

DISSOLUZIONE DELLA SOCIETÀ CONIUGALE: l'esame della colpa è ancora necessario?

George André Lando¹

Ivoneide Pereira de Alencar²

SINTESI

Il presente lavoro ha come obiettivo trattare l'esame della colpa nelle azioni corrispondenti alla dissoluzione della società coniugale, paragonandolo, altresì, brevemente, al sistema giuridico di dissoluzione della società coniugale italiano. Il sistema giuridico brasiliano di dissoluzione della società coniugale ha subito diverse modifiche dall'avvento della Costituzione Federale del 1988. Si osserva che le trasformazioni avvenute sono state dirette a facilitare il processo di rottura del vincolo coniugale, rendendolo più obiettivo e celere. Ancora si questiona, comunque, se la colpa per la fine del matrimonio deva essere discussa in occasione della separazione giudiziale. Tuttavia, quando la causa della rottura coniugale è decorrente dalla mancanza di affetto tra i coniugi, nessuno di loro dev'esserne considerato colpevole. Quando, però, uno dei coniugi dà causa alla separazione, in virtù dell'inosservanza dei doveri coniugali, esso dev'essere considerato colpevole, una volta che l'offesa a qualsiasi dovere coniugale configura atto illecito.

Parole-chiave: Separazione. Colpa. Affetto.

INTRODUZIONE

Nel sistema giuridico brasiliano, il Codice Civile del 1916 inizia ad avere vigenza senza fare previsione della possibilità di dissoluzione del vincolo coniugale, ossia, in Brasile, il matrimonio era ed è stato per molto tempo insolubile. L'impossibilità di dissoluzione del matrimonio si doveva all'influenza della Chiesa Cattolica, così come alla preoccupazione di conservare il patrimonio delle famiglie stesse e al patriarcato dell'epoca.

¹ Dottore in Diritto presso la Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Master in Diritto presso l'Universidade Paranaense – UNIPAR. Specialista in Diritto Civile e Processuale Civile presso l'Universidade Paranaense – UNIPAR. Laureato in Giurisprudenza presso l'Universidade Paranaense – UNIPAR. Avvocato. Professore Aggiunto del corso di Giurisprudenza della Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão – Facema. Professore Aggiunto del corso de Giurisprudenza dell'Universidade de Pernambuco – UPE (Brasil).

² Dottoranda in Educazione presso l'Universidade Católica de Brasília – UCB. Master in Economia presso l'Universidade Federal do Ceará – UFC. Specialista in Diritto Tributario, Educazione a Distanza, Salute Pubblica, Salute della Famiglia, Psicopedagogia Clinica e Ospedaliera e Docenza dell'Insegnamento Superiore. Laureata in Giurisprudenza, in Fonoaudiologia e Laurea in Pedagogia. Professoressa Assistente I del corso di Giurisprudenza dell'Universidade Estadual do Piauí – UESPI (Brasil).

La formazione della famiglia era limitata dal matrimonio, unica forma di famiglia riconosciuta come legittima. La dissoluzione era anche limitata dall'istituto della separazione (*desquite*), all'unico fine di realizzare la rottura della società coniugale, il che impediva gli ex-coniugi di contrarre nuovo matrimonio, nonostante avessero come stato civile, quello di separato.

Tuttavia, le rapide trasformazioni e il progresso che naturalmente occorrono nei rapporti familiari hanno imposto allo Stato la necessità di stabilire una legislazione più moderna, implicando nella creazione dell'istituto del divorzio, nel 1977, per consentire la rottura definitiva del matrimonio e dare opportunità a una nuova unione affettiva. Da allora, il sistema giuridico di dissoluzione della società coniugale passa per trasformazioni dirette a facilitare il divorzio.

Così, si è giunti al punto in cui il divorzio può essere richiesto amministrativamente, in qualunque momento, nell'interesse di ambedue i coniugi, senza la necessità di previa separazione. La facilitazione è così tanta, che oggi è più rapida la procedura per il divorzio che per la dissoluzione di unione stabile, la quale è caratterizzata dall'informalità. Inoltre, il riferito fenomeno è comune in altri sistemi. Si osserva che, in Italia, anche a passi lenti, la dissoluzione della società coniugale si avvia, altresì, verso la facilitazione.

Comunque, il sistema giuridico brasiliano, così come quello italiano, discute ancora, per mezzo della separazione giudiziale, la colpa. Il presente lavoro ha, pertanto, lo scopo di evidenziare i principali cambiamenti avvenuti nel sistema giuridico brasiliano e italiano di dissoluzione della società coniugale, così come analizzare determinate teorie che discutono l'esame della colpa nella dottrina brasiliana.

In questo senso, saranno trattati gli aspetti generali del sistema brasiliano di dissoluzione della società coniugale. Di seguito, nell'intuito di confrontare il sistema brasiliano e quello italiano, verranno presentate brevemente le due recenti leggi che modernizzano l'ordinamento di dissoluzione della società coniugale in Italia. Infine, si passerà allo studio della necessità o no dell'esame della colpa nel sistema di dissoluzione del matrimonio, attraverso l'analisi della responsabilizzazione civile del coniuge che offende i doveri coniugali; e anche attraverso l'apprezzamento del nuovo istituto brasiliano, denominato usucapione familiare, nel quale il coniuge che abbandona la casa è punito con la perdita della mezzadria dell'immobile familiare.

1 II SISTEMA BRASILIANO DI DISSOLUZIONE DELLA SOCIETÀ CONIUGALE

Il sistema giuridico di dissoluzione della società coniugale è stato modificato di recente dall'introduzione dell'Emenda Costituzionale n.º 66/2010, che ha alterato il § 6º dell'articolo 226 della Costituzione Federale del 1988, ritirando la necessità di osservarsi i termini di 02 (due) anni di separazione di fatto o 01 (uno) anno di separazione giudiziale/extragiudiziale per postularsi il divorzio diretto o indiretto, rispettivamente. Succede che, la riferita emenda ha dimezzato le opinioni rispetto al mantenimento o no della separazione giudiziale ed extragiudiziale nell'ordinamento giuridico, una volta che la redazione non è sufficientemente restrittiva nell'utilizzare l'espressione "può essere sciolta dal divorzio", senza chiarire che essa sarebbe l'unica maniera di dissoluzione della società coniugale. Pertanto, la riferita alterazione propiziata dall'emenda non impedisce che le coppie continuino a far uso della separazione giudiziale o extraconiugale, se così lo desiderano.

Considerando che si tratta di un'innovazione recente; di divergenti opinioni dottrinarie; e di limitate decisioni giudiziali sul tema, esiste la necessità di prendere una posizione a riguardo, ossia, per proseguire, è imprescindibile scegliere una delle correnti. Pertanto, bisogna ricordare che il divorzio stabilito dall'Emenda Costituzionale – divorzio senza un termine, si giustifica perché il contenuto dei rapporti coniugali compete unicamente ai coniugi, dunque, non spetta allo Stato dettare norme volte a difficolzare la risoluzione dei loro problemi amorosi, o di mancanza d'affetto, imponendo termini e procedure complesse che cagionano il prolungamento della discussione. Ai coniugi dev'essere data l'opportunità di esercitare l'autonomia privata per prendere la strada migliore nella soluzione delle questioni di tipo affettivo.

In questo senso, come la separazione non è stata espressamente revocata nell'ordinamento e, simultaneamente, dev'essere considerata l'autonomia privata dei coniugi di decidere per la procedura che giudicano più adeguata, si sceglie il mantenimento della separazione giudiziale e extragiudiziale, però, in maniera facoltativa, dovendo essere osservata come procedura previa al divorzio, se così i coniugi eleggono. In questo modo, i coniugi potrebbero utilizzare ciascuno dei modi previsti dalla legislazione, e dopo aver scelto la separazione, giudicata la richiesta, in qualsiasi momento potrebbero postulare la conversione in divorzio, una volta che non esiste più un termine da perseguire.

Fatti i chiarimenti sulla posizione adottata, s'inizia una rilettura della separazione e il divorzio nell'attuale ordinamento giuridico, senza interrompere l'osservazione dell'evoluzione in decorrenza della dottrina e all'attribuzione di valore giuridico all'affetto.

Pertanto, la separazione e tutte le sue tipologie non saranno trattate nel passato, come istituto giuridico storico che una volta ha già fatto parte del diritto brasiliano, anzi, saranno descritte nel testo seguente come procedura presente e attuale nel sistema giuridico.

La separazione giudiziale è una delle forme di dissoluzione della società coniugale prevista nell'inciso III dell'art. 2.º della Legge 6.515/77 e inciso III dell'art. 1.571 dell'attuale Codice Civile. Questa separazione giudiziale si divide in consensuale e litigiosa, essendo che la prima avviene secondo l'art. 1574 del Codice Civile, quando per mutuo consenso dei consorti, ed essendo loro sposati da più di 01 (uno) anno, manifestano dinanzi al giudice il desiderio di dissolvere l'unione; però, questa forma dispensa la prova della coppia di uno dei coniugi come requisito per la decretazione della separazione giudiziale. Lo stesso avviene nella forma extragiudiziale, a condizione che la coppia non abbia figli minorenni, o maggiorenni incapaci, secondo l'art. 1.124-A del Codice di Processo Civile.

La separazione giudiziale litigiosa si divide in separazione senza colpa, denominata anche separazione rimedio, e separazione con colpa o sanzione. La separazione giudiziale senza colpa ammette due possibilità, ossia, quella del coniuge provare la rottura della vita in comune da più di un anno consecutivo e l'impossibilità di riconciliazione, secondo l'art. 1.572, §1.º del Codice Civile; o, secondo il §2.º del riferito dispositivo, se l'altro è affetto da grave malattia mentale, manifestata dopo il matrimonio, che renda impossibile la continuazione della vita in comune. Questa specie di separazione si presenta "come soluzione mite, mirando a dar fine a un'unione che non offre più condizioni di sopravvivenza". (RODRIGUES, 2000, p. 205).

