



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli studi di Padova

Dipartimento di *Diritto Privato e Critica del Diritto*

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

INDIRIZZO: DIRITTO CIVILE

XXV CICLO

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

Direttore della Scuola: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Aldo Checchini

Dottoranda: Emanuela Andreola

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

<i>Introduzione</i>	1

CAPITOLO I

AUTONOMIA PRIVATA DEI CONIUGI DALLA FASE FISIOLÓGICA ALLA CRISI DEL MATRIMONIO

1.1. Il potere di disposizione dei coniugi nella fase fisiologica del matrimonio.....	5
1.2. Il nuovo fondamento costituzionale della famiglia.....	14
1.3. Gli accordi preventivi della crisi coniugale secondo il diritto italiano.....	27
1.4. La posizione della giurisprudenza e le indicazioni della dottrina.	34

CAPITOLO II

I LIMITI DEL CONTROLLO GIUDIZIALE NEL PROCEDIMENTO NON CONTENZIOSO DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

2.1. Funzione e struttura dei giudizi di separazione e divorzio. Il ruolo del Pubblico Ministero.....	54
2.2. Spazi riservati al controllo giudiziale nella separazione consensuale e nel divorzio a domanda congiunta.....	71
2.3. Il giudizio di equità sull'accordo di corresponsione dell'assegno divorzile <i>una tantum</i>	83
2.4. Efficacia e validità degli accordi non omologati e delle convenzioni <i>a latere</i> del divorzio.....	93
2.5. Gli atti di disposizione sull'assegno di divorzio.....	108

CAPITOLO III

LA NATURA E LA CAUSA DEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

3.1. La natura degli accordi di separazione consensuale e divorzio a domanda congiunta.....	119
3.2. La causa delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi. Impostazione del problema.....	132
3.3. Le possibili qualificazioni secondo gli schemi tradizionali e la teoria della “causa familiare”	147
3.4. La tipicità dei “contratti della crisi coniugale” secondo la giurisprudenza.	160
3.5. Il regime fiscale degli atti collegati alla causa di separazione o divorzio.....	171

CAPITOLO IV

FORMA E TIPO DEGLI ACCORDI PATRIMONIALI NEI PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

4.1. L'inidoneità del fondo patrimoniale a soddisfare le esigenze che si manifestano nella fase patologica del matrimonio.....	181
4.2. Costituzione di diritti e trasferimenti immobiliari tra coniugi nel verbale di separazione consensuale. Idoneità del titolo per la trascrizione...	190
4.3. Trasferimenti immobiliari a favore della prole.....	202
4.4. Costituzione di vincoli di destinazione nella fase patologica del matrimonio.....	216
4.5. Casi di applicazione del <i>trust</i> in funzione di adempimento degli obblighi contributivi dei coniugi.....	228
4.6. Il <i>trust</i> come garanzia di destinazione abitativa della casa familiare..	238

CAPITOLO V

POTERI DEL GIUDICE E AUTONOMIA PRIVATA NEI PROCEDIMENTI FAMILIARI CONTENZIOSI

5.1. Rapporti tra tutela giudiziale degli interessi familiari e autonomia privata.	247
5.2. I provvedimenti economici del giudice nel contenzioso familiare..	250
5.3. La rilevanza giuridica della casa familiare.	260
5.4. Il provvedimento di assegnazione della casa familiare.	270
5.5. Rapporti tra il provvedimento di assegnazione e il potere di disposizione sull'immobile adibito a residenza familiare.....	285
- Thesis abstract	298
- Esposizione riassuntiva	302
- Bibliografia	306

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

Introduzione

Questo lavoro si propone di esaminare la disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi nella fase in cui, sopravvenuta la crisi del matrimonio, essi hanno interesse a regolare lo stato di separazione personale o a sistemare gli effetti dello scioglimento del matrimonio.

Muovendo dalla considerazione che nel nostro sistema la separazione e il divorzio si ottengono necessariamente mediante ricorso all'autorità giudiziaria, la prospettiva di indagine è quella di verificare il rapporto tra il potere di controllo del giudice e il potere di disposizione dei coniugi sul proprio patrimonio. In altri termini, lo scopo dello studio è quello di individuare i limiti dell'autonomia privata dei coniugi rispetto all'intervento giudiziale.

In questa logica, è necessaria una breve ricognizione delle norme del codice civile che riconoscono un ampio potere di disposizione dei coniugi durante il normale svolgimento del rapporto matrimoniale, evidenziando il nuovo fondamento costituzionale della famiglia, che accorda sempre maggiori spazi alla libera contrattazione in ambito familiare.

Nel nostro ordinamento sembra che i rapporti economici della crisi coniugale non possano essere definiti in via esclusiva mediante patti prematrimoniali, nonostante i tentativi della dottrina di accreditare la tesi della loro ammissibilità in Italia, diversamente dai Paesi di *common law* che ammettono i *Prenuptial Agreements in contemplation of divorce*, la Corte di Cassazione li considera per lo più invalidi e li sanziona con la nullità per illiceità della causa, sulla base della normativa vigente. Poiché essi rappresenterebbero un utile strumento alternativo alla

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

soluzione giudiziale delle controversie coniugali, molte sono le proposte di legge che ne auspicano l'introduzione con modifica del codice civile.

Allo stato, la sede istituzionale per la contrattazione privata dei coniugi resta il procedimento di separazione o di divorzio.

I margini del controllo giudiziale sull'autonomia negoziale degli interessati variano a seconda che la prospettiva sia quella della procedura consensuale piuttosto che quella contenziosa.

Nel primo caso, chiarita la funzione e la struttura dei giudizi speciali di separazione e di divorzio (costitutivi necessari dello *status*), accomunati dalla caratteristica essenziale di essere procedimenti di giurisdizione volontaria, gli spazi di manifestazione del potere di disposizione dei coniugi sono molto ampi. Per questo motivo, è loro consentito di porre in essere veri e propri contratti con cui si cedono o si costituiscono diritti, o ancora si attua una generale sistemazione patrimoniale volta a regolare i diritti e i doveri che nascono dalla separazione e dal divorzio. In questo quadro, sono da approfondire in particolare quegli accordi che prevedono trasferimenti immobiliari (o la costituzione di diritti reali immobiliari), sia tra coniugi, sia a favore della prole minorenni, affrontando i problemi legati all'idoneità formale del verbale giudiziale di separazione, e della sua idoneità a costituire un valido titolo per la trascrizione.

Oltre all'esame dell'aspetto formale il tema porta ad affrontare la questione più complessa della giustificazione causale dei trasferimenti e delle attribuzioni tra coniugi nella sede processuale. In base alle teorie più recenti sulla nozione di causa del contratto, anche la giurisprudenza si è evoluta giungendo a riconoscere a tali attribuzioni patrimoniali in sede di separazione e divorzio un'autonomia sotto il profilo causale. L'inquadramento della fattispecie appare rilevante anche per gli aspetti fiscali, essendo l'agevolazione tributaria vigente dipendente dal collegamento degli atti traslativi alla "causa di separazione o divorzio".

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

Tra gli atti negoziali che realizzano la funzione di garantire l'attuazione degli obblighi contributivi e dei diritti che sorgono dalla separazione e dal divorzio, merita di soffermarsi su quelli che determinano la costituzione di vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* o in base con un *trust*. Ciò sul presupposto che l'istituto del fondo patrimoniale *ex art. 167 c.c.*, che pure comporta un vincolo di destinazione relativamente a beni immobili, mobili registrati e titoli di credito, nell'interesse della famiglia, è insufficiente a soddisfare le esigenze che si manifestano nella fase patologica del matrimonio. Tali atti di destinazione costituiti nell'ambito delle condizioni di separazione o di divorzio, esplicano i loro effetti nei limiti in cui essi vengano omologati o recepiti nella sentenza di divorzio.

Fuori dall'ipotesi di una definizione consensuale della crisi, quando i coniugi in conflitto non raggiungono alcun accordo sulla definizione dei rapporti patrimoniali, resta solo la prospettiva del giudizio contenzioso. Qui il giudice può e deve adottare tutti i provvedimenti di cui all'art. 155 ss. c.c.: affidamento, mantenimento (per i figli e per il coniuge) e assegnazione della casa familiare. In questo caso, la tutela giudiziale dei diritti si "espande" per definire ogni questione necessaria e relativa al nuovo regime patologico della famiglia in dissoluzione. I provvedimenti dell'autorità giudiziaria vengono adottati secondo i meccanismi di un procedimento soggetto alle regole del rito ordinario, dopo una prima fase presidenziale che consente l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti efficaci fino alla pronuncia finale.

In questa situazione va chiarita la sorte della casa coniugale. Data la rilevanza giuridica e sociale del bene "casa familiare", su di esso si concentra il conflitto ma anche la tutela giudiziale (art. 155 *quater* c.c.). Quello di assegnazione è un provvedimento dato nell'interesse della prole minorenni, di contenuto economico, i cui effetti "indiretti" nella "regolazione dei rapporti economici tra i genitori" devono essere tenuti

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

presenti dal giudice nella creazione del nuovo assetto personale e patrimoniale dei coniugi separati e divorziati.

Nella prospettiva di verificare il rapporto tra tutela giudiziale e autonomia privata, va esaminata la fattispecie in cui il proprietario compie un atto di disposizione sulla casa familiare successivamente dopo il provvedimento di assegnazione. Altra questione è quella di capire quale sia l'efficacia dell'assegnazione giudiziale rispetto ai rapporti giuridici già costituiti sulla casa utilizzata come residenza della famiglia. L'ipotesi, molto frequente, è quella della casa concessa in comodato dai genitori proprietari dell'immobile al figlio affinché ci viva con la famiglia, nella quale però sopravviene la crisi, si apre un procedimento contenzioso di separazione e il giudice attribuisce, *ex art. 155 quater c.c.*, alla moglie il godimento esclusivo, quale affidataria della prole minorenni. Il tema deve essere affrontato sulla base dell'orientamento più recente della Corte di Cassazione dopo l'intervento a Sezioni Unite nel 2004.

La linea di indagine è strettamente ancorata ad una ricostruzione del sistema vigente, nel quale gli spazi di intervento del giudice, a volte sono tipizzati dalle norme sostanziali e di rito, a volte lasciano spazio all'esegesi che risente di un filone interpretativo orientato sempre più verso una "privatizzazione" del contenzioso familiare.

SOMMARIO: 1.1. Il potere di disposizione dei coniugi nella fase fisiologica del matrimonio. 1.2. Il nuovo fondamento costituzionale della famiglia. 1.3. Gli accordi preventivi della crisi coniugale secondo il diritto italiano. 1.4. La posizione della giurisprudenza e le indicazioni della dottrina.

1.1. Il potere di disposizione dei coniugi nella fase fisiologica del matrimonio.

Per comprendere i limiti del potere negoziale sui diritti e rapporti economici che sorgono dalla crisi coniugale è necessario accennare al sistema vigente in tema di convenzioni stipulabili dai coniugi in costanza di matrimonio.

E' opportuno in primo luogo richiamare il fondamento normativo della derogabilità del regime legale della comunione per riconoscere l'ammissibilità di ampie tipologie di regimi alternativi. Rilevato che nella fase fisiologica del matrimonio l'autonomia negoziale dei coniugi trova sempre maggiori spazi di attuazione, restano comunque norme e principi inderogabili che rendono la materia dei rapporti patrimoniali familiari non del tutto disponibile. Questi limiti, la cui effettiva portata è ancora oggetto di discussione, si ripresentano anche nel momento in cui si sospendono o cessano gli effetti del matrimonio per separazione o divorzio. In questa fase il richiamo costante è all'art. 160 c.c., agli obblighi contributivi familiari, al principio di proporzionalità nella contribuzione e alla pari dignità dei coniugi.

Come è noto, resta ancora molto dibattuta e aperta la questione di individuare i limiti della libertà contrattuale, siano questi posti esplicitamente dalla legge o ricavabili implicitamente dal sistema in una materia in cui l'ordinamento tutela alcuni interessi in via prevalente. Senza voler affrontare il tema in questa sede, partiamo dal dato risaputo che ai coniugi è riconosciuta un'ampia sfera di libertà negoziale nella fase della costituzione e della attuazione del rapporto matrimoniale

Innanzitutto l'autonomia negoziale è ammessa nella possibilità di escludere *ab origine* il regime legale che, altrimenti, opererebbe di diritto. La possibilità di scegliere il regime di separazione conferisce al regime di comunione carattere suppletivo.¹ In base all'art. 159 c.c., come è noto, i coniugi possono optare per un regime alternativo alla comunione mediante apposita convenzione stipulata ai sensi dell'art. 162 c.c.². Il legislatore della riforma del diritto di famiglia del 1975 ha voluto riconoscere agli sposi una maggiore sfera di autodeterminazione predisponendo una serie di modelli patrimoniali alternativi (la separazione dei beni, la comunione convenzionale e il fondo patrimoniale).

La tendenza ad una maggiore "liberalizzazione" della contrattualistica privata nella famiglia è stata successivamente confermata con la legge 10 aprile 1981, n. 142 che ha abolito la previsione della necessaria autorizzazione giudiziale, in funzione di controllo, per la stipulazione di convenzioni matrimoniali dopo il matrimonio (secondo la prima formulazione dell'art. 162, comma 3°, c.c. ³). Ora le convenzioni possono concludersi in ogni tempo senza intervento del giudice.

¹ Per l'attribuzione di un carattere meramente suppletivo alla comunione legale vedi L.BALESTRA, in *Commentario del codice civile. Della famiglia*, sub art. 210 c.c., p. 246., UTET- Milano 2010; M.R. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 104 ss.

² Secondo alcuni, l'autonomia privata, intesa come possibilità riconosciuta ai privati di autoregolarsi, non viene costituita *ex novo* dalla legge ma può considerarsi fonte di un ordinamento preesistente, il quale viene solo riconosciuto dalla legge statale. In tema di convenzioni matrimoniali tale riconoscimento sarebbe scolpito nell'art. 159 c.c. In questo senso vedi E.RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano 1983, p. 58 ss.

