143 c.c., a cui sarebbe applicabile la regola della indisponibilità di cui all'art. 160 c.c.

A questo proposito si deve tuttavia rilevare che il legislatore ha qualificato espressamente come indisponibile solo l'obbligazione alimentare, mentre nulla ha disposto rispetto al diritto al mantenimento, osservazione dalla quale parrebbe derivare la disponibilità dello stesso.

Deve inoltre rilevarsi come non possa trovare in alcun modo applicazione la norma dell'art. 160 c.c., in quanto questa riguarda l'immodificabilità del solo regime primario della famiglia, che presuppone la coabitazione e la persistenza dell'*affectio coniugalis*, elementi che vengono meno con la separazione.

VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI FEDELTA' E ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE

La violazione del dovere di fedeltà coniugale nascente dal matrimonio è stata considerata, peraltro non univocamente e in ogni caso, presupposto legittimante dell'addebito della separazione. Ove l'infedeltà non sia causa della rottura dell'equilibrio coniugale, ma piuttosto conseguenza di una crisi avente i caratteri della irreversibilità, è stata ritenuta ininfluenza ai fini dell'addebito al coniuge infedele : *Cass. 21 settembre 2012*

n. 16089, per la quale “è escluso l’addebito della separazione al marito infedele perché la moglie non vuole avere figli da lui. L’inosservanza dell’obbligo di fedeltà non giustifica da sola una pronuncia di addebito della separazione quando una simile condotta è successiva al verificarsi di un’accertata situazione di intollerabilità della convivenza, tanto da essere non la causa della intollerabilità stessa ma una sua conseguenza”.

Conformemente alla ratio decidendi di controversie analogamente risolte, la relazione extraconiugale posta in essere dal coniuge non rileva quale causa di intollerabilità della convivenza e, dunque, non giustifica l’addebito qualora si giustifichi dalla situazione di crisi irreversibile del rapporto fra i due coniugi.

Nel caso esaminato dalla sentenza sopra indicata la moglie aveva dichiarato al proprio marito di non volere avere figli, dichiarazione che aveva determinato in lui un senso di frustrazione che lo aveva infine portato a cercare conforto in un rapporto sentimentale con altra donna.

La violazione dell’obbligo di fedeltà coniugale da parte del marito non è apparsa la causa determinante della crisi coniugale e, quindi, è stata ritenuta inidonea alla pronuncia di addebito. D’altro canto, dal punto di vista codicistico, i doveri matrimoniali di cui all’art. 143 c. c. non includono l’obbligo o il dovere di concepire figli, a differenza del diritto canonico.

Nel caso di specie è stato asserito non solo che le due condotte (la relazione extraconiugale del marito e la volontà della moglie di non voler procreare) non possono essere messe in correlazione, ma anche che entrambe s'inseriscono in un periodo in cui la crisi del matrimonio era tal punto irreversibile da rendere intollerabile la convivenza. L'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale, pertanto, non può giustificare, da sola, una pronuncia di addebito della separazione, qualora una tale condotta sia successiva al verificarsi di un'accertata situazione di intollerabilità della convivenza, sì da costituire non la causa di detta intollerabilità ma una sua conseguenza.

Quello della fedeltà è reputato sicuramente il dovere più rilevante e significativo tra gli obblighi coniugali ed è quello che, sebbene in apparenza assoluto, sembra aver perso, negli anni, non poco del suo originario e tradizionale significato. Il fondamento dell'obbligo è rintracciabile nella logica monogamica del rapporto coniugale, espressa dal dettato degli artt. 86 c. c. e 556 c. p. "al cui rispetto senz'altro è subordinato il riconoscimento giuridico di ciò che si atteggia come rapporto di coniugio.

Tale obbligo viene configurato come l'impegno gravante su ciascun coniuge a non tradire la fiducia in lui riposta dall'altro nello sceglierlo come unico compagno della propria vita. Inizialmente era inteso in senso restrittivo come "dovere di astensione" da relazioni sessuali con persone diverse dal proprio coniuge.

Ciò comportava un riflesso “negativo”, consistente nel divieto di intrattenere rapporti sessuali con terzi ed un riflesso “positivo” basato nel dovere di “prestarsi” e soddisfare le richieste sessuali del partner, quasi che ciascun coniuge potesse vantare una sorta di *ius corporis* sull’altro.

Oggi la posizione del dovere di fedeltà è mutata, collegata maggiormente al concetto di lealtà, nella sua accezione di dovere a non tradire la fiducia dell’altro; di rispettarne la dignità, nonché di astenersi da comportamenti incompatibili con la scelta di vita familiare già intrapresa, riferibile, perciò, non solo al coniuge ma all’intero nucleo familiare.

La nozione di fedeltà coniugale è stata, così, avvicinata a quella di lealtà, la quale impone il sacrificio di interessi e scelte individuali di ciascun coniuge che possono collidere con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro, abbandonando la visione quasi “riduttiva” che vede il dovere di fedeltà come astensione da relazioni sessuali extraconiugali, la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia, che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali rispetto a quelle imposte dal legame di coppia e dal “sodalizio” che su di esso si fonda.

Ne consegue, quindi, che l’obbligo di fedeltà è ora inteso come rispetto della fiducia e della dignità reciproca e come impegno a non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi.

Se, pertanto, il matrimonio deve essere inteso quale atto di creazione di una formazione sociale dalla comunione “spirituale e

materiale” dei suoi componenti, la fedeltà fonda uno dei parametri fondamentali del suo essere, quale dedizione fisica e spirituale di un coniuge nei confronti dell’altro.

Si abbandona il contenuto per così dire “minimo” di tale obbligo, legato solo all’idea sessuale, in favore di una definizione più ricca e vicina all’idea di matrimonio come rapporto, non di possesso, ma di scambio e unione.