La separazione litigiosa con causa colposa, è anche denominata sanzione, una volta che il coniuge considerato colpevole, alla fine del tramite dell'azione, è punito con la perdita degli alimenti, almeno di quelli civili, nonché con l'impossibilità di mantenere il cognome dell'altro coniuge. Tale tipo di separazione elencava, nel revocato art. 317 del Codice Civile del 1916, le seguenti cause: I – Adulterio; II – Tentativo di morte; III – Sevizia o ingiuria grave; IV – Abbandono volontario della casa coniugale per più di due anni. Si trattava di un sistema di cause tassative, nel quale la legge enumerava "specificamente i casi in cui si considera il coniuge colpevole, non permettendo al giudice di analizzare il caso concreto" (CARVALHO NETO, 2005, p. 57). La funzione del giudice si riassumeva in inquadrare i fatti secondo le cause prescritte dalla legge. L'art. 5.º, caput della Legge n.º 6.515/77 (Legge del Divorzio), ha riportato, però, nella sua redazione, come cause per la richiesta di separazione giudiziale, l'imputazione a uno dei coniugi per condotta disonorevole o per qualunque atto

che implicasse in grave violazione dei doveri del matrimonio e, di conseguenza, che rendesse insopportabile la vita in comune.

In questo modo, si osserva che la Legge del Divorzio presenta un sistema aperto, nel quale le cause di separazione diventano relative, il che ha arrecato:

[...] un espressivo aumento del potere descrizionario dei tribunali, sia nella verifica di quello che deva essere considerato disonorevole nella qualificazione della condotta; e di quello che deva essere considerato grave nella violazione dei doveri coniugali; sia nell'arbitrio per determinare, in uno e nell'altro caso, quando avviene l'insopportabile vita in comune (CAHALI, 2000, p. 320).

A quanto pare, la Legge del Divorzio ha concesso poteri perché il magistrato decidesse se la condotta di uno dei coniugi rispetto l'altro, caratterizzerebbe una condotta disonorevole, o una violazione ai doveri coniugali, e, ancora, se tale condotta sarebbe capace di rendere insopportabile la convivenza della coppia, ossia, tale diploma ha ritirato dai coniugi il diritto di decidere privatamente quando determinate attitudini determinerebbero l'insopportabilità, requisito questo, sommato alla condotta disonorevole e/o a grave violazione dei doveri coniugali per la dissoluzione della società coniugale.

Succede che il legislatore ha riconosciuto l'importanza del testo del dispositivo sopracitato, e l'ha fatto costatare nell'art. 1.572 dell'attuale Codice Civile. Il legislatore, ha ancora tratto dall'art. 1.573 del citato diploma, le cause di separazione giudiziale descritte nel revocato art. 317 del Codice Civile del 1916, accrescendo un'altra causa, ossia, la condotta disonorevole prevista dall'inciso VI. La vigente enumerazione di cause dell'art. 1.573 non è, però, tassativa come l'antecedente, ha solo senso pratico, poiché secondo spiega Cahali (2000, p. 323) la “grave infrazione dei doveri coniugali viene identificata nella pratica di qualunque degli atti enumerati” nel riferito dispositivo. Inoltre, è possibile fare tale affermazione, poiché il paragrafo unico permette che altre cause non elencate dal dispositivo integrino anche la lista dei motivi per fondamentare la separazione giudiziale, a patto che dimostrata l'insopportabilità di convivenza della coppia.

In allusione all'articolo 1.572, *caput*, del Codice Civile, rispetto alla grave violazione dei doveri del matrimonio, Brum (1997, p. 46) intende che, “in determinate ipotesi, può anche caratterizzare una condotta disonorevole, a mio modesto sentire, è nel comportamento violatore dei doveri contenuti ” nell'art. 1.566 del Codice Civile.

Nell'intuito di confermare l'intendimento di Brum, Monteiro (1997, p. 207) ha interpretato così la condotta disonorevole:

Si censura, in primo posto, l'impiego della parola "condotta", che, nel senso di procedere, costituisce, secondo Cândido de Figueiredo, inutile gallicismo. Preferibile sarebbe stato il vocabolo "comportamento" o "procedimento" d'incensurabile *vernacularità*.

In secondo posto, inconsapevolmente, il legislatore ha voluto aggettivare la condotta, alla quale si riferiva, esigendo sia essa disonorevole.

Ebbene, il concetto di onore è vago, non essendo facile fissarlo con precisione, tanto nel dominio dell'etica come in quello della coscienza. In modo generale, l'onore può essere definito come un vivo sentimento della mostra dignità morale, che ci porta a non smeritarci, non solo dinanzi a noi stessi come dinanzi agli altri.

In questo senso, s'inquadrano come condotte disonorevoli l'uso di stupefacenti, pratica di crimine, oziosità, alcolismo, omosessualità, dimostrazione di sentimenti perversi, rifiuto di pagare debiti di famiglia, lenocinio, rapporto amoroso del coniuge con strani, insolvenza del coniuge, "infine, molte di quelle ipotesi che prima erano compendiate nella rubrica di ingiuria grave della giurisprudenza" (RODRIGUES, 2000, p. 220).

In queste condizioni, la violazione dei doveri del matrimonio e la condotta disonorevole alla fine si confondono, tanto che Cahali (2000, p. 394) afferma che la condotta disonorevole praticata da uno dei coniugi è uguale a un'infrazione dei doveri impliciti del matrimonio, però inesiste "un atto o azione diretta contro l'altro coniuge o la famiglia; si prescinde che l'infrazione sia diretta direttamente contro il coniuge o istituzione familiare, i quali sono colpiti solo per via riflessa," ossia, il coniuge che assume essere omosessuale, non viola nessuno dei doveri del matrimonio, eppure la sua condotta può essere considerata disonorevole all'altro coniuge.

Tuttavia, l'articolo 1.572 dell'attuale Codice Civile stabilisce, ancora, il requisito dell'insopportabilità della vita in comune, il quale è criticato da Rodrigues (2000, p. 221):

Quest'esigenza, a mio parere, è cattiva, non solo perché impone all'autore della richiesta la carica di provare la susseguente insopportabilità della vita in comune, come anche perché dà all'imputato la possibilità di contestare il fatto su allegazione che il suo adulterio, o ingiuria irrogata contro il suo consorte, o sevizia della quale è stato vittima, non hanno reso la vita in comune insopportabile.

In questo modo, non spetta al giudice giudicare se la pecca commessa dal consorte ha reso la vita coniugale insopportabile, poiché tale decisione deve partire dal consorte offeso, secondo Cahali (2000, p. 403), il quale chiarisce che "quello che provoca, in realtà, la dissoluzione della società coniugale, è quel malessere che nasce o nascerà in decorrenza della

pecca coniugale commessa; se non occorre questo malessere, nessuno dei coniugi avrà interesse di chiedere la separazione.”

Rispetto al divorzio, esso è stato adottato dal sistema giuridico brasiliano nel 1977, regolamentato dalla già citata Legge n.° 6.515/77, la quale stabiliva un termine di 05 (cinque) anni tra la separazione decretata in giudizio e la richiesta di divorzio. Tuttavia, con l'avvento della Costituzione Federale del 1988, il riferito termine per convertire la separazione giudiziale in divorzio è stato ridotto a 01 (uno) anno, così com'è stata creata la forma di divorzio diretta, sottomesso a un termine di 02 (due) anni dalla separazione di fatto (FARIAS; ROSENVALD, 2008). Si osserva che in qualsiasi delle forme di divorzio, sia diretto o indiretto, non si discute la colpa, poiché il termine dev'essere l'unico requisito da perseguire.

Posteriormente, per intermedio della Legge n.° 11.441/2007 è stato introdotto l'art. 1.124-A, nel Codice di Processo Civile, che fa riferimento alle forme di separazione consensuale e divorzio consensuale, attraverso scrittura pubblica, in sede amministrativa, indipendente da omologazione giudiziale, a patto che siano rispettati i termini legali, e che la coppia non abbia figli minorenni, o maggiorenni incapaci.

Infine, e secondo già menzionato, L'Emenda 66/2010 ha eliminato i requisiti vincolati ai termini, offrendo la possibilità, ai coniugi, di interporre la richiesta di divorzio diretto, indipendentemente dall'utilizzazione della separazione. Il che significa che, una volta celebrato il matrimonio, la coppia può richiedere il divorzio in qualunque momento, senza la necessità di far uso previamente della separazione. Il divorzio senza termine è frutto del crescente numero di studiosi e decisioni giudiziali che difendono la possibilità di decretazione della separazione giudiziale litigiosa in base alla mancanza di affetto, forma questa che non era prevista dalla legislazione. Secondo quel che è stato visto prima, i coniugi avrebbero potuto sciogliere la società coniugale attraverso la forma di separazione consensuale, dopo un anno di matrimonio; o separazione rimedio, dopo un anno di separazione di fatto; e separazione sanzione, dimostrando la colpa dell'altro coniuge. Non esisteva l'alternativa di separazione per mancanza di affetto. Comunque, il divorzio senza termine offre tale possibilità. Tuttavia, secondo l'intendimento preliminarmente, caso sia d'interesse della coppia, anche essendoci la facilitazione del divorzio senza termine, i coniugi possono scegliere per la separazione in qualsiasi forma prevista dalla legislazione.

2 A DISSOLUZIONE DELLA SOCIETÀ CONIUGALE NEL SISTEMA ITALIANO

Il sistema giuridico di dissoluzione della società coniugale imposto dal Codice Civile Italiano ha delle somiglianze con il sistema brasiliano. La prima è che la separazione, di per sé, scioglie unicamente la società coniugale, senza effetto sul vincolo matrimoniale – il che significa che la separazione fa cessare solo i doveri di fedeltà e domicilio coniugale e, allo stesso modo che avviene nel diritto brasiliano, impossibilita che i coniugi si sposino nuovamente. È opportuno chiarire che questa separazione non altera lo stato civile dei coniugi, che permangono denominati coniugi, ossia, si mantengono sposati, diversamente da quello che occorre in Brasile, dove gli ex-coniugi ricevono nuovo stato civile, quello di separati. Nei due sistemi, comunque, essi non possono sposarsi nuovamente finché non sia decretato il divorzio. In Brasile, la legislazione gli permette di costituire unione stabile.

L'art. 150 del Codice Civile Italiano prevede due forme di separazione giudiziale, ossia: la separazione litigiosa e consensuale. La separazione litigiosa è disciplinata nell'art. 151 e presenta un sistema generale. Nella prima parte del dispositivo, essendoci un fatto che renda insopportabile la convivenza, qualsiasi coniuge può richiedere la separazione litigiosa. Anche quando ambedue desiderano la dissoluzione, ma non arrivano a un accordo su determinate questioni, possono insieme interporre la riferita misura. Si osserva, in questo caso, che, per l'epoca, la legislazione italiana era più inoltrata di quella brasiliana, offrendo la possibilità di dissoluzione della società, senza la necessità di dimostrare una causa specifica (ITALIA, 2000).