³ L'art. 1, l. 10-4-1981, n. 142 (*Norme relative alle convenzioni tra coniugi*) ha abrogato il secondo periodo del comma 3, con quale si richiedeva l'autorizzazione giudiziale per il mutamento delle convenzioni matrimoniali, dopo la celebrazione del matrimonio. Cfr. anche art. 2, l. 142/1981 cit. che dispone: «L'autorizzazione del giudice è prevista soltanto per il mutamento, dopo la celebrazione del matrimonio, di convenzioni matrimoniali stipulate per atto pubblico prima dell'entrata in vigore della presente legge».

Nel segno di una maggiore autonomia contrattuale dei coniugi è stato modificato anche il sistema di diritto internazionale privato. Con legge 31 maggio 1995, n. 218⁴, si è infatti dato valore alla volontà degli sposi nel riconoscere la possibilità di scegliere il diritto applicabile, a condizione che l'accordo sia concluso per iscritto e che si faccia riferimento alla legge di uno stato in cui uno dei coniugi abbia la cittadinanza o la residenza e purché il patto sia considerato valido dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato⁵.

L'evoluzione normativa in materia ha portato a riconoscere non solo la libertà di scelta del regime patrimoniale tra più modelli, ma anche la possibilità di integrare il regime-base della comunione legale ricomprendendo beni che il legislatore non aveva previsto come appartenenti al patrimonio comune. Inoltre, la modificabilità dell'oggetto della comunione mediante convenzione è ammessa anche nel senso di una riduzione della comunione⁶. Si discute inoltre se i

⁴ Il riferimento è all'art. 30 della legge 218/95: "I coniugi possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede".

⁵ Sul tema vedi G.OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 617; B.VALIGNANI, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*; in *Famiglia*, 2001, p. 381. Secondo Oberto (*op. loc. ult. cit.*) la scelta di politica legislativa attuata con il nuovo sistema di diritto internazionale privato della famiglia consente alla nostra legislazione di allinearsi alle più moderne tendenze riscontrabili sia negli ordinamenti stranieri, sia nelle convenzioni interpersonali. Si esalta l'autonomia dei coniugi permettendo loro di inserire nella *lex contractus matrimonii* istituti tratti da ordinamenti diversi dal nostro quali, ad esempio, gli accordi preventivi in vista della patologia del matrimonio, non riconosciuti dalla nostra giurisprudenza di legittimità ma già approvati dalla Cassazione in relazione all'ordine pubblico internazionale. Sul punto, l'Autore cita una significativa pronuncia della Suprema Corte del 3 maggio 1984, n. 2682 che ha escluso il contrasto con l'ordine pubblico internazionale di un accordo preventivo di divorzio concluso tra cittadini statunitensi residenti in Italia, questione su cui si tornerà in tema di validità ed efficacia in Italia dei patti prematrimoniali.

⁶ A parte l'atto estremo di esclusione del regime legale, resta una vasta gamma di atti mediante i quali i coniugi, per motivi di convenienza economica, legati ad esempio a ragioni fiscali, potrebbero creare un assetto patrimoniale anche solo parzialmente sottratto alla piena operatività della comunione legale. Si discute quindi se oltre alla

coniugi possano derogare alle regole sull'amministrazione dei beni comuni e all'uguaglianza delle quote, addirittura prevedendo regimi patrimoniali atipici⁷.

E' evidente, dall'esame del *corpus* normativo che disciplina i rapporti patrimoniali fra coniugi, che esiste di un principio generale di derogabilità del regime legale. Esso è sancito dall'art. 159 c.c. che rappresenta una disposizione centrale nella riforma del diritto di famiglia⁸, nonché fondamento istituzionale della libertà contrattuale nei rapporti patrimoniali familiari. Lo strumento negoziale tipico concesso agli sposi è costituito dalle convenzioni matrimoniali di cui all'art. 162 ss. c.c., negozi bi o plurilaterali volti ad incidere sul regime patrimoniale della famiglia per lo più in deroga a quello legale⁹.

esclusione *in toto* del regime comunitario si possano pattuire convenzioni riduttive, prevedere scioglimenti parziali del regime legale, stipulare convenzioni che escludano dalla comunione anche singoli beni o porre in essere negozi giuridici volti ad impedire preventivamente l'acquisto in comunione di un determinato bene mediante rifiuto del coacquisto *ex lege*.

⁷ La configurabilità nel nostro ordinamento di regimi patrimoniali atipici non è pacifica anche se ammessa dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, ma il tema esula dal nostro profilo di indagine.

⁸ E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2004, p. 22, riferendosi alla portata innovativa dell'art. 159 c.c. ha affermato che il sistema introdotto dalla riforma con i peculiari principi e valori di cui è portatore, segna l'ingresso "trionfale" dell'autonomia privata nel diritto di famiglia.

⁹ La qualificazione delle convenzioni matrimoniali come contratti in deroga al regime legale appare tuttavia una definizione lacunosa. Ci sono infatti delle convenzioni matrimoniali che non sono veri e propri contratti ma negozi unilaterali. Ad esempio, quando il fondo patrimoniale è costituito da uno solo dei coniugi (art. 167, comma 1°, c.c.), fonte del regime convenzionale è un atto unilaterale. Per altro verso, ci sono convenzioni matrimoniali che non hanno propriamente la funzione di derogare al regime legale. Per tornare al fondo patrimoniale, questo, in assenza di ogni altra convenzione, non è un'alternativa alla comunione: il fondo patrimoniale è regime di beni attuali mentre la comunione è regime di beni futuri (E.ROPPO, voce *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur.*, Roma 1988). Pare quindi di poter ricomprendere nell'ambito dell'istituto una pluralità di negozi diversi oltre le ipotesi tipiche previste dall'art. 162 c.c.

E' noto che, tendenzialmente le convenzioni matrimoniali sono degli accordi programmatici dei privati e costituiscono un *species* del genere contratto normativo. Ma questa non è la regola. Vi sono infatti convenzioni matrimoniali dotate di immediata efficacia reale (si pensi alla costituzione di un bene in fondo patrimoniale)¹⁰.

Senza volerci addentrare nella questione, è certo che l'ampiezza della libertà di porre in essere delle convenzioni soggiace a dei limiti tanto generali quanto particolari, sia espliciti, sia ricavabili dal sistema. Innanzitutto vi sono quelli di carattere generale operanti per qualsiasi tipo di regime patrimoniale convenzionale. Questi sono espressi negli articoli 160, 161 e 166 *bis* c.c. i quali costituiscono nel loro insieme il nucleo essenziale ed intangibile delle situazioni giuridiche patrimoniali dei coniugi. Essi rappresentano, come è stato ampiamente rilevato, il cosiddetto "regime primario" in quanto vigente a prescindere da qualsiasi scelta dei coniugi. L'art. 160 c.c. sancisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio¹¹. Tale inderogabilità non è collegata necessariamente al carattere non patrimoniale della situazioni giuridica in quanto può dirsi superato il "nesso non patrimonialità-indisponibilità" del diritto. L'art. 160 c.c. non si riferisce indistintamente ai diritti e doveri patrimoniali, ma al nucleo essenziale del diritto alla contribuzione durante la fase fisiologica del rapporto coniugale, nucleo costituito dall'obbligazione alimentare. E' stato osservato che il "fondamento in positivo" dell'indisponibilità delle situazioni giuridiche

¹⁰ E. BARGELLI- F.D.BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano 2000, p. 436 ss., evidenziano che la convenzione matrimoniale potrebbe avere fonte diversa da quella contrattuale, si pensi al fondo patrimoniale costituito da un terzo per testamento.

¹¹ Quali essi siano non viene detto in modo esplicito. Secondo alcuni interpreti la norma si riferisce sia ai diritti e doveri di natura personale, sia a quelli di natura patrimoniale contemplati negli articoli 143, 144., 145, 147 e 148 c.c. Secondo altri, invece, il limite si riferisce solo ai doveri di contribuzione di cui agli articoli 143, comma 3° e 148 c.c., In tal senso F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Milano 1997, p. 277.

di diritto familiare deve individuarsi nella “finalità di tutela della vita umana dei familiari, finalità tipica ed esclusiva dell'obbligazione alimentare”¹².

Altro limite generale è costituito dall'art. 161 c.c. che vieta agli sposi pattuizioni generiche sul regime applicabile chiedendo di enunciare in modo concreto il contenuto degli accordi con i quali intendono regolare i loro rapporti. La *ratio* della norma è quella che vi sia certezza per i coniugi e per i terzi in ordine ai diritti e agli obblighi tra loro vigenti.

Infine l'art. 166 *bis* c.c. sanziona con la nullità ogni convenzione che «comunque tenda alla costituzione di beni in dote»¹³, istituto incompatibile con il sistema, poiché crea una situazione di privilegio a favore di un coniuge, con conseguente violazione del principio di parità dei coniugi. Dopo l'abolizione della dote, tale ultima norma ha lo scopo di impedire che l'effetto proprio del regime dotale venga perseguito con un contatto in frode alla legge¹⁴.

Accanto ai limiti generali che comprimono l'autonomia privata dei coniugi il legislatore ha anche previsto delle limitazioni particolari funzionali al tipo di regime adottato. Quando i coniugi, optando per un

¹² L'autore precisa di non contraddirsi rispetto all'assunto principale secondo cui l'art. 160 c.c. non si riferisce ai diritti personali. Ciò che non può essere condiviso è che i diritti della personalità vengano considerati, in quanto tali, indisponibili. Quindi la norma si riferisce sicuramente anche agli *status* familiari, così come alle regole sul mantenimento e affidamento della prole.

¹³ Poiché l'istituto che comportava, nella sua essenza, un vincolo di inalienabilità ed inespropriabilità sui beni della moglie che ne formavano oggetto *ad sustinenda onera matrimonii*, è stato abrogato, si è detto che l'art. 166 *bis* c.c. è superfluo. La semplice mancata riproposizione della disciplina avrebbe costituito di per sé un divieto di perseguire con atti negoziali le finalità proprie della dote. In tal senso vedi E. RUSSO, *op. ult. cit.*, p. 600 ss.

¹⁴ Vista la formulazione non chiara della norma, la dottrina maggioritaria ritiene che ciò che essa vieta è la stipulazione di convenzioni che attribuiscono ad un coniuge una posizione di supremazia rispetto all'altro, conferendogli il potere di amministrare beni sui quali non ha alcun diritto reale. In questo senso G. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti di parte generale*, in *Fam. e d.*, 1995, p. 600; M.R. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e d.*, 1994, p. 107; E. RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982., p. 525.

regime alternativo¹⁵, scelgono quello di comunione convenzionale previsto nella sezione IV, capo VI del libro primo del codice civile, dovranno soggiacere alle prescrizioni di cui al comma 2° e 3° dell'art. 210 c.c.¹⁶

¹⁵ Il principio della derogabilità convenzionale della comunione legale si attua sia mediante la sostituzione del regime legale con un regime alternativo, sia con l'integrazione o modificazione della comunione legale stessa. Sul punto sovrviene la contrapposizione tra l'intitolazione della Sezione IV « *Della comunione convenzionale* » e la rubrica dell'art. 210 c.c. « *Modifiche convenzionali alla comunione legale dei coniugi* », che autorizza a ritenere rimessa alla volontà privata la scelta fra le due strade: o la sostituzione, o la correzione del sistema legale. In questo senso: G. GABRIELLI, voce *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.* XVI, Torino 1997, p. 330; E. QUADRI, *Della comunione convenzionale*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Padova 1992, p. 402-403.

¹⁶ La dottrina si è a lungo soffermata sulla natura giuridica della comunione convenzionale, questione che non trova soluzione univoca nel dato letterale delle norme che ne fanno menzione. Secondo un primo orientamento, peraltro minoritario, la comunione convenzionale costituirebbe un autonomo regime patrimoniale. L'art. 210 c.c., non regolando completamente l'istituto, sarebbe indice del fatto che, al di fuori dei limiti previsti dalla legge, i coniugi possono adottare qualsiasi disciplina in deroga a quella della comunione legale. I sostenitori della natura autonoma della comunione convenzionale non escludono che le parti possano apportare semplici modifiche al regime di comunione legale, ma in tal caso la fonte della disciplina resta quella dettata dalla legge con i temperamenti voluti dall'atto negoziale. Ma questa non è l'ipotesi prevista dall'art. 210 c.c.