Violazione del dovere di fedeltà e addebito:

Perché si abbia violazione del dovere di fedeltà il comportamento posto in essere da uno dei due coniugi deve essere “volontariamente” lesivo tanto della dignità personale quanto dell’onore dell’altro. L’inosservanza di tale obbligo rileva ai fini dell’addebitabilità della separazione e va posto in relazione ad un’accertata intollerabilità della convivenza della quale il tradimento sia stato il fattore scatenante o la causa principale.

Secondo il costante e unanime orientamento della giurisprudenza, la violazione del dovere di fedeltà rimane nella sfera dell’irrilevante, nei limiti cioè in cui sia stato accertato che la relazione extraconiugale non abbia inciso sulla vita familiare.

Ai fini di una possibile addebitabilità della separazione, è necessario, pertanto, che i comportamenti contrari ai doveri coniugali abbiano concorso al deterioramento dei rapporti di convivenza coniugale.

In tale contesto la violazione del dovere di fedeltà non può mai rilevare come autonoma causa di addebitabilità, ma solo in quanto sia determinante della rottura del rapporto coniugale e,

quindi, dell'intollerabilità della convivenza. L'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale, infatti, rappresenta una violazione particolarmente grave tale da determinare l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e, di conseguenza, giustificare l'addebito di colpa nei confronti del coniuge responsabile, sempre che nel periodo antecedente la condotta fedifraga il rapporto non fosse già in crisi.

Sulla stessa linea la posizione di chi ha stabilito il principio secondo il quale l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà coniugale può giustificare ex se una pronuncia di addebito della separazione esclusivamente nell'ipotesi in cui tale condotta sleale sia la causa dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza e non una conseguenza di questa.

Qualora, pertanto, il comportamento del coniuge "adulterino" si sia collocato nell'ambito di un rapporto di per sé deteriorato e ridotto a mera formalità, l'addebito non potrà essere pronunciato, essendo l'intollerabilità della convivenza preesistente e indipendente dall'infedeltà commessa.

Ai fini dell'addebitabilità della separazione il giudice, di conseguenza, dovrà accertare o che la frattura del rapporto coniugale sia stata provocata dal comportamento oggettivamente trasgressivo di uno o di entrambi i coniugi, sussistendo un rapporto di causalità tra detto comportamento ed il verificarsi dell'intollerabilità dell'ulteriore convivenza, o se piuttosto la violazione dei doveri coniugali sia avvenuta quando era già maturata una situazione di crisi del vincolo coniugale in un contesto caratterizzato da una convivenza meramente formale.

Deve, quindi, evidenziarsi che la dichiarazione di addebito della separazione implica la prova che l'irreversibile crisi coniugale sia ricollegabile esclusivamente al comportamento volontariamente e consapevolmente contrario ai doveri nascenti dal matrimonio; pertanto, in caso di mancato raggiungimento della prova che il comportamento contrario ai predetti doveri tenuto da uno dei coniugi, o da entrambi, sia stato la causa efficiente del fallimento della convivenza, legittimamente viene pronunciata la separazione senza addebito.

Il profilo attinente ai diritti – doveri dei coniugi rappresenta forse la pagina più problematica del diritto di famiglia.

Se nell'ambito della libertà contrattuale la posizione reciproca dei contraenti, dopo il perfezionamento del contratto, non è più quella di conformare il proprio comportamento alle aspirazioni personali del momento, bensì quella di onorare un rapporto al quale liberamente si sono assoggettati, analogo discorso potrebbe, quindi, valere per chi, altrettanto liberamente, si assoggetta al vincolo matrimoniale.

Il matrimonio rappresenta, dunque, l'atto fondante quella comunità di coloro che si uniscono stabilmente e della loro prole, creando un intenso vincolo, giuridicamente rilevante, di solidarietà reciproca tra tutti i componenti; la famiglia, che ne discende, non è una comunità di affetti purchessia, ma è la sintesi di relazioni giuridicamente vincolanti. I coniugi, dunque, sanno che celebrando il matrimonio conseguono corrispondenti diritti e si assoggettano a determinati doveri.

Tra questi il dovere di fedeltà consiste proprio nell'impegno a non tradire la "reciproca" fiducia, ovvero a non tradire il "rapporto di dedizione fisica e spirituale" esistente tra i coniugi; è un obbligo di devozione, che presuppone una comunione spirituale, volto a garantire e consolidare l'armonia esistente, ma anche una regola di condotta imperativa, oltre che una "direttiva morale" di particolare valore sociale: si articola in una serie complessa di comportamenti, di rispetto e di delicatezza, funzionali tutti alla realizzazione di una piena unità familiare.

La sua reiterata inosservanza, tanto più se attuata attraverso una stabile relazione extraconiugale, rappresenta una violazione particolarmente grave che, determinando normalmente l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza, deve ritenersi causa della separazione personale dei coniugi e, quindi, circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge che ne è responsabile, sempre che non si constati la mancanza di nesso causale tra infedeltà e crisi coniugale, mediante un accertamento rigoroso e una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi.

Il giudice dovrà, quindi, sempre valutare in quale misura la violazione del dovere abbia inciso sulla vita familiare, tenuto conto delle modalità e della frequenza dei fatti, del tipo di ambiente in cui si sono verificati e della sensibilità dei soggetti interessati. Quando la legge parla di doveri coniugali lo fa solo per tutelare l'unità familiare e non per comprimere la libertà del singolo. Se, quindi, è necessario che la violazione del dovere di fedeltà vada posta in relazione con l'accertata intollerabilità della

convivenza, viceversa, la scelta di un coniuge di non voler avere figli non può trovare giustificazione nella violazione del dovere di fedeltà da parte dell'altro coniuge.