Nella seconda parte del riferito dispositivo legale, a sua volta, si verifica la possibilità di dissoluzione quando provata l'offesa a qualsiasi dovere del matrimonio, i quali sono stampati nell'art. 143 del Codice Civile Italiano. Si tratta di specie somigliante alla separazione litigiosa sanzione del sistema brasiliano. In questi casi, dimostrata la colpa del coniuge offensore, questo è punito con la perdita del diritto alla guardia dei figli, così come alla maggior parte dei diritti successori (ITALIA, 2000).

La separazione consensuale è prevista dall'art. 158, avendo come requisito l'accordo di volontà dei coniugi e la necessaria omologazione giudiziale. Essendoci figli minorenni, o maggiorenni incapaci, l'accordo deve favorire i loro interessi, caso contrario, il giudice può rifiutare l'omologazione. Secondo detta la legislazione brasiliana, i coniugi che sono d'accordo sulla richiesta di separazione (giudiziale o extragiudiziale) devono attendere il termine di 01 (uno) anno di matrimonio. Si osserva che nella Legge Civile italiana non si esige lasso temporale (ITALIA, 2000).

Rispetto al divorzio, questo ha fondamento nell'art. 149 del Codice Civile Italiano, quando dispone che il vincolo coniugale si scioglie con la morte o altra causa prevista dalla

legislazione (ITALIA, 2000). Questo perché il divorzio è stato introdotto per la prima volta in Italia dalla Legge n.° 898/1970. Posteriormente, la legislazione è stata alterata dalle Leggi 436/1978 e 74/1987.

Nonostante si costati che la Legge Civile Italiana non prevede termini per la richiesta di separazione, sia consensuale, sia giudiziale, per interporre la richiesta di divorzio è necessario osservare determinati termini legali, i quali sono stati modificati dalla Legge n.° 55/2015, denominata Divorzio Rapido. La modificazione è avvenuta per la riduzione del lasso temporale tra la decretazione della separazione e del divorzio. Prima, i coniugi dovevano attendere il termine di 03 (tre) anni tra la separazione e il divorzio. Oggi il divorzio può essere richiesto dopo 01 (uno) anno, quando si tratta di separazione giudiziale, e 06 (sei) mesi dalla separazione consensuale, indipendentemente dall'esistenza di figli minorenni, o maggiorenni incapaci (CAMBONI, 2015).

Altro avanzamento sul tema divorzio è stata l'approvazione del do Decreto - legge n.° 132/2014 che ha consentito il divorzio consensuale extraconiugale, quando la coppia è d'accordo sulle questioni che coinvolgono la dissoluzione e non esistono figli minorenni (ACCOTI, 2014). Vale menzionare che, sebbene il sistema italiano di dissoluzione della società coniugale presenti degli avanzamenti, tuttora, può essere definito come conservatore quando paragonato al sistema brasiliano.

3 LA (IN) NECESSITÀ DELL'ESAME DELLA COLPA

Il cambiamento legislativo occorso con la sostituzione del Codice Civile del 1916 dall'attuale Codice Civile ha alterato il sistema legale della dissoluzione della società e del vincolo coniugale, senza sopprimere la colpa, ossia, questa è rimasta come presupposto per la separazione giudiziale litigiosa del tipo con colpa o sanzione. Secondo l'esposto nel topico anteriore, il Codice Civile del 1916 stabiliva il sistema di cause tassative, posteriormente revocato dalla Legge del Divorzio, che ha introdotto il sistema di cause generiche per la separazione giudiziale. Tuttavia, la legislazione vigente prevede un terzo sistema, il quale è chiamato misto, perché, appunto, copre i due antichi sistemi, il tassativo e il generico.

Così, le cause del sistema tassativo sono state enumerate nell'articolo 1.573 del Codice Civile, però, senza l'immobilizzazione del magistrato, il che significa che il giudice non è attaccato alle riferite cause, giacché la legislazione gli permette di considerare altri fatti che affrontino gravemente i doveri del matrimonio. Pertanto, secondo il sistema in questione, qualsiasi atto che cagioni la violazione dei doveri coniugali è motivo giustificatore per la

separazione giudiziale, essendo sufficiente che il coniuge offeso definisca come insopportabile il mantenimento dell'unione.

Nondimeno, la dottrina discorda della necessità del sistema di colpa per la separazione giudiziale e, pertanto, si colloca nel senso di sopprimere quei doveri coniugali ai quali manca l'interesse pubblico, ossia, che riguardano soltanto alla coppia. La fedeltà reciproca è uno dei doveri che, secondo parte della dottrina, non ha motivo di mantenersi come tale. Dias (2002, p. 479) garantisce che: "L'imputazione della colpa per l'inadempimento del dovere di mutua fedeltà non permette cercare il suo compimento durante la costanza del vincolo matrimoniale, concedendo solamente un diritto alla separazione." D'altro modo, si tratta di un dovere che, nell'intendimento dell'autrice, non è eseguibile, così come del suo inadempimento non decorre sanzione, diventando, unicamente, motivo per la separazione giudiziale. In modo simile, Lôbo (2004, p. 12) afferma che il dovere di fedeltà, che è stato già di grande utilità per assicurare il controllo dell'uomo sulla donna, sul patrimonio e sulla legittimità dei figli, ha perso l'importanza, e oggi è utilizzato come "[...] uno strumento di repressione sessuale e di rappresaglia di uno contro l'altro, quando il rapporto finisce."

I menzionati studiosi difendono che l'inosservanza dei doveri, da uno o l'altro coniuge, avviene quando l'unione coniugale è già alla fine, senza ragione, pertanto, l'identificazione del colpevole per il fallimento dell'unione. Non ci sarebbero colpevoli per la fine dell'unione, poiché questa è motivata dal termine dell'amore sessuale dei coniugi. In questo senso, Farias (2003, p. 71) chiarisce che: "Frustrate le attese di felicità e realizzazione comune, il fallimento del rapporto è accompagnato da tradimenti (nel più ampio senso dell'espressione), ingiuria grave, sevizie, lesioni ecc." Per l'autore, l'affetto esistente tra i coniugi termina prima della mancanza dei doveri, quindi non sarebbe giusto imputare all'offensore la colpa per l'insuccesso del rapporto.

Tuttavia, considerando il presente sistema di dissoluzione coniugale, dove l'inesistenza di affetto e la manifestazione della volontà da parte di uno dei coniugi sono sufficienti per postulare la richiesta di divorzio, pare essere giustificata la responsabilizzazione civile di quello che affronta i doveri coniugali, poiché nel farlo, commette un atto illecito.

È opportuna una migliore precisazione sulla questione. Il divorzio senza termine ha dato la possibilità ai coniugi di sciogliere il matrimonio senza i dissapori che sono propri della separazione litigiosa, oltre a rendere il processo più celere e, in questo senso, realmente, non c'è alcuna ragione di punire i coniugi perché non vogliono rimanere sposati. Dinanzi ai vantaggi stabiliti ai coniugi infelici, però, è chiaro che il fallimento del matrimonio non deve

essere accompagnato dall'infrazione dei doveri coniugali, ossia, il coniuge che ha smesso di amare ha delle scelte. Tuttavia, quando esso sceglie l'infrazione dei doveri coniugali, commette atto illecito, capace di essere responsabilizzato – dimostrata la colpa.

Intendimento idealizzato anche da Madaleno (2001), il quale concorda che la mancanza di affetto tra i coniugi è l'unica causa per la dissoluzione del matrimonio, senza, per ciò, la necessità di responsabilizzazione, poiché essa, quando esigita, affronta il principio della dignità della persona umana, una volta che obbliga uno dei coniugi a costituire prove contro l'altro per liberarsi da un rapporto senza amore, particolarmente quando i coniugi sono costretti a continuare uniti, senza alcun affetto, semplicemente perché nessuno dei due è mancato ai doveri coniugali:

Vanno sul senso contrario della modernità e dei principi costituzionali che guidano la dignità della persona umana, i giudicati che condizionano il decreto separatorio all'inesorabile prova della colpa del coniuge azionato, sottoponendo gli sposi a vivere almeno nel suo soggettivo stato di sposati, se è deficiente la prova processuale della colpevolezza (MADALENO, 2001, p. 157).

Si osserva che, l'intendimento dell'autore citato è corrispondente al sistema giuridico di dissoluzione della società coniugale anteriore all'Emenda costituzionale n.º 66/2010, quando i coniugi non avevano la scelta del divorzio senza termine e dovevano provare una colpa che non esisteva per sciogliere l'unione. Nel senso commentato dall'autore, si concorda che la colpa non deva essere utilizzata come elemento per giustificare la volontà di sciogliere il matrimonio. Pertanto, vale affermare che l'esame della colpa configura pratica abusiva e oltraggiante quando esigita dall'ordinamento giuridico brasiliano per la dissoluzione del matrimonio, però, s'intende come equivocata la generalizzazione che la colpa deva essere considerata conseguenza della fine del rapporto amoroso. L'infedeltà non appare solo quando l'affetto è finito, in verità, sono molte le ragioni che motivano l'occorrenza dell'infedeltà e, non per questo, si giustifica la pratica di tale comportamento.

Il fatto è che devono esserci tante ragioni per l'adulterio quanto esistono persone in esso impegnate. Alcune c'includono l'insoddisfazione con il rapporto matrimoniale, il vuoto emozionale, necessità di varietà sessuale, incapacità di resistere a nuove opportunità sessuali, rabbia contro il compagno, non essere più innamorato, uso di alcol e droghe, crescita disuguale, desiderio di vedere il compagno ingelosito... solo per citarne alcune. Alcune persone affermano persino che gli esseri umani semplicemente non possono mantenere rapporti sessuali monogamici a lungo perché *questo non è naturale* (LAYTON-THOLL, 2006).

Vannuchi (2003, p. 44), “difende gli uomini nel mostrare che la natura umana non è la monogamia”, ossia, i casi extraconiugali dell’uomo, non lo portano a cessare di amare sua moglie, essendogli possibile mantenere un matrimonio felice e, allo stesso tempo, avere varie amanti. Viera (2003, p. 22), però, non crede che i rapporti sessuali monogamici non vadano bene a causa della natura umana, al contrario, afferma che “ l’adulterio e l’infedeltà sono scelte che il coniuge fa, non un’imposizione biologica.”