La dottrina dominante, criticando i numerosi argomenti testuali addotti dalla teoria dell'autonomia - sui quali non ci soffermiamo in questa sede - assegna agli artt. 210 e 211 c.c. la semplice funzione di indicare i limiti alla libera estrinsecazione dell'autonomia privata. Il legislatore della riforma avrebbe inteso disciplinare un solo tipo di comunione, quello legale, lasciando ai coniugi la possibilità non di costituire un autonomo regime comunitario, ma solo di modificare il regime legale, come espressamente prevede l'art. 210, comma 1°, c.c. La comunione convenzionale pertanto costituirebbe solo una specie della comunione legale modificata mediante convenzione matrimoniale stipulata ai sensi dell' art. 162 c.c. Infine, parte della dottrina adotta una soluzione conciliativa fra le due opposte teorie ritenute non soddisfacenti. La tesi intermedia parte dal presupposto che non si può dare eccessiva importanza agli argomenti testuali ricavabili dall'art. 210 c.c. in quanto ambivalenti. Alla luce di tale premessa, si afferma che alla comunione convenzionale va astrattamente attribuita una duplice natura, diversa a seconda del contenuto della convenzione in concreto pattuita. Si avrà semplice modifica al regime legale quando i coniugi avranno semplicemente modificato il regime legale senza snaturarlo; si avrà invece un regime patrimoniale autonomo quanto le parti avranno inteso regolare i loro rapporti secondo un modello completamente diverso da quello legale e quindi interamente disciplinato dalla loro volontà. La questione del carattere autonomo o meno della comunione convenzionale non è stata oggetto di interesse da parte della giurisprudenza di legittimità, a dimostrazione della scarsa diffusione di tale istituto. Merita tuttavia evidenziare che talvolta i giudici tributari si sono occupati del problema ai fini della corretta tassazione dei redditi dei coniugi. Poiché la normativa

Il secondo comma pone il limite massimo di esplicazione dell'autonomia privata impedendo che una convenzione ampliativa della comunione possa ricomprendere i beni personali indicati nelle lettere c), d) ed e) dell'art. 179 c.c. La *ratio* è quella di assicurare pari dignità ai coniugi nel temperamento degli interessi individuali e comunitari, vietando che tutti i beni di uso strettamente personale, quelli che servono all'esercizio della professione e quelli ottenuti a titolo di risarcimento del danno, siano attratti alla comunione. Il comma 3° dell'art. 210 c.c., restringe sensibilmente i poteri in ordine alle modifiche delle regole di funzionamento della comunione legale stabilendo che non sono derogabili le regole relative all'amministrazione dei beni e all'uguaglianza delle quote limitatamente ai beni che formerebbero oggetto di comunione legale. La disposizione stabilisce con ciò il limite minimo di esplicazione dell'autonomia privata ed è anch'essa dettata a tutela del precetto costituzionale della pari dignità dei coniugi.¹⁷

La dottrina maggioritaria ritiene infine che, accanto ai limiti espliciti (generali e particolari) fissati dalla legge, ve ne siano altri impliciti ricavabili dal sistema. Il più importante fra tutti è quello che riguarda la

tributaria non è suscettibile di applicazione analogica, solo considerando la comunione come modifica di quella legale, si poteva applicare alla stessa il d.p.r. 597/1973 sulla tassazione separata.

La tesi più equilibrata sembra quella che opera una distinzione in base all'intenzione dei coniugi stipulanti le convenzioni matrimoniali: se l'intento è quello di apportare delle semplici modifiche al regime di comunione legale, salvi i suoi profili essenziali, versiamo nell'ipotesi in cui la convenzione avrebbe funzione integrativa del sistema: se invece l'intento è quello di sostituire integralmente il regime legale, si parlerà di un regime globale alternativo.

¹⁷ L'inderogabilità di detta norma riguarda solo i beni che cadono in comunione ex art. 177 c.c.: ne discende che, rispetto a quei beni che sono stati introdotti in comunione dai coniugi e che in assenza di tale convenzione sarebbero personali, possono essere previste quote disuguali e regole amministrative diverse rispetto a quelle dettate dagli artt. 180 ss. c.c. I coniugi possono quindi prevedere che il godimento durante la comunione e il bene stesso, al momento dello scioglimento, spettino loro in misura disuguale, per esempio in proporzione al contributo fornito da ciascuno alla creazione del patrimonio comune. Relativamente all'amministrazione i coniugi possono poi stabilire un sistema di amministrazione ordinaria congiuntiva o, al contrario, un sistema di amministrazione straordinaria disgiuntiva, fermo il rispetto dell'art. 166 bis c.c. (B. VALIGNANI *op. cit.* p. 395).

responsabilità patrimoniale dei coniugi di cui agli artt. 186 e 190 c.c.. Trattandosi di materia che incide sulla posizione giuridica dei terzi, essa è sottratta all'autonomia contrattuale dei debitori e quindi i coniugi non possono concludere convenzioni matrimoniali che pregiudichino i terzi creditori¹⁸.

Nel rispetto dei limiti sopra individuati l'autonomia privata dei coniugi può espandersi fino a comprendere accordi costitutivi di regimi convenzionali atipici, considerati ammissibili dalla maggior parte della dottrina. L'opinione si fonda sull'argomento che il legislatore non ha espressamente manifestato una rigida volontà tipizzatrice mediante esplicito divieto alla stipulazione di simili convenzioni¹⁹. Un ulteriore argomento a favore si desumerebbe indirettamente anche dall'art. 161 c.c., che, come visto, impone alle convenzioni un contenuto chiaro e certo. Con ciò si riaffermerebbe la possibilità che la convenzione stessa sia interamente determinata dalle decisioni delle parti.

In conclusione, può affermarsi con certezza che il sistema attribuisce ai coniugi, nella fase fisiologica del matrimonio, una ampia serie di

¹⁸ In questo senso vedi G. GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit. p. 393. Anche se l'art. 210 c.c. non ne fa espressa menzione, la dottrina prevalente ritiene che i coniugi non possano convenzionalmente stabilire regole diverse sullo scioglimento della comunione legale previste dall'art. 191 c.c. Il tema è molto discusso. In ogni caso, va evidenziato che la possibilità dei coniugi di incidere pattiziamente sulle cause di scioglimento della comunione pone il problema dell'opponibilità ai terzi dell'accordo, così, in mancanza della previsione di una apposita forma di pubblicità, si dovrebbe concludere che il caso di scioglimento stabilito convenzionalmente produca effetto solo tra i coniugi. (G.OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit. p. 67.3).

¹⁹ Sull'ammissibilità dei regimi patrimoniali atipici vedi G.OBERTO, *op. cit.*, p. 617 ss.; B.VALIGNANI, *op. cit.* p. 348 ss.; G.GABRIELLI, in *Scioglimento parziale della comunione legale*, cit. p. 349; R. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. Cian-Uppo-Trabucchi*, p. 9 ss.; M.R. MORELLI, *op. cit.*, p. 104 ss.; F.ANGELONI *op. cit.*, p. 214 ss.; E. BARGELLI-F.D.BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, p. 4:36; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, cit. p. 177 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, p. 218. Il legislatore riformista ha respinto un emendamento (l'emendamento dell'onorevole Morvidi) che suggeriva di sanzionare con la nullità ogni convenzione matrimoniale diversa da quelle espressamente previste dal codice civile.

possibilità per regolare i rapporti patrimoniali in attuazione del principio di libertà contrattuale sancito dall'art. 159 c.c. nei limiti inderogabili di cui si è detto. I divieti che comprimono l'autonomia privata rappresentano la base essenziale sulla quale poggia la garanzia dei diritti che il sistema tutela in via prevalente. Ad essi si richiamano gli interpreti anche quando devono individuare i margini del potere negoziale dei coniugi che hanno interesse a regolare gli effetti della cessazione del rapporto coniugale.

1.2. Il nuovo fondamento costituzionale della famiglia.

Sono note le ragioni storiche di quella che viene definita la "privatizzazione" dei rapporti patrimoniali familiari. E' stato infatti ampiamente rilevato che la libertà contrattuale riconosciuta ai coniugi nei termini sopradetti si giustifica con il graduale e -sembra- irreversibile superamento della concezione pubblicistica della famiglia²⁰.

²⁰ Alcuni Autori, dopo la riforma del diritto di famiglia del 1975, hanno evocato il tramonto della concezione istituzionale del matrimonio e la privatizzazione della famiglia mediante una sempre più radicale contrattualizzazione dei rapporti che in essa si svolgono. In questo senso vedi N. LIPARI, *Il matrimonio, in Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova 1996; p. 16 ss.; L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, p. 105; G. CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001, p. 1161 ss., F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Milano 1997, p. 214-220. Secondo quest'ultimo autore, è incompatibile con l'attuale sistema normativo la concezione pubblicistica della famiglia che neghi spazio al potere di autodeterminazione e di autoregolamentazione dei coniugi in ambito familiare, funzionalizzando ogni atto giuridico posto in essere dai componenti della famiglia ad un superiore interesse sovraordinato rispetto ai singoli e coincidente con quello pubblico statale. L'Autore individua ben trentuno dati normativi contenuti nel nostro ordinamento da cui desumere inequivocabilmente il superamento della vecchia concezione dell'istituto familiare. Mentre l'interpretazione sistematica del diritto positivo vigente operata dalla prevalente dottrina, porta a considerare irreversibilmente superata la concezione pubblicistica della famiglia, vedremo che la giurisprudenza della Corte di Cassazione è oscillante offrendo talvolta soluzioni «moderne» salvo poi restaurare argomentazioni superate (vedi la sentenza n. 2688 del

Come è risaputo, per molti anni, prima della riforma del 1975, l'idea della famiglia era dominata dal concetto di *status* e ciò impediva di costruirla come una sfera personale plurisoggettiva in cui poteva affermarsi la libertà contrattuale. Tale impostazione si era consolidata sotto l'influenza sia del pensiero di matrice cattolica, sia di quello laico il quale vedeva nella famiglia un *seminarium rei publicae*. La comunità familiare era considerata come un'istituzione, cioè come una comunità portatrice di valori di carattere superindividuale.²¹ Su questi presupposti si diffuse la cosiddetta "concezione istituzionale" della famiglia, autorevolmente elaborata e sostenuta da Cicu. L'illustre giurista vedeva tale formazione sociale come una comunità rivolta al perseguimento di finalità pubblicistiche e la riteneva perciò meritevole di tutela in quanto espressione di un valore "assoluto" e "trascendente" rispetto ai suoi membri, tale da giustificare il sacrificio degli interessi dei singoli e dei terzi che vantassero diritti concorrenti.²²

2 giugno 1989 e le successive pronunce n. 2954 del 27 febbraio 2003 e n. 19250 del 24 settembre 2004 delle quali si dirà in seguito).

²¹ Sul rapporto tra individuo e comunità vedi gli spunti offerti da P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna 1966, p. 3 ss., 52 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. It.* 1978, p. 117. In merito all'influsso del pensiero hegeliano sulla teoria istituzionale della famiglia vedi F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna Roma 1971, p. 8 ss. Sulla contrapposizione tra membro della famiglia e ordine pubblico vedi anche A. ZOPPINI, *contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *G.I.* 1990, p. 1319-1332.

²² Seguono questa impostazione le prime opere istituzionali di A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma 1914, p. 33 ss.; *La filiazione. Gli alimenti*, Torino 1939, p. 5 ss. Ma il pensiero domina anche le pubblicazioni successive: *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, p. 145-155; *Il concetto di status*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, p. 181-197. Per una ricostruzione sintetica del pensiero di Cicu, vedi F. MESSINEO, *L'opera di Antonio Cicu*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, p. 22 ss. "Per un verso, si coglie - fra rapporti e diritti soggettivi familiari, e rapporti e diritti soggettivi pubblici - l'aspetto comune, per cui, negli uni e negli altri, gli interessi in gioco non sono antitetici, ma costituiscono unità: vi si riallaccia un fine unitario; e la volontà dei singoli è posta a servizio dell'interesse unitario, che è, per altro verso interesse superiore. Svanisce, perciò, o si attenua fortemente - nei componenti della famiglia - l'autonomia della

La teoria istituzionale della famiglia non arrivò tuttavia mai a sostenere l'attinenza del diritto di famiglia al campo del diritto pubblico. Essa comunque valorizzava una netta distinzione tra il diritto privato, in generale, e il diritto di famiglia, in considerazione del fatto che in quest'ultimo il diritto soggettivo resterebbe comunque "contenuto in piccoli spazi chiusi, che le legislazioni moderne tendono a estringere sempre più"²³ e, come nel diritto pubblico, sarebbe esclusa l'autonomia e la rilevanza della volontà individuale²⁴.

volontà. Ne discende la struttura organica dei rapporti giuridici familiari, dei quali, la volontà è, sì, un elemento, ma conformato in maniera diversa che nel rapporto giuridico privatistico; e l'apparire del concetto di *status* familiare, da concepire come situazione giuridica permanente, nella quale si trova la persona, quale parte di una totalità, cui è affidato il compito di conseguire finalità necessarie, rispetto a quelle che il singolo possa proporsi: epperò, sottratta al potere di disposizione della volontà privata; donde, ancora, le affinità che avvicinano il rapporto giuridico familiare al rapporto giuridico pubblicistico (pur non identificandolo con questo). Di qui, inoltre, la preminenza del momento del dovere su quello del potere e la nozione di potere-dovere, che domina l'intero ambito del diritto della famiglia. L'aspetto della superiorità dei fini, assegnati alla famiglia, puntualizza quel riflesso che inevitabilmente deriva dall'essere, la famiglia, oggetto di considerazione da parte dell'etica; e, separatamente, da parte della scienza politica; la quale vi ravvisa il nucleo originario, che si sviluppa idealmente a Stato; infatti, non a caso, si suol parlare della famiglia, anche come di una società".

Nel filone della teoria istituzionale della famiglia si collocano anche altri Autori come F. DEGNI, *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943, p.107 s.; M. BESSONE, G. FERRANDO, *Regime della filiazione naturale, parentela naturale famiglia di fatto*, in *Dir. Fam e Pers.* 1979, 1318 s.).

²³ A.CICU, *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, cit. p. 142: "Quell'autonomia è limitata, ed i limiti sono appunto segnati dalle finalità dei poteri: questi costituiscono pur sempre una funzione: manca la libertà, la signoria della volontà. Entro quei limiti si ammetta pure un diritto subiettivo, e cioè qualcosa di più di una semplice competenza: ed entro gli stessi limiti si faccia valere moderatamente nell'interpretazione lo spirito individualistico. Ma appena al di fuori di essi riprende il suo impero l'idea sociale: è questa che costituisce l'ossatura del rapporto: quello è contenuto, per così dire, in piccoli spazi chiusi, che le legislazioni moderne tendono a restringere sempre più: è quindi, nel diritto familiare, eccezionale. Rimanga pure in grazia di esso il diritto familiare al diritto privato".

²⁴ Secondo la teoria istituzionale, ogni istituto, il matrimonio, la potestà, la tutela, ha radice essenzialmente nel fatto sociale e quindi non comporta libertà individuale. I rapporti giuridici cui danno luogo non sono rapporti fra persone in condizione di piena indipendenza, autonomia e responsabilità, ma sono rapporti animati essenzialmente dall'idea del dovere, di subordinazione anziché dall'idea del potere.

Non vi è dubbio che la concezione istituzionale era perfettamente compatibile con una visione totalitaria dello stato e con i principi della dottrina politica dominante diffusi all'epoca del suo consolidamento²⁵⁻²⁶.

Tale pensiero, come è noto, fu oggetto di pesanti critiche già al suo primo apparire. Significativa è, al riguardo, la convinzione di quegli autori che evidenziavano come gli ampi poteri di intervento dello Stato nella realizzazione dei fini nazionali perseguiti non potessero comunque pervenire a stravolgere la natura essenzialmente privatistica del diritto di famiglia²⁷.

Con la fine del periodo totalitario la concezione istituzionale entrava irreversibilmente in crisi e cominciava a farsi spazio la figura del negozio giuridico nel campo familiare, a cominciare dallo stesso istituto del matrimonio per il quale, fino ad allora, il carattere vincolante degli

²⁵ Si tratta di una concezione fondata su una visione pessimistica delle capacità dell'uomo, sulla obiettiva rivalutazione del momento dell'autorità, così nei rapporti regolati dal diritto pubblico come in quelli disciplinati dal diritto di famiglia. In questo senso vedi F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit. p. 14 ss.

²⁶ Un'autorevole dottrina ha affermato che tale teoria appariva come una escogitazione di scuola volta nascondere pretese ed aspirazioni dello Stato in materia di difesa della razza o di educazione della gioventù (P. RESCIGNO, in *Appunti sull'Autonomia negoziale*, 1978 cit. p. 117).

²⁷ In questo senso vedi L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè Milano 1941, 1 ss. "Ora è verissimo che la costituzione dello stato coniugale è circondata da molte cautele nell'interesse collettivo, così come lo stesso statuto coniugale. Sono cautele che vedremo, ma che non impediscono proprio quel fatto che dovrebbe essere preminente, secondo quest'opinione, per assegnazione al fatto privato. E cioè non impediscono che in realtà (prendo alla lettera le parole del Vassalli) la realizzazione concreta degli alti fini nazionali che lo Stato fascista persegue - razza, coscienza nazionale fascista in una prole sana e numerosa, onestà civile, ecc. - sia proprio rimessa all'autonomia del santuario domestico. Certo vi sono cautele e limiti posti da leggi anche di diritto pubblico: nell'interesse della monogamia, della razza, della coscienza nazionale. Vi sono, come esistono pure limiti e obblighi pubblicistici a carico del proprietario (vi allude il nuovo testo del cit. II libro cod. civ.). Con questa differenza: che il codice civile quanto al matrimonio li ha fatti propri, mentre quanto alla proprietà vivono fuori del codice, se anche ivi accennati. Ma questo non basta perché si possa ammettere la natura pubblicistica dell'istituto matrimoniale".

effetti e la indissolubilità rendevano difficile l'inquadramento come negozio.

Cominciava a delinearsi in dottrina l'idea che fosse configurabile un istituto di carattere unitario, il negozio giuridico familiare, come vero e proprio atto di autonomia privata, ancorché caratterizzato da un ambito di libertà ridotto rispetto a quello usualmente ammesso in materia contrattuale. Uno dei più convinti sostenitori della permanenza dell'autonomia privata anche nei rapporti familiari dove poter realizzare una libertà negoziale, ancorché limitata, fu Santoro-Passarelli²⁸. L'Autore riteneva, da un lato, che l'autonomia privata, riconosciuta in ambito familiare, non fosse ammessa per una serie indeterminata di funzioni -diversamente da quanto previsto dall'art. 1322² c. c.- ma, in considerazione dell'interesse superiore tutelato, solo per funzioni determinate e in modo che il negozio concreto corrispondesse esattamente al negozio tipico. Dall'altro lato, egli teneva a precisare che tale autonomia non è data ad una serie indeterminata di

²⁸ F.SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961, p. 381 ss., sulla configurabilità di un potere negoziale riservato ai coniugi afferma: "La tutela dell'interesse superiore della famiglia pone la questione, se l'ordinamento riconosca nell'ambito del diritto di famiglia l'autonomia privata; in altri termini se qui trovi applicazione la figura del negozio giuridico. Com'è noto, la questione è stata da qualcuno risolta in senso negativo. Noi condividiamo invece la prevalente opinione che l'autonomia privata abbia una sfera d'applicazione nel diritto di famiglia, sebbene questa sfera sia per molti aspetti più ridotta che nel diritto patrimoniale. Infatti, non solo la formazione dei più importanti rapporti familiari e prima ancora la stessa attribuzione di taluni status sono lasciate all'iniziativa discrezionale del singolo, ma spesso questa iniziativa si esplica nella forma dell'autonomia privata, cioè mediante il negozio giuridico. Per la produzione degli effetti occorre un intento del privato diretto a produrli, e al quale gli effetti in linea di principio sono conformi sebbene, come al solito, la configurazione o meglio la specificazione giuridica degli effetti dipenda esclusivamente dall'ordinamento. E ciò conta, anche se nei casi più importanti, come nel matrimonio, nell'adozione, nel riconoscimento del figlio naturale, occorra per la produzione degli effetti, ponendosi come presupposto o ulteriore elemento costitutivo o di efficacia della fattispecie, un atto di controllo del potere statale".

soggetti, ma solo a coloro che già si trovino o che si troveranno in una determinata situazione familiare²⁹.

Pur nella consapevolezza dell'esistenza di un interesse superiore da realizzare mediante il negozio familiare, questa teoria contiene *in nuce* tutte le premesse per l'elaborazione della concezione moderna della privatizzazione del diritto di famiglia. In tale evoluzione si inserisce la tendenza della giurisprudenza -ormai consolidata- a riconoscere sempre più spazio al potere negoziale dei coniugi nel matrimonio e, di conseguenza, agli istituti che ne accompagnano la crisi.

Su queste basi si ponevano le premesse per una nuova impostazione e per la fondazione della cosiddetta "concezione costituzionale" della famiglia, istituto costruito sui principi d'uguaglianza e di pari dignità dei coniugi (articoli 3 e 29 Cost.). Come è noto, secondo tale impostazione, i diritti fondamentali dell'individuo nell'ambito della comunità familiare trovano riconoscimento e attuazione in quelle formazioni sociali in cui egli "svolge la sua personalità" secondo il disposto di cui all'art. 2 della Costituzione³⁰.

²⁹ Secondo questa prospettiva, l'impiego del negozio per la realizzazione dell'interesse familiare implica una diversa impostazione dei problemi relativi ai vizi della volontà, del rapporto fra volontà e atto e dell'interpretazione dell'atto. Ciò tuttavia non comporta la negazione dell'autonomia privata e il rifiuto della figura del negozio. Sono solo necessari degli "adattamenti" determinati, più che dalla funzione specifica di questo o quel negozio, dalla funzione d'interesse superiore che debbono genericamente adempiere i vari negozi del diritto di famiglia. Ciò che identifica una figura generale di negozio familiare. In questo senso vedi sempre F. SANTORO PASSARELLI, *cit.*, p. 381 s.s.

³⁰ Sulla funzione della famiglia nel quadro istituzionale vedi P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna 1966, p. 3 ss; M. BESSONE, *rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA-Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, 1 ss.; con specifico riguardo ai rapporti patrimoniali tra coniugi vedi P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, Torino 1982, p.73 ss.; M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 168 ss.; E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 53 ss. In tema di rapporti patrimoniali nella famiglia di fatto e per ulteriori riferimenti dottrinali vedi G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano 1991, p.53 ss.

In attuazione di tali principi costituzionali fu abolito il divieto di donazioni tra coniugi³¹ aprendo la strada per il riconoscimento di una più ampia sfera di autonomia privata nella comunità familiare. e l'introduzione del divorzio³². La stessa portata in materia di cessazione

³¹ Cfr. Sent. n. 91/73 Corte Cost. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 781 c.c. in riferimento all'art. 29, capoverso, della Costituzione: "L'irragionevolezza della limitazione ex art. 781 a carico dei coniugi legittimi si appalesa evidente anche nel fatto che il divieto non si applica ai fidanzati con l'assurda conseguenza che le medesime persone possono farsi fra loro donazioni sino al momento in cui contraggono matrimonio legittimo. Pertanto, necessariamente, a base del divieto di cui all'articolo 781 del codice civile vi è la presunzione assoluta che il matrimonio legittimo crei fra i coniugi uno stato reciproco di ineguaglianza e di inferiorità per cui l'uno possa sempre essere circuito o costretto dall'altro a spogliarsi a favore di questo dei suoi beni, presunzione questa incompatibile con il disposto dell'art. 29, capoverso, della Costituzione che ordina il matrimonio sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi e con la stessa concezione giuridica del matrimonio. Tale presunzione è, del resto, contrastante con la stessa realtà giuridica in quanto la persona unita ad altra da vincolo coniugale legittimo è meno esposta a soggiacere a seduzioni e pressioni affettive da parte dell'altro coniuge dirette ad ottenere liberalità, le quali non possono in alcun modo incidere sulla condizione di coniuge legittimo, che non invece la persona non unita ad altra con siffatto vincolo, la quale più facilmente può essere indotta a cedere a ricatti affettivi e a compiere liberalità sotto la minaccia di non effettuare un matrimonio o di far cessare un'unione illegittima. Pertanto, seguendo i criteri enunciati dalla Corte, l'incostituzionalità della norma denunciata risulta non solo estrinsecamente in quanto, limitando l'attività negoziale dei coniugati legittimi, li pone, rispetto alla capacità di effettuare e di ricevere donazioni, in una condizione differenziata in confronto a quella degli altri cittadini, senza che la norma medesima risulti perseguire alcuna finalità apprezzabile, ma anche intrinsecamente in quanto il principio costituzionale di uguaglianza appare violato, mancando ogni ragionevole motivo per fare ai cittadini coniugati con il donante un trattamento diverso da quello dei cittadini non coniugati o non coniugati con il donante, creando situazioni di svantaggio in difetto di una fondata o almeno plausibile giustificazione del precetto o desumibile da effettive esigenze oggettive".

L'abolizione del divieto ha delle forti implicazioni poiché rende automaticamente legittima ogni attività negoziale tra coniugi. Anzi, proprio perché si presume fondata sugli affetti familiari, essa viene ora -con dei limiti- agevolata e protetta. Il "*mutuo amore*", la riconoscenza o, comunque, l'affetto (tipici del contesto familiare) sono la privilegiata ragione giustificatrice degli atti di attribuzione patrimoniale. Ciò dipende dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona (In questo senso vedi G. DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare"*. *Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano 1996, p.182 ss.).

³² La possibilità della cessazione degli effetti civili del matrimonio, impone di ripensare la materia in una diversa prospettiva: è infatti concepibile la successione di differenti famiglie nel tempo, facenti capo agli stessi individui. L'intreccio dei rapporti

degli effetti del matrimonio ebbe la legge speciale sul divorzio, la quale oltre a sancire la dissolubilità del matrimonio, introdusse una serie di norme, anche di natura processuale, che autorizzano la definizione negoziale delle questioni controverse connesse alla scioglimento del vincolo matrimoniale, sulle quali torneremo in seguito³³. Il regime fiscale agevolato per gli atti di disposizione tra coniugi in sede di separazione o divorzio, conferma l'esistenza di un *favor* per questo tipo di contrattazione.

Nei fatti, dopo la riforma del 1975 si è potuto certamente constatare un sempre maggior incremento della negoziazione sia nella fase fisiologica del matrimonio, sia nella fase della dissoluzione della famiglia dove, da un lato, vi è la necessità di fare chiarezza sui reciproci rapporti patrimoniali, dall'altro, non si può prescindere dal regolare gli obblighi economici di contribuzione per il futuro in relazione alle esigenze specifiche di quella determinata famiglia in crisi³⁴.

è dunque tale che non è possibile, nemmeno logicamente, far luogo ad una completa regolazione imperativa, di legge, e conseguentemente aumenta lo spazio lasciato all'autoregolamento dei privati (in questo senso vedi G.DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare"*, cit. 1996, p.70).

³³ In tema di scioglimento del vincolo matrimoniale basti pensare (senza anticipare quanto si dirà in seguito) all'accordo alla base della corresponsione *una tantum* dell'assegno divorzile, o all'accordo posto a fondamento del ricorso su domanda congiunta. Nello stesso linguaggio della Corte di cassazione è frequente il riferimento all'autonomia negoziale anche nei rapporti tra coniugi in crisi.

³⁴ Nel contenzioso familiare, non può quindi negarsi che l'accordo sia ormai lo strumento privilegiato per la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali, anche sotto la pressione dell'autorità giudiziaria che si avvale del suo potere discrezionale per tentare soluzioni conciliative tra i contendenti. Sono stati pensati istituti come la mediazione familiare che non incide solo sui rapporti personali ma anche su quelli patrimoniali. La mediazione sfrutta la competenza tecnica di un intervento professionale allo scopo di riorganizzare le relazioni familiari nella crisi matrimoniale. Il ripristino di un equilibrio determina le basi per costruire un regolamento privato alla crisi della famiglia.

Senza anticipare quanto verrà detto più approfonditamente più avanti, in tema di accordi c.d. *a latere* della separazione e del divorzio, non si può prescindere da quelle decisioni storiche della Corte di Cassazione (Cass. 24.2.1993, n. 2270; Cass. 22.1.1994, n. 657) in cui si sottolinea il peso dell'autonomia privata nei rapporti tra coniugi in crisi. "Classica ipotesi di possibile riconoscimento è, infine, quella, non infrequente nella pratica e ricorrente nel caso di specie, dell'assegno di mantenimento

La “privatizzazione” del diritto di famiglia³⁵ è oramai un fatto e una serie di dati normativi ne sono la conferma³⁶.

L'evoluzione della legislazione italiana nel senso di una tale privatizzazione trova corrispondenza negli ordinamenti stranieri.