Comunque, indipendentemente se l’ipotesi della motivazione biologica è corretta o no, il fatto è che le ragioni per l’infedeltà sono innumerevoli, così come per l’affronta agli altri doveri coniugali, e non si limitano solo alla fine dell’affetto tra i coniugi. L’inosservanza dei doveri, quando esiste ancora l’amore della coppia, rende la condotta dell’offensore più grave, il che assoggetta la necessità di comprovare la colpa per l’infrazione, caso contrario, non ci sarebbe ragione perché il legislatore elencassi i doveri coniugali, i quali sono legati ai principi fondatori dell’ordinamento giuridico; la dignità della persona umana, l’onore, la monogamia, tra altri.

In questo modo, dinanzi a tali argomenti, è opportuno trascrivere la soluzione democratica inserita da Carvalho Neto (2005, p. 59-60):

Nel nostro modo di vedere, si deve sempre permettere la separazione non colposa, attenendosi al fatto che nessuno deve essere obbligato a convivere con chi non ama più o che non ha mai amato. E si deve permettere alla vittima di una grave violazione di uno dei doveri del matrimonio (v.g., adulterio) la separazione colposa, con l’obbligo al coniuge colpevole di pagare alimenti all’innocente, d’indennizzarlo, tra altre sanzioni.

Si osserva che l’autore ha anche il suo intendimento legato all’antico sistema di dissoluzione, ma proponeva già un’ipotesi per risolvere il problema, che, in parte, alla fine è stato accolto dalla legislazione attuale. Carvalho Neto accoglie la possibilità di dissoluzione della società coniugale in ragione dell’inesistenza di affetto tra i coniugi, cioè, l’attuale divorzio senza termine. Tuttavia, la parte che ancora si discute – L’autore non intende che si estingua il sistema di colpa, anzi, ammette la sua viabilità, presentando al coniuge offeso un’alternativa perché, se così lo desidera, responsabilizzi l’offensore per l’atto illecito commesso, ossia, per la grave offesa ai doveri coniugali. Nelle parole di Carvalho Neto (2006, p. 142): “[...] la fine dell’amore, di per sé, non può giustificare la decretazione della separazione colposa, come si è già preteso, ma solamente la separazione per la rottura della vita in comune, se è il caso.”

La teoria del disamore si presenta con apparente oggettività, e nonostante alcuni giuristi forse non hanno percepito, da molto, anche prima di pensarsi nel divorzio senza termine, esiste già uno strumento processuale per la dissoluzione di società coniugali nelle quali non c'è più l'affetto. Tale misura è la separazione consensuale, la quale può essere utilizzata tanto nella sfera giudiziaria quanto in quell'amministrativa, a patto che osservati i suoi requisiti. Senza nessun dubbio, la separazione o il divorzio consensuale sono misure più sensate, ossia, quando i coniugi percepiscono che l'affetto tra loro è finto, dovrebbero cercare un avvocato e interporre la richiesta di separazione o di divorzio consensuale. Il sistema di colpa dev'essere, comunque, mantenuto nell'ordinamento per le coppie dove uno dei consorti commette vere atrocità contro l'altro, anche dopo la percezione che non esistono più lacci affettivi per conservare il matrimonio.

Così, quando il senno è sostituito dalla ferita decorrente dalla condotta disonorevole commessa da uno dei coniugi all'altro, la discussione della colpa in giudizio diventa la soluzione per ristabilire al coniuge offeso la dignità macchiata dall'atto illecito causato dal consorte. Si osserva che, al coniuge che ha commesso l'atto illecito, sono state offerte, previamente, alternative per la dissoluzione della società coniugale; la separazione consensuale, il divorzio consensuale o il divorzio senza termine. Esso, però, ha scelto di trasgredire un dovere coniugale, sottoponendo il coniuge innocente a situazioni seccanti, decorrenti da adulterio, sevizie, abbandono della casa, tra altre.

Quando una qualsiasi delle condotte sopra descritte è commessa durante il matrimonio, la Costituzione Federale, articolo 5.º, inciso V, garantisce il diritto di risposta, proporzionale al ricorso, contro l'offensore, e il riferito diritto non può cessare di essere osservato, sotto la giustificazione che l'affetto era già finito prima dell'occorrenza dell'atto illecito, una volta che la discussione della colpa non è per la mancanza di amore, poiché non esistono colpevoli per l'inesistenza dell'affetto, la dimostrazione della colpa si attribuisce all'atto illecito contro il lesionato, il coniuge innocente, che oltre ad avere il diritto alla dissoluzione del matrimonio, ha diritto anche alla riparazione per i danni subiti.

Pertanto, la colpa dev'essere vista come innecessaria e, di conseguenza, dev'essere estirpata dal sistema come un modo di giustificare la dissoluzione del matrimonio. E il divorzio senza termine ha creato l'opportunità dell'impossibilità dell'utilizzo della colpa. La colpa, comunque, deve permanere per responsabilizzare civilmente il coniuge violatore, attribuendogli danni materiali e morali secondo il caso e, così, garantire la dignità del coniuge offeso dalle infrazioni dei doveri coniugali o altri atti illeciti commessi dal suo consorte. Si osserva che si trattano di situazioni distinte, poiché la fine del matrimonio avviene per

mancanza di affetto, e per questo si utilizza il divorzio. Nessuno dei coniugi deve essere incolpato o punito per non più sentire affetto per il suo consorte. L'offesa all'onore, però, caratterizzata dalla violazione dei doveri coniugali, implica nella configurazione di atto illecito, il che permette al coniuge di interporre azione di riparazione civile.

3.1 Riparazione civile dei danni

La responsabilità civile è decorrente da atto illecito, poiché è dalla sua decorrenza che nasce l'obbligo d'indennizzare. L'articolo 186 del Codice Civile definisce atto illecito, e perciò chiarisce che la sua configurazione è vincolata a una condotta commissiva o omessa volontaria, la quale viola il diritto e causa danno ad altrui, che può essere indentificato come morale o materiale. Ciascun tipo di danno risulta in certi effetti, ossia, “[...] il danno materiale causa una perdita economica o pecuniaria misurabile da calcolo aritmetico, e il danno morale cagiona perdite sentimentali, intellettuali o sociali” (SILVA, 2003, p. 258).

Nonostante siano differenti le conseguenze cagionate da ciascuno dei tipi di danni, questo non significa che non sia possibile verificare in una stessa situazione gli effetti generati dai danni materiali e morali, tanto è possibile, che il compendio 37 editato dalla Corte Superiore di Giustizia cumulare danni materiali e morali derivati dallo stesso fatto.

La questione referente alla possibilità di richiedere nella stessa azione la riparazione del danno materiale e morale, così come la definizione di tali danni, è già rappacificata e dispensa commenti più sostanziosi. Ora, però, gli studiosi si scontrano su quel che riguarda la riparazione dei danni nell'ambito dei rapporti affettivi, in particolare su quel che riguarda l'inadempimento dei doveri coniugali imposti dalla legislazione. Gli atti illeciti commessi tra i coniugi sono passibili d'indennità? Secondo già segnalato, la dottrina diverge sul tema e, quindi, saranno trattati gli argomenti contrari e favorevoli all'indennità dell'atto colposo.

Uno degli argomenti contrari all'indennità degli atti illeciti commessi tra coniugi è legato alla banalizzazione del danno morale. Tutte le condotte che causano la presentazione dell'azione di separazione giudiziale litigiosa sono in grado di cagionare la riparazione per danni morali? La corrente ampiamente permissiva intende che “[...], ogni e qualunque separazione finirà per generare il diritto morale di riparazione, poiché non può essere dimenticato che la separazione giudiziale litigiosa nel nuovo Diritto brasiliano sarà decretata sempre che resti configurata l'inadempimento di qualsiasi dovere del matrimonio, [...]” (MADALENO, 2006, p. 543).

Inizialmente, è necessario chiarire che, la fine del rapporto coniugale, per più triste che sia, non è sufficiente per la configurazione dell'atto illecito, una volta che l'ordinamento prevede la possibilità di dissoluzione dell'unione coniugale. Si devono ponderare quali le situazioni che feriscono i diritti della personalità, le quali, a patto che affrontate, sono passibili di generare il diritto all'indennità al lesionato. Pertanto, nonostante la corrente ampiamente permissiva discorde della graduazione della colpevolezza sul campo dei rapporti familiari, essa è indispensabile perché non accada la banalizzazione dell'istituto del danno morale.

Inoltre, gli esseri umani sono sempre in cerca della passione, del grande amore delle loro vite e, quando i rapporti amorosi s'iniziano, non esiste dolore, sofferenza, amarezza o umiliazione. A volte, però, quell'intenso e interminabile sentimento che proporziona il piacere della coppia innamorata può finire, per diverse ragioni, oppure inspiegabilmente e, con la sua estinzione, causare l'infelicità di uno dei partner, il che non comporta alcuna specie di riparazione.

Pertanto, il giudice Adalberto Blaque Ferraz, nel sentenziare, si appoggia nell'intendimento di Cahali, sul quale segue in avanti:

Il compromesso amoroso tra uomo e donna è, per natura, crivellato di rischio, poiché la rottura s'inserisce in fattori di estremo soggettivismo, a volte persino d'irrazionalità, ma che sono propri della complessità esistenziale della persona umana (di ogni sesso) (REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2002, p. 250).

Tuttavia, anche consapevoli dei rischi dei rapporti, della sofferenza proveniente dalla loro fine, e che cessare di amare il suo coniuge non è un assurdo, ci sono casi in cui i motivi che risultano nel disfacimento della società coniugale implicano in danni morali per il coniuge lesionato. Sorge, allora, la dottrina restrittiva del danno morale, quella che ammette la responsabilizzazione secondo la natura dell'atto commesso dal coniuge nei rapporti familiari.

Secondo questa concezione dottrinale, l'incidenza del danno morale sulla portata di azione del Diritto di Famiglia non dev'essere indistinta e indiscriminata, bensì restrittiva, limitata alle cause eccezionali di elevata gravità. Un esempio classico di questo caso è la figura dell'adulterio, che acquisisce nel grembo sociale una ripercussione molto forte, di grande trascendenza e notorietà, esponendo la vittima a ogni tipo di commenti e di esposizione dinanzi alla perturbatrice curiosità pubblica (MADALENO, 2000, p. 544).