In Francia si è assistito ad un processo che ha progressivamente portato all'emergere del consenso e del potere negoziale nella famiglia, in quella che è stata definita come una “*révolution tranquille, qui remet en cause la cohérence antérieure en matière de gouvernement de la famille*”, passando attraverso le riforme della tutela nel 1964, dei regimi matrimoniali nel '65, dell'adozione nel '66, degli incapaci maggiorenni nel '68, della potestà dei genitori nel '70, della filiazione nel '72 e del divorzio nel '75. Proprio nella direzione della negozialità e non nella imposizione di *status*³⁷, si muovono le recenti riforme in vari paesi

preconcordato in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione: in questo caso, essendo di matematica evidenza la maggiore vantaggiosità della pattuizione *a latere* in rapporto all'interesse protetto dalla norma e, quindi, la tutelabilità di essa in quanto libera manifestazione di autonomia. Altro non sarebbe, quindi, se non inutile sacrificio di tale interesse il disconoscimento, in tal caso, della volontà liberamente manifestata dalle parti: un sacrificio che risponderebbe ad una vecchia concezione del controllo pubblico del diritto privato e che non terrebbe conto dei valori di autodeterminazione e di negozialità che anche nel diritto di famiglia si vanno affacciando” (Cass, 4.2.1993, n. 2270).

Nello stesso senso appaiono le argomentazioni della seconda pronuncia “L'accordo di separazione non si scinde in una duplice tipologia di clausole strutturalmente differenziate («processuali» o «extraprocessuali»), ma è atto unitario ed essenzialmente negoziale, soggetto a controllo ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.), tanto che in dottrina si è indicata la separazione consensuale come uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità nel diritto di famiglia e in tale prospettiva si è collocata anche la giurisprudenza di questa Corte con alcune recenti sentenze, come la n. 2788 del 1991, la quale ha dato notevole rilievo all'autonomia dei coniugi, affermando il diritto di ciascuno di essi di condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto generale dei propri interessi economici, sempreché con tale composizione non si realizzi una lesione di interessi inderogabili” (Cass, 22.1.1994, n. 657).

³⁵ In questo senso vedi E. RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano 1983, p. 45 ss.

³⁶ F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., pp. 214-220

³⁷ Seguita invece da alcuni ordinamenti dell'America Latina,

dell'Europa continentale anche nel regolare le questioni che nascono dalla convivenza *more uxorio*³⁸.

Si tratta di una evoluzione felicemente riassunta nell'aforisma "*From status to contract*"³⁹ che evoca il passaggio da un'organizzazione rigida della società, basata sugli *status*, ad un'organizzazione più elastica volta

³⁸ Anche negli altri stati europei l'ambito dell'autonomia privata è piuttosto limitato per quanto riguarda il regime personale dei coniugi ed i rapporti tra genitori e figli, mentre maggiori ambiti di autonomia si riscontrano nella sfera dei rapporti patrimoniali. In generale, i legislatori europei hanno optato per un regime legale ritenuto più idoneo per garantire il migliore funzionamento dei rapporti patrimoniali familiari. Tutti gli ordinamenti europei (esclusi quelli di *common law*) hanno privilegiato un modello operativo anche in mancanza di scelta dei coniugi, fatta salva la possibilità di optare per regimi alternativi o parzialmente differenti. In tale possibilità di scelta sta l'ambito di manifestazione dell'autonomia privata degli sposi. L'autonomia privata familiare si estrinseca particolarmente nel disciplinare i rapporti di convivenza *more uxorio*. Per i contratti di convivenza, è necessaria una distinzione preliminare: per "contratto di convivenza" si intende in senso stretto qualsiasi accordo contrattuale diretto a regolare un rapporto di convivenza non sul matrimonio. Nella generalità degli ordinamenti mondiali il matrimonio è disciplinato già da regole predefinite, che includono la tutela della parte debole del rapporto, mentre il discorso è diverso per quanto concerne la convivenza *more uxorio*: quest'ultima essendo tendenzialmente priva di una disciplina generale si presta maggiormente ad essere regolata mediante atti negoziali delle parti. Si può forse affermare che proprio nei *cohabitation contracts* l'autonomia dei privati trova una delle massime esplicazioni. Si deve tuttavia precisare che nonostante discipline generali della convivenza *more uxorio* non siano del tutto assenti dagli ordinamenti stranieri (si veda il caso degli USA), il contratto rappresenta lo strumento tipico di regolazione di tale fenomeno. L'affermarsi nella pratica della stipulazione di *cohabitation contracts* mira proprio a colmare una lacuna normativa che si riscontra in tema di regolamentazione delle famiglie di fatto. Sul tema vedi S. SICA, *Famiglia di fatto e cohabitation contracts, Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, Salerno, 1997, p. 269 ss. Quanto agli effetti della convivenza, secondo alcuni essa crea vincoli solo sul piano della morale sociale, secondo il modello dei *gentlemen's agreements* che non hanno effetti giuridici e non sono azionabili in giudizio. Contro questa concezione si afferma una tendenza, soprattutto nella giurisprudenza dei paesi di *common law*, a giuridicizzare la convivenza cioè ad equipararla, quanto agli effetti, al matrimonio. Ciò da un lato incoraggia l'utilizzo dei *cohabitation contracts* poiché ne comporta la vincolatività sul piano giuridico, dall'altro ne subordina l'efficacia al controllo dell'autorità giudiziaria.

³⁹ Sottolinea la formula "fortunata" S. Patti (S. PATTI, *From status to contract? Die Bedeutung des Vertrages Im Familienrecht*; in Atti del Convegno di Regensburg, 30 settembre-2 ottobre 2004) inventata dallo storico inglese Maine (Henry Sumner MAINE, *From status to contract*, in *Ancient Law: Its Conventions with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, London, Murray, 1906, pp. 172-174, traduzione a cura di S. RODOTA' in *Il diritto privato nella società moderna*; a cura di S. RODOTA', Bologna, 1971, p. 211 ss. (vedi in generale M.C. ANDRINI, *Il nuovo diritto di famiglia Europeo*, Padova 2007, p. 31 ss.)

a delegare all'iniziativa ed autonomia dei singoli soggetti la disciplina dei rapporti privati, anche familiari. Tale passaggio non discende solo da una interpretazione evolutiva della Costituzione italiana, ma anche dall'impostazione della Carta Costituzionale Europea sottoscritta a Roma il 29 ottobre 2004. Essa ha infatti recepito la tutela dell'individuo come soggetto inserito nella formazione sociale. Le garanzie dell'individuo come tale prevalgono sulla formazione plurisoggettiva in cui la vita dell'individuo si attua. Del resto, dovendo la Carta dell'Unione Europea essere generalmente valida per ogni tipologia familiare, compresa anche la famiglia di fatto, essa garantisce in via preminente i diritti individuali del cittadino europeo, con la sua libertà di movimento e di stabilimento,⁴⁰ prima che come membro di una famiglia.

⁴⁰ Sottolinea questa prospettiva M.C. ANDRINI, *Il nuovo diritto di famiglia Europeo*, cit. p. 36 ss., secondo cui lo *status* di coniuge, nel nostro ordinamento, prima della tendenza evolutiva consolidatasi nella legge di Riforma n. 151 del 1975, comprendeva diritti e doveri in tangibilmente connessi ed irrinunciabili. Significativa la disposizione dell'art. 131 c. c., per la quale il possesso di stato, conforme all'atto di celebrazione del matrimonio sana ogni difetto di forma. La tendenza della legge del progresso si è, quindi, manifestata nel passaggio, operato con la Riforma del diritto di famiglia, dallo *status* al contratto, attraverso l'applicazione delle regole del contratto ai rapporti matrimoniali. E ciò non solo con riferimento ai rapporti patrimoniali, ma anche a quelli personali. Tale applicazione è stata resa più agevole dal principio dell'eguaglianza giuridica dei coniugi, soprattutto nell'esercizio della potestà genitoriale, prima sempre esclusiva del *pater familiae*. Ancora, si pensi all'applicazione del principio della buona fede nel matrimonio putativo (art. 129 c.c.), che ha portato alla formulazione dell'art. 129-bis c.c. sulla responsabilità del coniuge in mala fede o del terzo verso il coniuge in buona fede, ovvero alla facoltà dei coniugi di far cessare di comune accordo gli effetti della sentenza di separazione senza che sia necessario l'intervento del giudice, prevista dall'art. 157 c.c. "Ciò non significa che il contratto di matrimonio come momento solenne, quale veniva fissato sulla tela dai pittori fiamminghi, sia scomparso, ma che, come il testamento, esso sia oggi composto da una pluralità di disposizioni, non necessariamente coeve e contestuali, né unicamente patrimoniali, soggette alla disciplina dei contratti, se pur con qualche adattamento". Dal contratto di matrimonio si è passati al rapporto di matrimonio che viene disciplinato dalla convenzione coniugale. La norma di riferimento è l'art. 159 c. c., novellato, che ha reintrodotto il concetto contenuto nell'art. 1378 del codice civile del 1865, della prevalenza del regime pattizio su quello legale, dove l'unico limite di natura pubblicistica è quello dell'interesse della prole. Sul tema della privatizzazione dei rapporti familiari vedi ancora M.C. ANDRINI, *I regimi patrimoniali della famiglia*, a cura di M. BESSONE, in *Casi e questioni di diritto privato per la pratica notarile*, Milano,

Di fronte ad un'irreversibile evoluzione del nuovo diritto di famiglia e al superamento della sua concezione istituzionale, non sono mancate, tuttavia, voci contrarie in dottrina. Si è sostenuto infatti che il richiamo al concetto di autonomia privata non sarebbe del tutto appropriato nel campo familiare, poiché ai privati non si potrebbe riconoscere il potere di autodisciplinare i propri interessi, essendo la famiglia una formazione sociale caratterizzata da interessi comuni a tutti i suoi membri, non necessariamente coincidenti con quelli dei suoi singoli componenti⁴¹. Inoltre, la cosiddetta privatizzazione del diritto di famiglia comporterebbe il rischio di una "mercantilizzazione"⁴² di tale settore del diritto civile. Ciò sarebbe in contrasto con l'esigenza -tipica di tale branca del diritto- di tutelare interessi di carattere non patrimoniale. Sullo sfondo vi è la preoccupazione che il potenziamento dell'autonomia privata finisca con il compromettere la posizione della parte più debole, cui il regolamento patrimoniale potrebbe essere di fatto imposto⁴³.

1995, Parte I, p. 120 ss.; G. DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia privata*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1988, p. 263 ss.; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Codice civile*, Commentario, diretto da P. Schlesinger, artt. 145-148, Milano, 1990, p. 137 ss.; V. SCALISI, *Consensus e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 153, U. MAIELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova 1991, p. 10755.; P. ZATTI, *Familia, familiae. Declinazione di un'idea*. I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I, p. 9 ss.

⁴¹ Sul punto vedi C.DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, Milano 1997, 7 ss.

⁴² L'espressione è di C.DONISI (in *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit. p. 2855.): "mercantilizzazione sotto la cui egemonia, purtroppo, sulle istanze dell'«essere» - al cui appagamento la famiglia è per sua indole deputata potrebbe farsi insostenibile la pressione esercitata dalle esigenze dell'«avere»... si assisterebbe ad una sorta di « metamorfosi regressiva » dell'istituto familiare, che finirebbe per pregiudicarne il lento e laborioso itinerario evolutivo".

⁴³ Ancora C. DONISI, (*op. cit.*) afferma: "Ora è a tutti noto il fenomeno del contratto c.d. imposto, del contenuto unilateralmente predisposto, nei quali l'autoregolamento programmato è ben lontano dall'essere il frutto della confluenza di apporti volitivi

L'errore di impostazione sta nel ricondurre il concetto di autonomia negoziale a quello di iniziativa economica privata. In verità, come parte della dottrina ha correttamente evidenziato, "l'autonomia negoziale non ha un fondamento unico e per lo più identificato con l'iniziativa economica privata, ma affonda le sue radici in principi diversi anche di rilevanza costituzionale secondo la portata ed il contenuto dell'atto".⁴⁴ Se si guarda infatti al fondamento costituzionale della pari dignità dei coniugi l'interprete non può mortificare la loro autonomia negoziale come se fossero soggetti semi-incapaci⁴⁵. Per questa strada, oltretutto, si finirebbe per avvalorare una disparità di trattamento rispetto ai rapporti tra conviventi *more uxorio*, nell'ambito dei quali l'ammissibilità di una definizione per via negoziale di tutti gli aspetti d'ordine patrimoniale, compresi, quelli attinenti allo scioglimento del *ménage* può ritenersi ormai pacifica.

recati dalle parti a seguito di una serena, ponderata e soprattutto *paritaria* valutazione degli interessi in giuoco...Se così è, non può essere sottaciuto il rischio che nel grado in cui, da un canto, si potenzia l'area operativa del modulo pattizio in un ambito così « sensibile» come quello del diritto di famiglia, senza dall' altro preoccuparsi delle concrete posizioni in cui si trovano le parti, si possa offrire al contraente più « forte» - non soltanto dal punto di vista economico - uno strumento di pressione, se non addirittura di prevaricazione, nei riguardi dell' altro... Pericolo, questo, ancor più avvertibile con riguardo alla famiglia in crisi, ove l'attenuarsi o addirittura il dissolversi dell'*affectio*, e con essa del senso della solidarietà familiare, i rapporti di forza, spesso resi ancor più aspri da acute tensioni emotive, rischiano di divenire la principale, se non esclusiva, « chiave di lettura» di regolamenti d'interessi formalmente «concordati», ma sostanzialmente *subiti* dalla parte più vulnerabile e non solo e non tanto sotto l'aspetto economico".

⁴⁴ La precisazione è di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, p. 34.

⁴⁵ La privatizzazione del diritto di famiglia ed in particolare degli aspetti della crisi coniugale risponde a delle esigenze di certezza nel mutamento della situazione di fatto e, rimettendo in discussione equilibri e soluzioni mira a raggiungere un nuovo equilibrio non solo sul piano economico, ma anche su quello dei rapporti personali dei protagonisti della crisi della coppia. Ciò vale a maggior ragione dove lo schema tipico del matrimonio è "saltato" e dove il patrimonio e le relazioni familiari, nei limiti dell'indisponibilità di alcuni aspetti del regolamento, non possono che essere disciplinati dai protagonisti di questa fase patologica.

1.3. Gli accordi preventivi della crisi coniugale secondo il diritto italiano.

Considerate le sempre maggiori possibilità di affermazione dell'autonomia negoziale dei coniugi in ambito familiare, nella normalità dello svolgimento del rapporto matrimoniale, viene da chiedersi se la stessa libertà sia riconosciuta anche nella fase patologica del matrimonio o in previsione di questa. Il problema è se sia possibile risolvere preventivamente, mediante convenzione privata, il contenzioso coniugale sull'assetto dei rapporti economici familiari, sull'entità e sulle modalità di adempimento degli obblighi contributivi discendenti dalla separazione o dal divorzio.

Nell'ordinamento italiano non sono esplicitamente contemplati gli accordi prematrimoniali volti a disciplinare gli aspetti economici della dissoluzione familiare. Essi però rappresentano una realtà consolidata in diversi ordinamenti stranieri, in particolare -ma non solo- nei sistemi di *common-law*. Come è noto, con il termine "*prenuptial agreements*", si designano quei patti stipulati da coppie prima del matrimonio e destinati a regolare vari aspetti, patrimoniali e personali, anche nell'eventualità della crisi coniugale⁴⁶. Nel nostro sistema, in assenza di

⁴⁶ Nel diritto italiano si sono occupati del tema degli accordi prematrimoniali G. OBERTO, I contratti della crisi coniugale, cit.; Id., "*Prenuptial agreements in contemplation of divorce* " e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 212; Id. *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam e Dir.* 2012, p.69; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi conclusi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 303; C.COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, sub art. 149 c.c. e l. 1 dicembre 1970 n. 898, Milano, 2004, p. 643 ss.

Per un raffronto tra diritto italiano e diritto statunitense sotto il particolare profilo delle modalità di esplicazione dell'autonomia privata, vedi E. AL MUREDEN, *i Prenuptial Agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e Dir.* 2005, p. 543 ss. L'autore si sofferma anche sulla funzione e sui motivi della diffusione dei *prenuptial agreements* all'estero.

Il primo dato significativo è che, sebbene la figura dei *prenuptial agreements* ricorra in altri ordinamenti di *common law*, essi hanno avuto maggiore diffusione in America che in altri Paesi. Nell'ordinamento inglese, ad esempio, i *partners* possono dare vita a

un' apposita previsione normativa, il problema dell'ammissibilità dei patti prematrimoniali va ricondotto al più ampio tema che attiene ai limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale. Anche in Italia, come negli Stati Uniti e negli altri Paesi in cui si sono diffusi gli accordi prenuziali, si avverte l'esigenza di regolare preventivamente, con le giuste garanzie, i rapporti patrimoniali mediante patti che possano "resistere" alla dissoluzione del matrimonio. Il favore manifestato dalla dottrina ha contribuito a rafforzare l'idea di una loro possibile introduzione nel nostro ordinamento. In base a questa convinzione sono state elaborate una serie di proposte di legge, con il chiaro intento di offrire agli sposi strumenti idonei a regolamentare *ex ante*, in modo vincolante, per il futuro ed in alternativa al conflitto giudiziale, le conseguenze della fine del matrimonio⁴⁷.

prenuptial agreements che, pur costituendo uno degli elementi di cui la corte terrà conto nel determinare gli assetti patrimoniali susseguenti al divorzio, non sono vincolanti per la corte e quindi non limitano gli ampi poteri discrezionali di cui essa dispone. In Australia, la possibilità di dare vita ad accordi capaci di sostituirsi agli schemi legislativi è ammessa nei limiti in cui sono salvaguardati i soggetti deboli della famiglia, la corretta formazione del consenso ed è fatta salva la prevedibilità degli accordi stessi nel caso in cui sopravvengano rilevanti mutamenti della situazione di fatto, sulla base della quale furono conclusi. Ai fini di una piena comprensione del fenomeno dei *prenuptial agreements* non è sufficiente limitare l'analisi alla loro disciplina, ma occorre ricondurli ai contesti normativi in cui essi operano e quindi le regole su cui vanno ad incidere.

⁴⁷ E' recente un disegno di legge presentato sul punto in Senato nel marzo 2011. Ci si riferisce al d.d.l. S/2629 (XVI) d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011, recante il titolo "Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali". Il decreto prevede una modifica del codice civile in questi termini: " a) all'articolo 156, primo comma, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «A tal fine il giudice deve tenere dei patti prematrimoniali di natura patrimoniale, eventualmente stipulati ai sensi dell'articolo 162-bis, e darne esecuzione»; b) all'articolo 159, le parole: «comunione dei beni regolata dalla sezione III» sono sostituite dalle seguenti: «separazione dei beni regolata dalla sezione V»; c) all'articolo 162 sono apportate le seguenti modificazioni: 1) al secondo comma, la parola: «separazione» è sostituita dalle seguenti: «comunione dei beni»; 2) dopo il quarto comma è aggiunto, in fine, il seguente: «Fatto salvo quanto stabilito dall'articolo 160, è consentita, ai soggetti di cui allo stesso articolo, la stipula di patti prematrimoniali di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell'articolo 162-bis.»; d) dopo l'articolo 162 è inserito il seguente: «Art. 162-bis. - (Disciplina dei patti prematrimoniali) - I futuri coniugi, prima di

contrarre matrimonio, possono stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il patto prematrimoniale deve essere sottoscritto dalle parti, a pena di nullità, e depositato presso l'Ufficio del registro, territorialmente competente in ragione della residenza di uno dei contraenti. Il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria. La presente normativa non si estende ai rapporti tra genitori e figli, che restano regolati dalla normativa vigente». Secondo la proposta di legge il patto preventivo può anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898 e di esso il giudice del divorzio deve tenere conto, ai fini della determinazione dell'assegno post-matrimoniale.

La previsione formale di cui all'art. 162-*bis* c.c., sulla forma scritta non è rigorosa, e non segue le regole più restrittive fissate dall'esperienza straniera, che richiede invece l'atto notarile, o nei sistemi di *common law* prescrive necessariamente un *independent legal counsel*. Se si considera che il coniuge potrebbe anche rinunciare alla sua posizione di legittimario, la forma dell'atto pubblico notarile (con la presenza di testimoni, in considerazione sia dell'affinità con le convenzioni matrimoniali) sembra essere necessaria. Nella sostanza, il contenuto dei nuovi patti stipulati *ex art. 162-bis* c.c. sembra, per un verso, troppo restrittivo e, per l'altro, addirittura troppo ampio. Il nuovo articolo infatti non menziona l'unico caso in cui la nostra giurisprudenza ammette la validità degli accordi preventivi, vale a dire quello dell'annullamento del matrimonio. Per contro, l'espressione "disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio" consentirebbe di fare pattuizioni aventi ad oggetto tutti i possibili "rapporti patrimoniali", non solo le prestazioni a titolo di contributo di mantenimento di separazione ovvero di assegno di divorzio, ma anche i rapporti giuridici connessi alla crisi coniugale, prevedendo anche regole sullo scioglimento della comunione legale in deroga a quanto disposto dagli artt. da 191 a 197 c.c. Il punto più critico della proposta riguarda però la previsione del comma 3 dell'art. 162-*bis* c.c.: "Il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria". Sembra un caso di "erosione" del divieto dei patti successori, che segue di poco l'introduzione del patto di famiglia, ma con la differenza che in quel caso è stata introdotta una deroga all'art. 458 c.c. Inoltre la clausola di salvezza di cui all'ultimo comma dell'art. 162-*bis* c.c., circa l'impossibilità per le parti di trattare nei contratti prematrimoniali dei rapporti tra genitori e figli, avrebbe senso solo se espressamente riferita alla prole minorenni. Infine la disposizione dell'art. 2 del d.d.l. ("Il patto prematrimoniale può anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla l. 1° dicembre 1970, n. 898"), certamente elimina ogni dubbio sulla totale disponibilità dell'assegno di divorzio. Il fatto che per la separazione (e per l'annullamento) non vi sia analoga previsione, fa rimanere il dubbio che le prestazioni patrimoniali ivi previste non possano essere *ex ante* escluse.

Atra proposta di introduzione dei patti preventivi è quella contemplata dal "Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali" presentato dall'A.M.I. (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani) il 20 luglio 2011. Esso consente che il contratto prematrimoniale possa prevedere una deroga alla parità delle quote (cfr. art. 2, comma 3, del d.d.l. A.M.I., che modifica l'art. 194 c.c., - ommettendo peraltro il riferimento all'art. 210, comma 3, c.c.). Quanto alla forma, il disegno di legge ritiene sufficiente quella scritta, quando invece sarebbe preferibile

l'atto notarile in presenza di testimoni. L'atto notarile (ma non in presenza di testimoni) è invece, inspiegabilmente, richiesto per i soli accordi *in contemplation of divorce* conclusi dopo la celebrazione delle nozze (v., rispettivamente, gli artt. 162-*quater* e 162-*quinquies* c.c., introdotti dall'art. 1 della proposta A.M.I.). Sempre in tema di requisiti formali, non si comprendono le ragioni per cui debbano essere sottoscritti "dinanzi all'ufficiale di stato civile tenuto alle pubblicazioni ai sensi dell'art. 93 c.c." (v. art. 162-*quater*, comma 1, cit.). Altrettanto incomprensibile è la previsione che impone ai nubendi di coniugarsi entro centottanta giorni dalla sottoscrizione delle intese, pena l'invalidità delle stesse (v. art. 162-*quater*, comma 2, cit.).

Quanto al contenuto, appare generica e ultronea la previsione dell'art. 162-*ter* c.c., secondo cui "L'accordo prematrimoniale deve essere redatto ed eseguito secondo buona fede", come se non fossero estensibili gli artt. 1175, 1176, 1337, 1366 e 1375 c.c. Altrettanto troppo vaga l'imposizione di una *disclosure* (cfr. art. 162-*ter* cpv. c.c., secondo cui "I nubendi sono tenuti ad inserire nell'accordo ogni informazione utile in ordine alla rispettiva situazione patrimoniale e reddituale"). Il punto più critico della proposta è però quello che contraddice l'esigenza di stabilità e alternatività della contrattazione privata dei coniugi rispetto al processo, prevedendo espressamente che al giudice competerà poi di "valutare fatti sopravvenuti ove si sia verificato un significativo cambiamento del patrimonio di entrambi tra il momento della stipula ed il momento dell'esecuzione dell'accordo medesimo" (cfr. art. 155-*sexies*, terzo comma, cit.). Ciò che attribuisce espressamente al patto il carattere della instabilità e della impugnabilità in qualunque momento. La conferma di questo limite deriva anche dalla auspicata introduzione di un comma 6-*bis* dell'art. 5 della l. n. 898/70 (art. 4 della proposta A.M.I.), secondo cui "Qualora i coniugi producano in giudizio un accordo matrimoniale ovvero precedente il matrimonio, il giudice *ratifica* gli accordi in merito all'assegno divorzile in favore del coniuge più debole, salvo che il contributo economico stabilito non garantisca al coniuge più debole mezzi economici adeguati alla sua sussistenza". Si tratterebbe dunque addirittura di una "sanatoria giudiziale" contraddicendo così il riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi in materia.

Rispetto alle due proposte esaminate, quella elaborata dal Notariato -presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino- appare più compatibile con i principi e con le regole anche formali vigenti in materia di contrattazione coniugale. Innanzitutto, secondo questo schema di riforma sono stipulabili sia prima delle nozze, ma anche durante il matrimonio fino al momento della presentazione del ricorso per separazione personale (non si esclude la possibilità di una consensualizzazione della separazione contenziosa, che però non rilevarebbe più come accordo *in contemplation of divorce*, essendo quest'ultima ormai in atto). La forma richiesta, è coerentemente quella di cui all'art. 162 c.c. per ogni tipo di accordo di tal genere. Vasto il contenuto di tali possibili intese: "un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro *una tantum* ovvero un diritto reale su uno o più immobili con il vincolo di destinare, ai sensi dell'art. 2645 *ter*, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi". Ancora, si prevede che "Nelle convenzioni un coniuge può anche trasferire all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli portatori di *handicap* per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità a causa dell'*handicap*". Diversamente dagli altri disegni di legge esiste una previsione in merito alle prestazioni alimentari: "Tali convenzioni

Sulla base di una consolidata esperienza straniera, l'istituto *-de iure condendo-* realizzerebbe nel nostro paese oltretutto l'interesse di ridurre i tempi dei procedimenti di separazione e di divorzio, consentendo di giungere ad una soluzione più serena e veloce della controversia, senza che i figli si trovino coinvolti in un lungo conflitto familiare.

Nel nostro attuale ordinamento la possibilità di disporre riguardo alle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale è data soltanto nell'ambito dell'accordo raggiunto in sede di separazione consensuale (articoli 158 c.c. e 711 c.p.c.⁴⁸), ovvero nel contesto del divorzio proposto a domanda congiunta (art. 4, comma 13, legge 898/70), dove tuttavia, come vedremo in seguito, residua uno spazio per il controllo giudiziale. La *ratio* di tale "riserva di giurisdizione" si desume dalla natura di alcuni interessi in gioco che vengono tutelati in via prevalente dall'ordinamento e sottratti alla piena disponibilità delle parti.

Non c'è dubbio tuttavia che fuori dal processo e quindi a prescindere da un contenzioso familiare *sub iudice* -talvolta anche drammatico e tale da condizionare lo stato soggettivo delle parti- resta l'interesse e l'opportunità di predeterminare regole chiare sulla titolarità, sull'amministrazione dei beni acquistati in costanza di matrimonio e sulla loro attribuzione in caso di separazione o divorzio mediante un'apposita convenzione che abbia efficacia "ultrattiva" rispetto al vincolo matrimoniale. L'esigenza di pensare ad una sistemazione patrimoniale che sopravviva alla disgregazione del nucleo familiare

possono anche contenere la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento da parte dell'altro, salvo il diritto agli alimenti ai sensi dell'art. 433 c.c. e ss. e salvo il disposto di cui all'art. 143 c.c.". Quanto ai possibili effetti successori è previsto espressamente che "In tali convenzioni, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in tema di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche norme per la successione di uno o di entrambi i coniugi, salvi i diritti degli altri legittimari".