L'inadempimento dei doveri coniugali elencati sull'articolo 1566 del Codice Civile crea la possibilità di dissoluzione della società coniugale, a patto che tale violazione sia

considerata grave e renda la vita della coppia insopportabile. Comunque, non è la violazione di un qualsiasi dovere che cagionerà la responsabilizzazione civile del coniuge offensore, poiché l'inadempimento di certi doveri previsti sul dispositivo menzionato sono solo delle conseguenze della routine di ogni rapporto, soprattutto quando l'unione dura già tempo sufficiente per "autorizzare" determinati comportamenti e intimità. Situazione diversa, e, pertanto, che configura danno morale, è l'inadempimento del dovere di fedeltà, il quale risulta in adulterio, secondo retro esposto da Madaleno, e cagiona forte ripercussione nella società, con fatale esposizione della vittima. Così, in modo da illustrare la possibilità d'indennizzare per danni morali il coniuge tradito, si trascrive il seguente sommario:

AZIONE VISANDO INDENIZZO DI DANNI MORALI COMPETENZA. INDENIZZO. GIUDIZIO CIVILE. DANNI MORALI. ADULTERIO. POSSIBILITÀ. 1. L'atto illecito presunto, nonostante decorrente da rapporto familiare, imbaso richiesta indennizzatoria, materia appartenente alla sfera civile, la cui competenza per giudicare non s'include in quelle attribuite ai tribunali di famiglia. Intendimento appoggiato sulla Legge di Organizzazione Giudiziaria del Distretto Federale e Territori. 2. L'inosservanza dei doveri coniugali, secondo le circostanze del caso concreto, può giustificare la condanna al pagamento d'indennizzo per danni morali. 3. È presunta la lesione a bene extrapatrimoniale di quello che sorprende sua coniuge nuda, sul letto coniugale, in compagnia di altro uomo. 4. I nostri tribunali intendono che il danno morale dev'essere fissato nell'importo sufficiente alla riparazione della perdita, tenendosi conto della moderazione e la prudenza del Giudice, secondo il criterio di ragionevolezza per evitare l'arricchimento senza causa e la rovina dell'imputato, in osservanza, ancora, alle situazioni delle parti. Costatato che l'attività lavorativa dell'imputata non si mostra compatibile con l'indennizzo fissato nella sentenza, deve il valore essere ridotto. 5. Ricorso conosciuto e parzialmente fornito. Sentenza riformata. (*TJDF - 20060510086638ACJ, Relator SANDOVAL OLIVEIRA, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F., julgado em 11/12/2007, DJ 03/06/2008*).

È sicuro che non tutte le cause della rottura della vita in comune di una coppia deva essere indennizzata, poiché non basta la semplice disobbedienza dei doveri coniugali da uno dei coniugi o la pratica d'illecito penale, è necessario, per dare opportunità alla riparazione per danni morali, valutare la natura, il fatto generatore e la gravità della perdita. "Considerando la peculiarità di essere il matrimonio risultato di un rapporto affettivo, il giudice deve evitare di riconoscere la responsabilità del coniuge soltanto perché egli si è ritirato dal rapporto a causa della scomparsa dell'affetto, salvo quando la conseguenza di questa condotta è altamente lesiva" (AGUIAR JUNIOR, 2004, p. 370). In questo senso, Guimarães (2006), adduce che:

La pratica di atto illecito dal coniuge, che non osserva il dovere coniugale e causa danno al consorte, dando opportunità alla dissoluzione colposa della società coniugale, genera la responsabilità civile e impone la riparazione delle perdite, con il carattere risarcitorio o compensatorio, secondo il danno sia di ordine materiale o morale.

Quello che si vuole dire nella dottrina sopra citata è che la violazione di uno dei doveri coniugali implica nella separazione giudiziale, secondo l'articolo 1.572 del Codice Civile; è indispensabile, però, per proporre l'azione di riparazione di danni morali che il dovere violato provochi lesione, il sufficiente per attribuire all'indennizzo il carattere riparatorio e sanzionatore che merita la misura. Pertanto, è possibile affermare l'esistenza di comportamenti non indennizzabili, come quando il marito chiama la moglie di "grassa", quest'offesa non configurerebbe un danno da indennizzare, ma un semplice fastidio.

E ancora, perché l'azione d'indennizzo per danni morali abbia esito, dev'essere proposta:

[...] subito dopo l'occorrenza della condotta colposa, sotto pena d'incidere il perdono del coniuge offeso, che impedisce l'esercizio del diritto indennizzatorio, poiché, in questo caso, l'inerzia temporale cospira contro l'invocazione della causa della separazione e fa sì che i residui conflittosi non traspirino più nei processi nei quali la reale e già noiosa rottura si è trasformata in silenziosa rassegnazione (WELTER, 2000, p. 132).

In questo modo, dinanzi all'attuale formattazione del divorzio, è possibile l'inserimento della riferita azione d'indennizzo nelle azioni di divorzio, poiché solo questo può essere presentato, secondo il § 6.º, dell'art. 226 della Costituzione Federale, immediatamente dopo l'atto dell'infrazione, una volta che non esiste più la necessità di osservarsi termini per la richiesta del Divorzio. Si verifica, quindi, che potrà essere intentata la riparazione per danni morali di modo autonomo, nelle separazioni litigiose e, ancora, nel divorzio diretto.

Altro argomento contrario alla responsabilità civile nei rapporti familiari riguarda l'assenza di dispositivo espresso. In questo senso, Cavalieri Filho (2007, p. 71) spiega che:

È il Titolo IX del Primo Libro della Parte Speciale, che inizia nell'art. 927 e va fino all'art. 954. Non incontreremo lì, però, come si spererebbe, una disciplina concentrata ed esaustiva della responsabilità civile. E questo non è stato fatto perché è praticamente impossibile riunire in un solo titolo tutte le norme relazionate alla responsabilità civile, por mais competente che sia il legislatore.

Pertanto, è spiegata la ragione di non trovarsi un articolo specifico disciplinando la responsabilità civile dentro il Diritto di Famiglia. Inoltre, è opportuno menzionare che la mancanza di previsione espressa per il Diritto di Famiglia non impedisce il fondamento, nell'art. 186 del Codice Civile, il quale, anche se non dispone specificamente sui danni morali derivati dalla rottura del matrimonio, poiché il riferito dispositivo tratta il danno in senso ampio, chiarisce che resterà obbligato a riparare il danno chi causa perdita o viola il diritto altrui. Così, come già annunciava la Costituzione Federale, nell'inciso X, dell'art. 5.º, stabilendo i diritti che sono inviolabili e assicurando alle vittime il diritto d'indennizzo per il danno materiale o morale.

Un terzo argomento contrario alla riparazione dei danni morali e materiali nei rapporti coniugali difende che: “- la violazione ai doveri familiari genera sanzioni specifiche, previste nell'ambito del Diritto di Famiglia, essendogli inadeguata l'estensione delle disposizioni sulla responsabilità civile,” (AGUIAR JUNIOR, 2004, p. 366). Intendimento somigliante è trovato anche nei brani delle sentenze tratti dall'opera di Welter (2000, p. 132):

L'eventuale inosservanza dei doveri del matrimonio non si risolve in perdite e danni, come negli obblighi, perché dà opportunità alla separazione giudiziale e posteriore divorzio, figure del Diritto di Famiglia, che portano già in sé altre sanzioni, specifiche, di obbligo o l'esonerazione di prestare alimenti, l'obbligo di condividere i beni, secondo il regime del matrimonio, la perdita della guardia dei figli, la privazione del diritto di utilizzare il nome del coniuge maschio. Sanzioni queste che, a eccezione degli spiriti essenzialmente materialisti, sono più efficaci per riparare i danni immateriali del coniuge innocente che per la compensazione del danno morale, il quale s'intende fare con una determinata somma in denaro in altre situazioni.

Succede che quest'ultimo argomento non precede. Si osserva che le riferite sanzioni non sono decorrenti dalla grave violazione di uno dei doveri del matrimonio, o da un determinato atto illecito commesso da uno dei coniugi. Le citate sanzioni sono conseguenza della dissoluzione della società coniugale. Ad esempio, l'obbligo alimentare, dovuto al coniuge innocente, che sorge in ragione della separazione giudiziale quando quello così lo necessita, poiché l'articolo 1702 del Codice Civile dispone in questo modo. Il coniuge offensore dovrà prestare alimenti al coniuge innocente e privo di mezzi. S'intende, quindi, che se il coniuge innocente dispone di mezzi propri e sufficienti per il suo mantenimento, non ricadrà sul coniuge colpevole l'obbligo di prestare alimenti. Cioè, l'obbligo alimentare è direttamente legato alla necessità del coniuge, tanto è vero che, nel paragrafo unico dell'articolo 1704 del Codice Civile, esiste la previsione dell'obbligo del coniuge innocente di prestare ausilio materiale al coniuge colpevole, caso quest'ultimo ne abbia bisogno.

Rispetto all'obbligo di spartire i beni, tale conseguenza non può neanche essere intesa come una sanzione, poiché la condivisione dei beni è risultato della scelta del regime dei beni, attraverso il patto prenuziale e, indipendentemente dall'esistenza o no di colpevoli, i coniugi si prenderanno quello che è prestabilito sul patto. Se la scelta è stata quella del regime di comunione universale dei beni, ciascuno avrà diritto al 50% (il cinquanta per cento) determinati dal regime; se hanno scelto il regime di comunione parziale dei beni o partecipazione finale nei beni acquisiti dopo, ciascun coniuge conserva i suoi beni privati, e dividono la metà dei beni acquisiti durante il matrimonio; e se hanno preferito il regime di separazione dei beni, ciascun conserva i suoi beni senza che, col matrimonio avvenga la comunicazione delle masse.

Nonostante la perdita del diritto di utilizzare il cognome del coniuge sia realmente una sanzione decorrente dalla dimostrazione della colpa per la dissoluzione della società coniugale, vale risaltare che, nei casi in cui la sanzione punisce severamente il coniuge colpevole, il legislatore ha flessibilizzato la riferita sanzione, quando la perdita del diritto al cognome comporta al coniuge colpevole altri danni, secondo previsto dall'articolo 1578 del Codice Civile, quali; l'evidente perdita per la sua identificazione; la manifesta distinzione tra il suo nome di famiglia e quelli dei figli; e danno grave riconosciuto in decisione giudiziale. E ancora, tale sanzione, ricadrebbe soltanto sul coniuge che ha scelto di adottare il cognome dell'altro, poiché l'uso del cognome è una facoltà e non un obbligo. Di certo, nei casi in cui il coniuge colpevole non abbia adottato il cognome del suo consorte, o se l'ha fatto, che la sua perdita non gli porti nessun danno, tale sanzione sarebbe inefficace.

In una decisione firmata nel Tribunale di Giustizia di Santa Catarina, il promotore di giustizia difende che: "Nel Diritto di Famiglia non esiste la figura d'indennizzo. Amore non si paga. Convivenza non si paga" (WELTER, 2000, p. 130). Deve l'amore essere visto come un'escludente d'illiceità? L'affetto che unisce la coppia non giustifica l'occorrenza di condotte non rispettose senza punizione. Pertanto, Aguiar Júnior (2004, p. 370) risolve la questione per quelli che si sentono intimiditi nell'utilizzare lo strumento di responsabilità civile per infrazione commessa dal coniuge durante la convivenza: "Un buon criterio è quello d'iniziare ad ammettere l'indennizzo nei casi tipificati dalla legge come infrazione al dovere del coniuge o compagno, a patto che dimostrata l'esistenza del danno materiale o morale e la gravità del risultato."

Inoltre, non si deve dimenticare che l'inserzione del principio della dignità della persona umana come vertice dell'ordinamento giuridico brasiliano, previsto dalla Costituzione Federale del 1988, ha trasferito le preoccupazioni prima dedicate alla famiglia ai

membri della famiglia, che non sono altro che persone. In questo modo, la responsabilità civile dev'essere considerata uno strumento, il quale ha come scopo la protezione della persona umana contro offese deferitele. Pertanto, secondo denuncia Aguiar Júnior (2004, p. 367): “il familiare non ha diritto a una posizione privilegiata, restando esonerato dalla riparazione delle perdite che causa.” Di certo il vicolo giuridico che unisce i coniugi non è elemento condizionante per escludere la responsabilizzazione per le offese commesse tra loro.

Rispetto ai danni materiali, denominati anche mediati, una volta che hanno una relazione indiretta con l'inosservanza del dovere coniugale, sono oriundi dalla dissoluzione della società coniugale. Madaleno (2000, p. 534) spiega che: “quando il marito se ne va da casa e va ad abitare da solo, tutti diventano il 25% più poveri.” Tuttavia, le conseguenti perdite materiali in questi casi, sono risultato della rottura coniugale, e non dell'inosservanza del dovere di fedeltà. Differentemente da quello che accade ai danni morali, che sono risultato della configurazione dell'adulterio e dell'infedeltà virtuale. In verità, è più facile intravedere l'occorrenza dei danni materiali nei casi di rottura di fidanzamento, particolarmente, in cui la rottura senza giusta causa cagiona anche indennizzo per danni patrimoniali, così come per danni morali, secondo l'intendimento del seguente giudicato:

INDENNIZZO – RIPARAZIONE DI DANNI – Rottura di fidanzamento alla vigilia del matrimonio senza motivo giustificato. Danno materiale evidenziato dall'acquisto di mobili e danno morale per essere stati colpiti l'onore e il decoro della fidanzata. Valuta dovuta. Intelligenza del 159 del CC. La rottura, senza motivo, della promessa di matrimonio può dare luogo a indennizzo decorrente dal danno morale, giacché la rottura del fidanzamento sempre colpirà la persona della donna, colpendo, in qualche modo, il suo onore e il suo decoro, notatamente quando già nota la data del matrimonio.(TJSP – *Aparelho. 103.247-1 – 1.º C. – Rel. Des. Luiz de Azevedo – J. 01.11.88*).

Messa così la questione, è da notare che oltre a quello che dispone l'art. 546 del Codice Civile, il quale stabilisce che le donazioni fatte in virtù di matrimonio futuro resteranno senza effetto caso il matrimonio non si realizzi, incluse, di conseguenza, le devoluzioni di lettere, dei ritratti e dei regali scambiati tra i fidanzati, spettando a quello che ha rotto il compromesso ingiustificatamente, indennizzare per danni patrimoniali e morali il fidanzato offeso.

Occorre esaminare, a questo punto, l'intendimento di Valler (1994, p. 163) rispetto ai danni patrimoniali:

[...] la responsabilità o transfuga della catena matrimoniale, che senza giusto motivo, unilateralmente, ha rotto la promessa di matrimonio, dovrà coprire la riparazione del danno causato all'altra parte riguardante le spese fatte e agli, obblighi, che non sarebbero stati assunti senza che ci fosse la promessa di matrimonio. La perdita è direttamente causata dall'inadempimento della promessa fatta.

In questo senso, si capisce che niente è più giusto al fidanzato leso che essere indennizzato per gli investimenti fatti nell'intuito di realizzare il matrimonio. Pertanto, si è d'accordo con l'intendimento che l'amore e la convivenza non si pagano, però, la Costituzione Federale, nel suo art. 5.º, inciso X, non lascia dubbi che è possibile richiedere, a quello che ha leso, la riparazione dei danni, nell'assicurare il diritto all'indennizzo per danno materiale o morale, decorrente da violazione dell'onore e dell'immagine delle persone.

3.2 L'usucapione familiare e l'abbandono della casa

L'Usucapione Familiare, chiamata anche di Usucapione per Abbandono della Casa, ha portato con sé un'espressiva trasformazione quando ci si riferisce al diritto di proprietà, dato che il suo obiettivo precipuo è stato quello di salvaguardare il diritto all'abitazione del coniuge o compagno (a) che, abbandonato, rimane nella casa e ci abita, senza resistenza del coniuge o compagno (a) che l'ha abbandonato (a).

Il presente istituto è stato creato dalla Legge 12.424/2011, la quale regola il Programma "Minha Casa - Minha Vida" (Casa mia - Vita mia) del Governo Federale, includendo nel Codice Civile Brasiliano il dispositivo legale 1.240-A. Pertanto si osserva la redazione riportata dal citato dispositivo:

Art. 1240-A. Chi esercita, per 2 (due) anni ininterrottamente e senza opposizione, posse diretta, di esclusività, sull'immobile urbano di fino a 250 m² (duecentocinquanta metri quadri) la cui proprietà condivide con ex coniuge o ex compagno che ha abbandonato la casa, utilizzandolo per la sua abitazione o della sua famiglia, acquisirà il suo dominio integrale, a patto che non sia proprietario di altro immobile urbano o rurale. § 1º Il diritto previsto dal caput non sarà riconosciuto allo stesso possessore più di una volta.

Analizzando il testo della legge, resta evidente la presenza esplicita dei requisiti per l'ottenimento dell'usucapione familiare, alcuni già conosciuti, poiché inerenti ad altri tipi di usucapione, come la dimensione massima dell'immobile, fino a 250 (duecentocinquanta metri quadri), quando l'utilizzazione dell'immobile, per fini di abitazione, sia il suo unico bene e,

ancora, alcuni requisiti caratteristici del tipo di usucapione in commento, ossia, la proprietà sia bene comune della coppia e uno dei coniugi o compagni abbia abbandonato la casa.

Con l'accrescimento del menzionato dispositivo legale, e quindi con la creazione di un nuovo tipo di usucapione, sono giunti gli elogi e le critiche. L'usucapione familiare ha portato un beneficio o una perdita all'ordinamento giuridico? E ancora, lo stesso può essere visto come incostituzionale, una volta che, portando a galla l'analisi della colpa, affronta la nostra Magna Carta?

Diversi autori intendono l'usucapione familiare come una forma di protezione al principio costituzionale del diritto all'abitazione, però, dimenticano che, nel proteggere l'abitazione, finiscono per non rispettare altri principi costituzionali, come il principio dell'uguaglianza, il principio della libertà, così come il diritto all'intimità.

Secondo Molina (2012),

Questo tipo di usucapione rivela un forte vincolo con la funzione sociale della proprietà, principio consacrato costituzionalmente tra le garanzie fondamentali del cittadino. Questo perché non ha come obiettivo semplicemente aggregare una proprietà a una persona, bensì proteggere i diritti basilici del possidente che sta esercitando la posse abitando nel bene.

Tuttavia, si nota che l'usucapione familiare finisce per punire patrimonialmente il coniuge o compagno (a) perché il rapporto non è andato bene. Obbliga il coniuge o compagno (a) a dichiarare espressamente, per mezzo di scritti, che sta andando via di casa per mancanza di compatibilità, ma che perdura l'interesse sulla mezzadria dell'immobile, per così salvaguardare il suo diritto al patrimonio comune, il che, per molti studiosi, ferisce il principio costituzionale della libertà, dato che ha la scelta di lasciare l'immobile, ma facendolo, perde il suo diritto sullo stesso.

In decisione proferita dal Giudice del 3^a Tribunale di Famiglia della Circostrizione di Belo Horizonte, nello Stato di Minas Gerais, Geraldo Claret de Arantes (2011) ha schiuso i primi precedenti per la concezione dell'usucapione familiare, secondo si capisce dalla seguente pubblicazione:

La *mineira* Maura Aparecida Pedrosa è stata la prima donna in Brasile a ricevere il beneficio dell'"usucapione pro-abitazione". Inedita nel Paese, la decisione è stata proferita dal giudice Geraldo Claret de Arantes, del Tribunale di Giustizia di Minas Gerais, il giorno 19 settembre. Il magistrato ha accettato la richiesta di anticipazione di tutela giudiziale proposta dal Difensore Pubblico, Liliane Maria Gomide Leite, del 3^a Tribunale di Famiglia di Belo Horizonte. Liliane Gomide ha fatto la richiesta in base alla Legge 12.424/2011, approvata in giugno di quest'anno. La nuova legge ha alterato l'articolo 1.240-A nel Codice Civile del 2002 per includere il diritto

di “usucapione familiare” o “usucapione pro-abitazione”, come ha cominciato a chiamarsi. Il nuovo dispositivo stabilisce il diritto di posse definitiva sull’immobile al coniuge che esercita per due anni, ininterrottamente e senza opposizione, la posse diretta. La legge è esclusiva per immobili urbani di fino a 250 m². E vale solo per immobili utilizzati come abitazione propria o della famiglia. **ANALISI** – Secondo il difensore, la legge ha portato maggiore sicurezza giuridica agli assistiti in quest’area. “Essa è venuta a pacificare una situazione veramente frantumante nei casi di separazione. In molte situazioni, uno dei coniugi abbandonava la casa o scompariva e l’altro restava impedito di fare qualunque trattativa sull’immobile. Questo nuovo intendimento viene a beneficiare soprattutto i meno favoriti”, ha dichiarato. Il giudice Geraldo Claret de Arantes ha detto che questa prima sentenza apre precedenti perché altre persone nelle stesse condizioni ricorrono alla giustizia per risolvere tali questioni. “Analizzeremo ciascun caso e decideremo perché la legge sia sempre correttamente applicata”, ha dichiarato.