Per un'esame critico delle più recenti proposte di legge vedi G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam e Dir.* 2012, cit. p.69.

⁴⁸ Della natura di procedimento di giurisdizione volontaria si dirà in seguito.

non può che essere la conseguenza del fatto che, per legge, con la cessazione degli effetti del matrimonio anche i regimi patrimoniali legali e opzionali perdono efficacia.

Come è noto, la pronuncia di divorzio produce effetti sui rapporti patrimoniali sorti automaticamente con il matrimonio, quindi sulla comunione legale, ma anche su quelli derivanti da una convenzione stipulata *ex art.* 162 c.c., come tipicamente la comunione convenzionale (art. 210 c.c.) e il fondo patrimoniale (art. 167 c.c.). E' evidente che le situazioni patrimoniali, che trovano nel matrimonio il presupposto logico-giuridico, non possono essere indifferenti alla caducazione, a qualunque titolo, del vincolo matrimoniale. Essi, si può dire, perdono "tendenzialmente" la loro ragione di essere⁴⁹. Per questo motivo, essendo le convenzioni programmatiche travolte dalla sopravvenuta inefficacia del matrimonio, sorge il problema dell'ammissibilità di una sistemazione contrattuale stabile del patrimonio anche nell'eventualità che il vincolo venga meno.

In una situazione di incertezza determinata dal silenzio della legge e dal contrasto tra la tesi della dottrina, per lo più favorevole, e l'opinione della giurisprudenza, allo stato contraria, la tendenza più recente degli sposi è stata quella di scegliere il regime della separazione dei beni (art. 215 c.c.) per ridurre i rischi degli effetti dissolutori della pronuncia di divorzio⁵⁰.

⁴⁹ L'espressione è di G. BONILINI, in *Gli effetti della sentenza di divorzio sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, *sub art.* 149 c.c. e l. 1 dicembre 1970 n. 898, Milano, 2004. p. 485 ss. L'Autore evidenzia che il regime patrimoniale della famiglia coniugale, qualsivoglia sia il modello attuativo, presuppone l'esistenza attuale del vincolo matrimoniale. Su questo presupposto, egli prende in rassegna le diverse situazioni patrimoniali di fonte convenzionale sulle quali influisce la sentenza di divorzio, sia nel caso in cui sia la legge a stabilirlo espressamente, come in quello del fondo patrimoniale, sia nel caso in cui la legge taccia.

⁵⁰ La dottrina si è in particolare soffermata sugli effetti che la pronuncia di divorzio riverbera sul fondo patrimoniale, dato che l'art. 171 c.c. contempla, fra i casi di cessazione del fondo, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio

Se i coniugi hanno optato per la separazione dei beni, il divorzio ha effetti più limitati sul regime patrimoniale prescelto. Potrebbero infatti non essere più applicabili quelle norme che disciplinano l'amministrazione e il godimento da parte di un coniuge dei beni che appartengono all'altro (articoli 217 e 218 c.c.) ma, per il resto, la titolarità è e rimane separata.

Sulla base di tale disciplina si chiarisce la larga diffusione del regime di cui all'art. 215 c.c., che rende sicuramente più agevole la soluzione preventiva delle questioni patrimoniali nel conflitto coniugale, riducendo notevolmente la materia del contendere⁵¹. Non a caso è stato rilevato in dottrina che l'uso del regime della separazione dei beni *in contemplation of divorce* -in previsione del divorzio- realizza proprio la funzione dei patti prematrimoniali in vista della crisi coniugale⁵².

-«La destinazione del fondo termina a seguito» delle cause ivi contemplate e con esso anche il vincolo di destinazione di determinati beni al soddisfacimento dei bisogni della famiglia- (G. GABRIELLI, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 293 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, III, Milano, 1996, p. 35; F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 43 ss.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Commentario al codice civile dir. da P. Schlesinger*, Milano, 1992).

Interessanti gli aspetti problematici legati agli effetti del divorzio sull'impresa familiare. L'assenza di una norma che esplicitamente disponga riguardo ai riflessi di tale pronuncia rispetto all'impresa familiare, che veda tra i suoi partecipanti anche, o soltanto, i due coniugi, giustifica diverse interpretazioni. Secondo una prima impostazione, si verificherebbe uno scioglimento automatico del singolo rapporto di partecipazione, visto che la sentenza di divorzio elimina lo stato di coniuge. Secondo altri invece, la perdita di quello *status* di coniuge non sarebbe causa di automatico scioglimento del rapporto, ma di possibile esclusione.

Per una ricognizione delle principali questioni sul punto vedi G. BONILINI, *Gli effetti della sentenza di divorzio sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, cit. p. 500 ss.

⁵¹ In questo senso G. BONILINI, *Gli effetti della pronuncia di divorzio sul regime della separazione dei beni*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, *Commentario al codice civile Schlesinger*, cit., p. 494-495.

⁵² G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale cit.*, p. 458, parla di ricorso al regime di separazione dei beni in *contemplation of divorce*, per avvalorare la tesi secondo cui l'uso dello strumento della convenzione matrimoniale in funzione preventiva della crisi coniugale, piaccia o meno, ha già fatto ingresso nel costume degli Italiani. L'Autore dà atto del vertiginoso aumento del numero delle coppie che optano per il regime di separazione dei beni. Dal 1976 al 1991, la quota degli sposi che scelgono la separazione dei beni è passata dall'1 % al 40, al 50 o addirittura al 69%. Attualmente è quasi raro

1.4. La posizione della giurisprudenza e le indicazioni della dottrina.

In generale, il problema dei limiti dell'autonomia privata nelle convenzioni preventive di separazione o di divorzio e di annullamento del matrimonio è stata affrontata dalla giurisprudenza e dalla dottrina con esiti diversi.

La giurisprudenza italiana ha elaborato la tesi della nullità degli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio. Allo stato, non ci sono ancora decisioni sulla la validità degli accordi conclusi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali in vista di un'eventuale crisi coniugale⁵³. L'unica pronuncia di legittimità sul punto

che i coniugi accettino l'applicazione del regime legale della comunione.

Il fenomeno trova la sua spiegazione nella evidente consapevolezza della possibile crisi della famiglia e del rischio di affrontare i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del matrimonio. Significativo al riguardo è il fatto che l'incremento delle opzioni per il regime di separazione dei beni segua l'incremento dei procedimenti per separazione o divorzio, oggi in continua crescita. La scelta di questo regime patrimoniale alternativo a quello legale si accompagna al timore che la divisione di un patrimonio comune possa creare ulteriori problemi nella definizione della crisi.

Nel senso che la separazione dei beni venga scelta con funzione preventiva del contenzioso familiare vedi anche M. BARBAGLI, *La scelta del regime patrimoniale*, il Mulino Bologna, 1997, p. 1055.

⁵³ Recentemente la Corte di Cassazione si è occupata di una convenzione stipulata prima del matrimonio in vista dell'eventuale "fallimento" del matrimonio. Si tratta di un caso di convenzione, riconosciuta valida poché sottoposta alla condizione del fallimento del matrimonio –che non vale come causa del contratto–, ma non in quanto riconducibile alla categoria generale degli accordi in vista del divorzio, richiamati incidentalmente dalla Corte ma senza ulteriore approfondimento: "E' valida ed efficace la scrittura privata, sottoscritta dai nubendi prima della celebrazione del matrimonio, con la quale questi abbiano stabilito che, in caso di fallimento, ovvero separazione o divorzio, l'uno cederà all'altro un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute per la ristrutturazione di altro immobile da adibirsi a casa coniugale. Ed infatti, si tratta di un impegno negoziale, una sorta di *datio in solutum* che viene collegato alle spese affrontate da uno dei coniugi per la sistemazione di un immobile adibito a casa coniugale. In tale accordo, dunque, il fallimento del matrimonio non viene considerato come causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale. In definitiva, si tratta di un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali in vista del divorzio (che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante) e caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali" (Cass. civ. Sez. I, 21-12-2012, n. 23713, massima redazionale in *La legge plus on line*).

risale agli anni ottanta e si limita ad affermare la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, (art. 16, l. 218/1995), di un accordo stipulato tra coniugi statunitensi, residenti in Italia, e volto a regolare i reciproci rapporti patrimoniali in vista del divorzio⁵⁴. Era un caso di *postnuptial agreement*, concluso *in contemplation of divorce*, non prima ma in costanza di matrimonio, per il quale tuttavia la Corte non aveva evidenziato argomenti ulteriori per chiarire i principi che fondavano la soluzione negativa nel diritto interno circa l'ammissibilità di tali patti.

I giudici italiani si sono invece più spesso occupati delle intese che, in sede di separazione consensuale, le parti raggiungono sull'assetto patrimoniale da dare ad un eventuale futuro divorzio. In relazione a questa particolare fattispecie, dopo una prima apertura della giurisprudenza degli anni Settanta⁵⁵, a partire da una decisione del 1981

⁵⁴ Si tratta della sentenza della Corte di Cassazione del 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, p. 579; in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 521: "L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani". La questione è di particolare interesse e lo sarà sempre più se si considera l'incremento dei matrimoni misti, oltre alla possibilità introdotta dall'art. 30, l. n. 218/95, secondo cui i coniugi possono, a mezzo di una convenzione scritta, derogare al regime patrimoniale legale.

⁵⁵ In relazione al mantenimento in sede di separazione, i giudici erano giunti ad ammettere - tra gli anni Sessanta e Settanta - rinunzie di carattere preventivo nascoste dietro atti di "riconoscimento di non aver diritto al mantenimento" e temperate dall'applicazione della regola *rebus sic stantibus* (Cass. 26 maggio 1967 n. 1146, Cass. 26 ottobre 1968 n. 3564; per una rassegna della giurisprudenza di quegli anni vedi G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale cit.*, p. 400 ss.). E lo stesso tipo di ragionamento era stato riproposto con riguardo all'assegno di divorzio, per il quale si era ammessa la validità della rinunzia relativamente alle componenti risarcitoria e

la Corte di legittimità ha iniziato ad elaborare i profili di illegittimità degli accordi in questione, tali da sconsigliarne l'adozione.

La prima sentenza di tale nuovo orientamento riguardava il caso di un accordo che attribuiva al marito separato il diritto di mantenere fermo, per un certo periodo, l'ammontare dell'assegno dovuto alla moglie per il mantenimento di quest'ultima e dei figli, a prescindere da un eventuale divorzio. Qui la Corte, negava la disponibilità dell'assegno divorzile per la sua componente assistenziale (come espressione del perdurare, dopo lo scioglimento del vincolo, di un rapporto di solidarietà economica, nel quale viene trasferito ciò che rimane della reciproca assistenza), stabilendo che, se conclusi prima della sentenza, gli accordi sull'assegno di divorzio sono comunque nulli, anche se riferiti alle sole componenti risarcitoria e compensativa⁵⁶. Per la prima volta la Cassazione iniziava a delineare l'argomento destinato a diventare negli anni successivi un vero e proprio "cavallo di battaglia"⁵⁷,

compensativa, mentre si era affermata la possibilità di ottenere una revisione, sulla base del principio della sopravvenienza, in merito alla componente assistenziale.

⁵⁶ Cfr. Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, p. 184. La dottrina considera questo il *leading case* della involuzione restrittiva della giurisprudenza (G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale cit.*). L'intento particolarmente rigido della Suprema Corte che si desume anche dal fatto che la parte ricorrente non aveva nella specie prospettato un motivo di nullità dell'accordo, per lo meno nel senso poi affermato dalla Cassazione, ma si era limitata ad invocare l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* all'accordo che «congelava» per un certo periodo l'assegno corrisposto dal resistente. La Corte però fin dalle prime battute dimostrava di volere andare ben al di là di quanto richiesto. Essa premetteva che qualsiasi statuizione del giudice o qualsiasi accordo tra le parti in ordine all'assegno dovuto all'ex coniuge e per il mantenimento dei figli al medesimo affidati deve sempre intendersi subordinato alla clausola *rebus sic stantibus* sicché qualsiasi transazione dalla medesima consentita non avrebbe potuto impedire una modifica dell'assegno predetto, affermava la parziale disponibilità dell'assegno di divorzio (secondo la giurisprudenza dell'epoca), ma avvertiva che questa particolare facoltà delle parti di intervenire sui rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del loro matrimonio non può valere per gli accordi di carattere preventivo, e ciò con riguardo a tutte le componenti dell'assegno.

⁵⁷ Tale orientamento trova ulteriore sviluppo nei primi anni Novanta, durante i quali si ribadisce la nullità, per illiceità della causa, dell'accordo tramite il quale i coniugi, in sede di separazione consensuale, stabiliscono, per il periodo successivo al divorzio, a

ovvero la tesi della nullità radicale per illiceità della causa. Essa si fonda su un triplice argomento: *a)* gli accordi preventivi avrebbero l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio di divorzio concernente uno *status* -materia tipicamente sottratta alla disponibilità delle parti in quanto vengono in considerazione diritti che devono essere garantiti sopra ogni prospettiva individuale-; *b)* i coniugi non avrebbero il potere di disciplinare in anticipo i rapporti patrimoniali derivanti dal divorzio in quanto materia riservata alla determinazione

favore dell'uno il diritto personale di godimento della casa di proprietà dell'altro (Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, p. 417), o escludono la facoltà di chiedere la revisione dell'assegno di mantenimento, qualora sopravvengano giustificati motivi (Cass., 2 luglio 1990, n. 6773). Ancora, vengono dichiarati invalidi quegli accordi preventivi nei quali si prevede, sempre in caso di divorzio, la concessione in godimento alla moglie di beni mobili ed immobili del marito (Cass., 1 marzo 1991, n. 2180), ancorché si tratti dell'assegnazione della casa familiare (Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1078), oppure viene fissata in anticipo la spettanza e l'entità dell'assegno di divorzio, o, infine, viene decisa la vendita di un immobile che le parti ritengono in comproprietà, con conseguente divisione del ricavato (Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863). L'indirizzo più rigoroso continua quindi nel corso degli anni Novanta sino ad oggi, definitivamente consolidandosi con altre pronunce ispirate ai medesimi principi (Cfr. Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1495; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 14; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. fam. pers.*, 1996, p. 931; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1694; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, p. 218; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Corr. giur.*, 1998, p. 513. Più recentemente vedi Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in questa *Fam. e dir.* 2003, p. 344; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, secondo cui "Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto *una tantum*, con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti, non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno *una tantum*, potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra".

del giudice per la tutela di interessi di natura pubblicistica (il riferimento è in particolare all'art. 160 c.c.); c) detti patti sarebbero affetti da nullità perché inciderebbero direttamente o indirettamente sui comportamenti difensivi nel processo di divorzio⁵⁸.