Nonostante esistano già alcuni giudicati favorevoli al tipo di usucapione in studio, forse la cosa migliore, sarebbe dare la concessione dell’abitazione a uno dei coniugi o compagni, e non dichiarare la perdita della proprietà dell’immobile a quello che si ritira.

Prima di addentrare nel punto principale del presente studio, occorre tessere alcuni appunti rispetto agli aspetti materiali e processuali della già citata forma di usucapione, per poi trattare delle controversie riportate sulla stessa.

L’articolo 1240-A del Codice Civile prevede nel suo testo la seguente disposizione “quello che esercita, per 2 (due) anni ininterrottamente e senza opposizione, posse diretta ed esclusiva [...]”, si nota che, nel requisito “termine” per usucapire l’immobile, esiste un lasso temporale che molto si differisce da quelli stabiliti dalle altrettante forme di usucapione, dato che la forma di minor termine è sempre stata l’usucapione prevista dalla Costituzione Federale, del termine di 05 (cinque) anni. In questo senso:

[...] il termine dell’esercizio della posse è sostanzialmente minore di tutti i termini di prescrizione acquisitiva menzionati dal Codice Civile del 2002. Basta paragonare i termini di usucapione costituzionale, che sono i casi di minor termine di usucapione su immobili e nei quali la prescrizione acquisitiva avviene dopo 05 anni [...]. (WESENDONCK. 2012, p. 578).

Il decorso del termine stabilito per la perdita della posse è troppo corto, una volta che, generalmente i 02 (due) anni che si seguono alla separazione di fatto, sono il tempo necessario perché la coppia ci si abitui o ristabilisca il vincolo coniugale.

Seguendo la sistematica riportata dal dispositivo in commento, si legge che la posse dev’essere di “[...] immobile urbano di fino a 250m² (duecentocinquanta metri quadri) [...]”. La nuova legge contempla soltanto gli immobili urbani, senza beneficiare gli immobili di tipo

rurale, così come non tratta dell'usucapione dei beni mobili acquisiti dalla coppia nella costanza del rapporto coniugale. Secondo Wesendonck (2012, p. 602):

Non è eccessivo considerare che dalla redazione della legge, altre situazioni che meriterebbero il riconoscimento d'usucapione resterebbero a scoperto, dipendendo dalla posizione dottrina e giurisprudenziale, come i casi d'immobile rurale, o d'immobile di basso valore, ma di oltre 250m², oppure dei beni che non s'inquadrano in nessuna delle situazioni di usucapione speciale, ma che meriterebbero la viabilità del riconoscimento di acquisizione della proprietà per l'usucapione, considerandosi l'abbandono della posse.

Sebbene non sia stato palese, ma sottinteso, la norma in studio, ha voluto la protezione delle persone di basso reddito, tuttavia, i suoi requisiti restringono troppo i mezzi di usucapire il bene. Come narrato sopra, il legislatore, alla fine, ha reso possibile tale diritto soltanto ai proprietari d'immobili urbani, senza ricordare che esistono persone nella stessa situazione risiedendo in immobili di tipo rurale.

Come menziona l'articolo, per inquadrarsi nelle ipotesi di usucapione familiare, deve l'immobile essere posseduto in con-posse con “[...] ex-coniuge o ex-compagno che ha abbandonato la casa [...]”, essendo questa una questione difficile da trattare, giacché nel caso in questione, l'abbandono della casa è punito con la perdita del diritto di mezzadria del patrimonio costruito dallo sforzo comune della coppia, il che, spesso, fa sì che la coppia permanga in casa, sopportandosi mutuamente, per non perdere il diritto sul bene in favore dell'altro coniuge o compagno (a).

Su questo ragionamento, Pena (2013) insegna, in modo chiarente, nel senso che,

Una norma non può né deve avere tale potere di premere le persone, che non abbiano più condizioni di convivenza mutua, a vivere sotto lo stesso tetto soltanto per preservare un diritto loro, patrimoniale. Questo diritto dev'essere assicurato attraverso altre prospettive.

Oltre a essere prerequisite per il diritto di usucapire la mezzadria del bene, l'abbandono della casa, secondo il legislatore, segnalerebbe l'apertura del conteggio del termine di 02 (due) anni per l'acquisizione della posse del patrimonio dell'altro coniuge. Tuttavia, tale questione dev'essere analizzata con cautela, una volta che dall'entrata in vigore dell'Emendamento Costituzionale 66/2010, parte degli studiosi ha compreso che la colpa è stata ritirata dal sistema giuridico di dissoluzione della società coniugale.

Wesendonk (2012, p. 575) insegna che:

[...] il termine abbandono della casa è una figura sorpassata nel Diritto di Famiglia tenendo conto che la discussione sull'esistenza o no della colpa per la rottura dei vincoli matrimoniali o di unioni stabili è diventato irrilevante [...] giacché la dottrina commemorava fervorosamente il fatto che i cambiamenti nel Diritto di Famiglia avevano eliminato la verifica di colpa come requisito per l'attribuzione di qualsiasi effetto giuridico su quel che riguarda la dissoluzione del vincolo coniugale, nella concessione di alimenti e nella spartizione dei beni.

Rispetto a quest'argomento, molti studiosi intendono che c'è stato un ritorno della colpa per l'abbandono della casa, ossia, la colpa, già estirpata, sarebbe stata resuscitata dall'articolo 1240-A, del Codice Civile, il che finirebbe per ferire la Magna Carta, perché l'Emendamento 66/2010, non si applicherebbe più all'argomento della colpa. Santana (2012), in questo modo, difende:

[...] si deve considerare un'affronta al principio della dignità della persona umana, una volta che, con l'avvento dell'Emendamento Costituzionale n.º 66, Il Paese ha superato la discussione sulla colpa nella separazione e cerca sempre di meno di ingerire nei rapporti familisti.

Questo è il prisma di Okasako (2015), che adotta tale pensiero, nell'osservare che

[...] c'è stato un retrocesso nella legislazione: nell'alterare il §6º dell'articolo 226 della Costituzione Federale, estinguendo la separazione giudiziale, il legislatore ha cercato di dinamizzare la volontà degli ex consorti nel porre fine al matrimonio, senza la necessità di discutersi la colpa per la separazione. A sua volta, l'articolo n.º 1.240-A del Codice Civile ha fatto rinascere la necessità della discussione della colpa e la prova dell'effettivo abbandono della casa, riaccendendo la paura e l'insicurezza che scortano la fine di ogni rapporto amoroso, collocando in evidenza sentimenti e discussioni oltrepassate dal diritto di famiglia moderno.

Quando il legislatore ha portato a galla l'analisi della colpa come motivo giustificatore della perdita della posse, alla fine, secondo alcuni studiosi, ha affrontato la Costituzione Federale, così com'è culminato nella destabilizzazione della sicurezza giuridica inerente alle norme concernenti il regime di beni già previsto dal Codice Civile. Quel che prima era considerato un diritto definitivo, ora si è trasformato in un diritto mutabile.

Oltre alle innovazioni di carattere materiale derivanti da questo nuovo istituto, sorgono certi dubbi rispetto alle specificità concernenti la natura processuale dell'usucapione familiare. La legislazione che tratta questa nuova maniera di usucapione è vaga nel definire a chi compete la carica di provare l'abbandono. Si sa che la colpa per l'abbandono è uno dei prerequisiti che dà luogo al diritto di permanere in casa, tuttavia, la legge lascia aperti alcuni vuoti, come a chi tocca rivendicare tale allontanamento, e in che modo dev'essere realizzata la

manifestazione di quest'opposizione, il che rende dubbiosa l'efficacia di questo strumento processuale.

Dall'analisi del dispositivo legale in commento, e ancora, dalla breve esposizione degli intendimenti presentati, si ritorna al punto principale dello studio in questione; l'usucapione familiare ha portato benefici o perdite al Diritto?

Considerando il punto di vista costituzionale, si nota, chiaramente, che l'entrata in vigore di questa nuova norma ha ferito più i principi costituzionali che li ha salvaguardati, una volta che, in difesa del diritto fondamentale all'abitazione, alla fine non ha rispettato i principi dell'uguaglianza, della libertà, nonché il diritto all'intimità.

Focalizzata, però, l'intenzione del legislatore, si deve concordare che, in qualche modo, si rende giustificabile il mezzo creato per salvaguardare il diritto all'abitazione del coniuge abbandonato. In questo senso, Wesendonk (2012, p. 602) dice che:

[...] il nostro intendimento non è contrario alla possibilità di usucapione nel vincolo familiare: al contrario, si valuta essere questa una soluzione addormentata nel Diritto di Famiglia, ma che si rivela necessaria e rilevante, [...]. La critica che s'innalza alla Legge 12.424/11 è perché essa autorizza il riconoscimento di usucapione solo in una situazione specifica e tecnicamente mal determinata nei suoi presupposti e copertura, mentre sarebbe necessario anche il riconoscimento di usucapione in altre situazioni per aversi la stabilizzazione dei rapporti giuridici, ma che l'interpretazione letterale dell'articolo non autorizzerà.

Dall'altro lato, Donizetti (2011), si mostra contrario all'applicazione dell'usucapione familiare, spiegando che:

[...] avverto solo malefici in questa forma di usucapione. Spiego. Il requisito nucleare per l'acquisto della proprietà dall'ex-coniuge che permane nell'immobile è l'abbandono della casa, dall'altro. Abbandono della casa presuppone colpa o, almeno, la mancanza di motivo giustificato per non abitare più sotto lo stesso tetto. In modo esemplificato, per non perdere parte dell'immobile, l'uomo dovrà provare che è partito da casa perché non sopportava più i mugugni della donna, e questa, a sua volta, dovrà dimostrare che, stanca di soffrire aggressioni fisiche e psicologiche, ha deciso di lasciare alle spalle il vigliacco.

Corroborando l'intendimento del rinomato studioso Donizetti, si trova il riconoscimento di Pena (2013), nell'insegnare che non sono rare le volte in cui uno dei coniugi o compagni lasciano la casa per garantire la propria integrità fisica e morale, poiché spesso il rapporto coniugale si trova tanto affetto che la convivenza cordiale diventa impraticabile. È per questi, tra altri motivi, che al giudice è arrischiato determinare una sanzione patrimoniale a qualcuno che sia partito da casa senza sapere esattamente il motivo che l'ha portato ad agire in quel modo.

Forse, come detto proprio all'inizio della spiegazione, la cosa migliore fosse salvaguardare le due parti, non punirne una perché il rapporto non è andato bene, bensì concedere al coniuge che si trovi nell'immobile, il diritto di restarci fino alla risoluzione della separazione e conseguente spartizione del patrimonio comune della coppia.

Mentre alcuni studiosi intendono che l'usucapione familiare è venuta per promuovere la pace dentro la società, una volta che cerca di concedere alla proprietà una destinazione, altri la vedono come un istituto crivellato di vizi e incostituzionalità.

Nel trattare l'abbandono, Pena (2013) disserta che, un'alternativa viabile sarebbe che il giudice applicasse la regola prevista dall'articolo 1240-A del Codice Civile, unicamente nei casi in cui restasse comprovato che il coniuge che ha abbandonato la casa è stato quello che ha avuto il comportamento molesto, come mezzo di esentarsi dal mantenimento della casa.

Dinanzi a tutto l'esposto, si percepisce che il giudiziario avrà molti dubbi da sanare, che l'applicazione di questa nuova legge porterà molte questioni da risolvere, dato che le restrizioni che ha portato con sé, anche se insieme all'intenzione di proteggere la famiglia, si è fatta accompagnare da innumerevoli incertezze dentro i rapporti affettivi e giuridici.

Per il momento, occorre attendere i dibattiti che verranno, i dubbi che saranno suscitati, e la ricerca dei poteri legislativi e giudiziari di una soluzione per le sfide che si troveranno davanti.

CONSIDERAZIONI FINALI

La Costituzione Federale del 1988 ha già dichiarato, la famiglia è la base della società. Si tratta della principale cellula che compone il tessuto sociale. Tuttavia, questo tessuto è formato da vari tipi di cellule, comprese come entità familiari, le quali sono costituite dall'affetto speciale. In tutte le forme di famiglia, è possibile trovare affetto, che può essere sessuale, quando si tratta di famiglie coniugali; l'affetto parentale, quando riguarda alle famiglie parentali. Pertanto, l'affetto è l'ingrediente principale trovato nelle famiglie e, oggi, è considerato la condizione per l'esistenza delle famiglie coniugali, come il matrimonio.

In questo senso, l'appassimento dell'affetto causa la fine del matrimonio, poiché se la condizione di esistenza è finita, non c'è più ragione per il mantenimento del rapporto coniugale, pertanto il rimedio migliore è il divorzio. È certo che nessuno dei coniugi ha colpa per la fine dell'amore che, un giorno, li ha uniti. Non ci sono, quindi, motivi per discutere colpa nel divorzio. Spetta alla coppia, che ha intenzione di dissolvere la società coniugale,

interporre la misura in modo obiettivo per rompere il vincolo e risolvere le questioni patrimoniali. Tuttavia, è necessario chiarire che non ci sarà la necessità di esaminare la colpa quando la fine del matrimonio è avvenuta, unicamente, in virtù dell'inesistenza di affetto.

Quando, però, durante la vigenza del matrimonio, uno dei coniugi rompe uno qualsiasi dei doveri coniugali, configurando atto illecito, nasce per il coniuge offeso il diritto di riparazione o compensazione mediante l'azione d'indennizzo dei danni morali e/o materiali. Si osserva che l'offesa ai doveri, per coincidenza, può diventare la motivazione per interporre la separazione giudiziale, tuttavia l'obiettivo di discutere in giudizio la colpa è al fine di risarcimento o compensazione, anche perché la prescrizione s'inizia solo con la dissoluzione della società coniugale.

Il coniuge che cessa di amare il suo compagno non ha colpa per sentimento che è finito, anche se la dissoluzione della società coniugale causi dolore e sofferenza, esso non ne può essere responsabilizzato. La situazione è diversa, però, quando il coniuge non rispetta i doveri coniugali, in questo caso, l'offesa alla norma o al diritto altrui che venga a causare danno implica nella caratterizzazione dell'atto illecito, nascendo per l'offensore l'obbligo di riparazione. Essendo che uno degli elementi per la comprovazione è l'esame di colpa, la separazione giudiziale nella forma sanzione è la misura applicabile per farlo.

Su quel che riguarda la nuova forma di usucapione familiare, che esige che un coniuge abbandoni la casa perché l'altro cominci ad avere il diritto integrale sull'immobile urbano dove risiede, è possibile osservare fondamento somigliante a quello già esposto prima, ossia, se il coniuge ha abbandonato la casa, da più di due anni, configurando la rottura di uno dei doveri coniugali, tale colpa dev'essere dimostrata in giudizio perché il coniuge che permane nell'immobile abbia il diritto sulla metà abbandonata. Avviene che l'istituto usucapione familiare resta come una sanzione per quello che abbandona, e una riparazione all'abbandonato.

La situazione sarebbe potuta succedere in modo diverso, invece di abbandonare, il coniuge avrebbe potuto interporre il divorzio, una volta che non nutriva più affetto per il suo consorte. Così, non avrebbe offeso nessuno dei doveri coniugali, dispensando l'analisi della colpa. Pertanto, nei casi di usucapione familiare, si costata che la colpa viene osservata soltanto in ragione dell'abbandono della casa. Circostanza che, chiaramente, sarebbe stata evitata col divorzio.

Pertanto, l'esame della colpa si evidenzia ancora come indispensabile nei casi in cui accade l'offesa dei doveri coniugali da uno dei consorti. Altresì, si osserva lo stesso trattamento nel sistema giuridico italiano, in cui quello che ha dato causa alla separazione

litigiosa, in ragione della violazione dei doveri coniugali, è considerato colpevole e perde anche i diritti successori. In questo modo, s'intende che il matrimonio che arriva alla fine in virtù della mancanza di affetto dev'essere estinto col divorzio, essendo innecessario l'esame della colpa. Dall'altra parte, però, se c'è la trasgressione dei doveri coniugali, la colpa deve far parte del processo per dare la responsabilità all'offensore.

RIFERIMENTI

ACCOTI, Paolo. **Separazione e divorzio**. Gli istituti introdotti dal DL 132/2014: la negoziazione assistita dagli avvocati e l'accordo dinanzi all'ufficiale dello stato civile. Contenuti e aspetti procedurali, esperibilità e rischi delle procedure. Disponibile in: <http://www.studiocataldi.it/news_giuridiche.asp/news_giuridica_17123.asp> Accesso in: 15 lug. 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BRUM, Jander Maurício. **Divórcio e separação judicial**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997.
CAMBONI, Luisa. **Divorzio breve: le novità**. Disponibile in: <<http://www.leggioggi.it/2015/05/14/divorzio-breve-novita/>> Accesso in: 15 lug. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARVALHO NETO, Inácio. **A culpa na separação judicial**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 30, jun-jul/2005.

_____. **Separação e divórcio**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Responsabilidade civil no novo código civil**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 48, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **O dever de fidelidade**. Revista AJURIS n. 85, t. I, mar/2002.

DONIZETTI, Elpídio. **Usucapião do lar serve de consolo para o abandonado**. Revista consultor jurídico. 2011. Disponibile in: <<mhtml:file://c:/direito/desktop/tcpós/conjur-umcomsoloparaoabandonado>> Accesso in: 23 lug. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas)**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 18, jun-jul/2003.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**: de acordo com a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adulterio virtual, infidelidade virtual**. Disponibile in <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros40.html>> Accesso in: 20 lug. 2015

ITÁLIA. **Il codice civile italiano**. R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Edição sendo atualizado por F. Chiaves. Disponível in <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm> Acesso in: 15 lug. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 26, out-nov/2004.

MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IDBFAM, n. 11, out-nov-dez/2001.

_____. O dano moral no direito de família. In: **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2006.

MOLINA, Fernanda Salem. **Usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal**. Presidente Prudente/SP. Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. 2012. Disponível in: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3063/2825>> Acesso in: 20 lug. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 2, 34.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1.997.

OKASAKO, Marli Emiko Ferrari. **O artigo 1.240-A do código civil brasileiro introduzido pela lei nº. 12.424/2011 e o retrocesso na legislação ante a emenda constitucional nº. 66/2010**. Disponível in: <<http://www.marcosmartins.adv.br/artigos/211111.pdf>> Acesso in: 06 mar. 2015.

PELA PRIMEIRA VEZ NO PAÍS, JUIZ APLICA “USUCAPIÃO PRÓ-MORADIA. 2011. Disponível in: <<http://www.spm.gov.br/noticias/ultimasnoticias/2011/10/03-10-2013-pela-primeira-vez-no-pais-juiz-aplica-201cusucapiao-pro-moradia201d>> Acesso in: 10 apr. 2015.

PENA, Stephanie Lais Santos. **Aspectos inconstitucionais da usucapião familiar**. Jus navigandi. Teresina. Ano 18. n. 3571. 11 abr. 2013. Disponível in: <<http://jus.com.br/artigos/24163aspectos-inconstitucionais-da-usucapiao-familiar>> Acesso in 26 mar. 2015.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 91, vol. 798, abril de 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de família**, v. 6, 25.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTANA, Ana Carolina Martins de. **A aplicabilidade da usucapião familiar**. jan-jul 2012. Disponível in: <www.facitec.br/erevista> Acesso in: 19 lug. 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo código civil comentado**. Coord. Ricardo Fiuza, São Paulo: Saraiva, 2.002.

VALLER, Wladimir. **A reparação do dano moral no direito brasileiro**. São Paulo: E. V. Editora, 1.994.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **O dever de fidelidade do cônjuge e a infidelidade virtual.** Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, ano VII, n.º 147, p. 22 a 25, fev/2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Dano moral na separação, divórcio e união estável.** Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775, maio de 2000.

WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?** 2012. Disponível in: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0573_0604.pdf> Acesso in: 20 lug. 2015.