La Corte di Cassazione, poco dopo, in tema di rinuncia alla possibilità di chiedere la revisione dell'assegno di divorzio, contenuta nell'atto di transazione stipulato tra i coniugi separati, ribadiva che l'inoperatività di tale negozio deve ricollegarsi alla più radicale ragione della sua nullità per illiceità della causa, secondo quanto posto in luce dalla precedente decisione, in considerazione del fatto che "gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio prima che esso sia pronunciato hanno sempre lo scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente uno *status*, limitandone la libertà di difesa"⁵⁹.

Sulla scia della teoria della nullità si colloca una pronuncia del 2000⁶⁰ che, pur riaffermando la tradizionale interpretazione negativa, ha nella

⁵⁸ Per una critica ai fondamenti della tesi giurisprudenziale della nullità delle convenzioni preventive vedi M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.* 1995, V, p. 105. L'Autore, che propone le ragioni di ammissibilità di tali patti contro la posizione, a suo dire, rigida e infondata della giurisprudenza, precisa giustamente che i giudici seguono un'interpretazione del tutto diversa per quanto riguarda la convenzioni in tema di separazione.

⁵⁹ Cfr. Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it.*, 1986, I, p. 747. In questa ottica, gli accordi conclusi in sede di separazione consensuale possono assumere, al massimo, rispetto alla successiva procedura di divorzio, il valore di mero elemento indiziario (App. Genova, 10 novembre 1987, in *Fam e dir.* 1995, 19 s.) fornendo parametri sussidiari nella determinazione dell'assegno relativo (in tal senso vedi Cass., 25 maggio 1983, n. 3597). Sul fatto che il giudice del divorzio non è vincolato, in tema di assegno, da quanto stabilito nel giudizio di separazione, poiché l'assegno di divorzio ha contenuti, presupposti e modalità diverse, vedi Cass., 21 maggio 1983, n. 3520, in *Foro it.*, 1984, I, c. 229; Cass., 12 gennaio 1984, n. 246, in *Dir. fam. pers.*, 1984, 477; Cass., 28 ottobre 1986, n. 6312, in *Dir. fam. pers.*, 1987, 13). Un'eventuale rinuncia all'assegno di separazione non potrebbe comportare, automaticamente, una rinuncia anche all'assegno di divorzio.

⁶⁰ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p.704, con nota di E. BARGELLI; in *Foro it.*, 2001, I, c. 1318, con note di E. RUSSO e di G. CECCHERINI.

specie riconosciuto la validità di una di queste intese, pervenendo al risultato discutibile di trasformare la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di "nullità relativa" azionabile soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno. Tale prospettiva è sembrata tuttavia in contraddizione con la stessa tesi della illiceità della causa in base alla quale la nullità dovrebbe colpire l'intero atto. Per questo profilo, si è detto, le conclusioni della sentenza sarebbero in contrasto con l'art. 3 Cost., poiché verrebbe legittimato un trattamento differente per ciascuno dei coniugi⁶¹.

L'indirizzo restrittivo della Cassazione in materia di accordi preventivi in vista del divorzio è stato recepito anche dalla giurisprudenza di merito⁶², avvalorata da una parte della dottrina, la quale ha sostanzialmente aderito alla tesi per cui, permettendo ai coniugi di determinare anticipatamente la somma da pagare, si favorirebbe, indirettamente, un loro accordo preventivo sulla

⁶¹ In questo senso M. FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al diritto*, 2000, n. 24, 43. Conforme anche la coeva pronuncia (Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592) secondo cui tale forma di nullità non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal coniuge avente diritto all'assegno, ma dovrebbe essere fatta valere soltanto nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così introducendo discutibilmente un'impropria forma di prescrizione, in violazione non soltanto delle regole sulla legittimazione all'azione di nullità di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quelle sulla imprescrittibilità dell'azione ex art. 1422 c.c.

⁶² Anche recentemente il principio è stato ribadito ad es. da Tribunale di Varese, 29 marzo 2010, in *Fam e Dir.*, 2011, p. 295, con nota di E. PATANIA, *Sugli accordi transattivi conclusi dai coniugi antecedentemente al divorzio*; Tribunale di Roma 10 marzo 2011 (massima redazionale *La Legge Plus* Ipsa): "ora l'orientamento secondo cui gli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, è pienamente condiviso e deve essere mantenuto fermo... in altri termini, l'art. 160 c.c. si riferisce alla "radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio".

conduzione del procedimento di divorzio, diretto a favorire l'accoglimento della domanda⁶³.

La dottrina prevalente⁶⁴ ha invece cercato di demolire le argomentazioni usate dalla giurisprudenza contraria, evidenziando la piena compatibilità dei patti preventivi con l'ordinamento italiano vigente, secondo una interpretazione evolutiva del diritto di famiglia e sulla traccia delle esperienze, non solo statunitensi, ma anche europee⁶⁵.

⁶³ In questo senso vedi D. VINCENZI AMATO, in *Commentario al Codice civile* a cura di P. Rescigno, Padova 1980, p. 340 ss.

⁶⁴ Uno dei primi e più convinti sostenitori dei patti prematrimoniali in vista del divorzio è G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale cit.* L'autore ha censurato l'orientamento della giurisprudenza per il carattere "diseducativo" della diffidenza manifestata dai giudici verso i patti preventivi della crisi coniugale: "la giurisprudenza dominante è altamente 'diseducativa', posto che questa finisce con il promuovere il principio secondo cui proprio tra coniugi, cioè tra soggetti il cui rapporto dovrebbe essere caratterizzato dal massimo livello di affidamento nel rispetto della parola data, in realtà, *pacta... non sunt servanda*. E dunque l'accordo di separazione, faticosamente raggiunto dopo mesi (o anni) di trattative e obiettivamente inteso come solutorio dell'intero complesso dei rapporti nati da un'unione sbagliata, potrà essere accettato da una delle parti con la 'riserva mentale' di porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio, così spingendo, tra l'altro, la prassi a rinvenire soluzioni al limite del lecito e comunque inutili o facilmente frustrabili, quali, ad esempio, il rilascio di garanzie, o la stipula di simulati contratti di mutuo, risolubili solo all'atto della conclusione *en souplesse* della futura procedura di scioglimento del vico, e così via. Ciò che dimostra, se ancora ve ne fosse bisogno, quanto pernicioso sia l'influenza nella materia di influssi paternalistici, legati ad un concetto di persistenza del vincolo che, se non può più essere concepita in termini di indissolubilità matrimoniale, dovrebbe ancora intendersi nel senso di "indissolubilità patrimoniale" (G.OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale, Fam. e Dir.* 21012 cit. p. 69 ss.). Ma in senso favorevole vedi anche E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, I, Profili Patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 73; nello stesso senso, più di recente, v. anche F.ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, cit. p. 427 ss.; B. VALIGNANI, *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti matrimoniali*, in *Famiglia*, 2001. p. 401 ss.

⁶⁵ Negli Stati Uniti, da considerarsi il Paese pioniere nel riconoscimento della rilevanza giuridica dei *prenuptial agreements*, attualmente la disciplina di tali accordi è diversa a seconda dei vari Stati della Federazione, mancando una specifica legislazione a livello federale. Negli ultimi anni si è giunti ad una parziale uniformazione della disciplina della materia, attraverso l' "Uniform Premarital Agreement Act" (UPAA) del 1983 e nei "Principles of the Law of Family Dissolution" redatti dall'American Law Institute nel 2002. Questi due documenti racchiudono principi e regole volte ad accomunare le legislazioni dei vari Stati membri (anche se solo alcuni di essi lo hanno adottato). Al centro delle disposizioni contenute nell'UPAA, esiste il concetto di "unconscionability"

(the heart of Uniform Premarital Agreement Act) che è il fulcro attorno al quale ruota la disciplina dei prenuptial agreements. Il termine “unconscionability” ed il relativo aggettivo “unconscionable” corrispondono al concetto di “iniquità”, che nel sistema dell’ UPAA, costituisce il principale limite all’efficacia degli accordi prematrimoniali. Secondo l’UPAA, un “prenuptial agreement” non è “forceable”, cioè applicabile, quando determini una situazione di iniquità, da valutarsi sia con riferimento al momento della stipulazione dell’accordo che a quello della sua esecuzione (in questo senso vedi E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., p.552).

Anche negli Stati Uniti liberisti, in materia di rapporti familiari non esiste un affidamento incondizionato all’autonomia delle parti, la quale resta sottoposta ad un controllo formale e sostanziale da parte dell’autorità giudiziaria. Se la funzione del *prenuptial agreement* consiste nel consentire alla coppia che vuole sposarsi di derogare al regime legale degli effetti patrimoniali che scaturiscono dal matrimonio o dall’ipotetica separazione e divorzio, tale deroga non può spingersi fino al punto da determinare soluzioni inique, in considerazione soprattutto delle esigenze di tutela del coniuge debole. La specificazione del concetto di “unconscionability”, è contenuta nelle disposizioni dell’UPAA, nonché nelle sentenze riguardanti la numerosa casistica giurisprudenziale. In base alla *section 6* dell’UPAA, una delle parti può astenersi dall’adempiere l’accordo se dimostra, alternativamente, di non aver fino a quel momento dato esecuzione allo stesso, o che lo stesso risulta iniquo al momento dell’esecuzione. Questa ultima previsione intende tutelare la parte debole del rapporto da eventuali modificazioni sfavorevoli della sua situazione economica intervenute dopo la stipulazione. Secondo i tribunali americani questa clausola va intesa in senso restrittivo. Il compito che spetta al giudice è quello di verificare il contemperamento di tale principio del rispetto alla volontà delle parti attuando la tutela della parte svantaggiata. In tal caso, il giudice dovrebbe limitarsi a dichiarare l’*unconscionability* solo in casi di palese iniquità, per non pregiudicare lo spazio lasciato all’autonomia privata dei coniugi. L’UPAA pone inoltre a carico delle parti di un *prenuptial agreement* un obbligo di “*fair e reasonable disclosure*”, cioè una dichiarazione fedele circa i beni materiali e finanziari di proprietà, che se disatteso, può consentire alla parte sfavorita, il diritto di chiedere che l’accordo venga dichiarato “*unenforceable*”, previa dimostrazione dell’altrui omissione.

L’atteggiamento favorevole verso la validità degli accordi preventivi sulle conseguenze del divorzio è riscontrabile ormai anche in numerosi sistemi dell’Europa continentale. Il caso più significativo è rappresentato dalla Germania, ove dottrina e giurisprudenza, sulla base di una radicata tradizione storica, da sempre sostengono la costante pratica dei coniugi di predeterminare, in sede di stipula degli *Eheverträge*, gran parte degli effetti di un possibile divorzio tra le parti, sia attraverso la previsione di criteri per la determinazione del *nachehelicher Unterhalt* (assegno divorzile), sia attraverso la sua rinuncia, sia ancora escludendo ogni forma di *Versorgungsausgleich* (liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguente allo scioglimento del regime legale della *Zugewinnngemeinschaft*), oppure escludendo la modifica giudiziale di un’eventuale prestazione di mantenimento, per effetto di successive variazioni della situazione economica delle parti.

Anche il sistema francese, da sempre piuttosto restio alla possibilità di predeterminare tramite accordi conclusi in via preventiva *an e quantum* di prestazioni post-divorzili

La tesi favorevole poggia sulla convinzione che la possibilità di concludere tali accordi preventivi, da un lato, attenua lo smarrimento psicologico che può derivare ai coniugi dal timore di una futura situazione conflittuale, dall'altro, sottrae al controllo giudiziale una materia che attiene alla sfera privata delle persone. Questo spazio riservato ai coniugi non indebolirebbe l'istituto matrimoniale, più di quanto non abbia già fatto l'introduzione del divorzio, ma impedirebbe di trattare i coniugi come soggetti incapaci⁶⁶.

Su questi presupposti viene affermata la piena validità degli accordi in vista del divorzio passando attraverso una critica analitica delle contraddizioni della Corte di legittimità.

La *pars destruens* della teoria consta di una prima obiezione e cioè che questi patti non hanno esattamente ad oggetto lo *status* coniugale, ciò che si avrebbe invece se, per esempio, le parti stipulassero impegni in termini quali "mi obbligo a non divorziare", "mi impegno a non chiedere la separazione", "prometto di non far valere alcuna eventuale causa di invalidità del nostro matrimonio", ecc. Non è questo il loro

(stante anche il dato costituito dall'art. 232 del *Code Civil*, che consente al giudice di negare l'omologazione dell'accordo di divorzio nel caso in cui esso non salvaguardi in maniera sufficiente gli interessi "di uno dei coniugi"), sta manifestando sempre elasticità. Del resto quello stesso ordinamento permette ai coniugi, nell'ambito dei regimi patrimoniali negoziabili, un'ampia gamma di accordi con cui essi possono modificare il regime legale di comunione in contemplazione di un possibile divorzio, prevedendo, in base ad una tradizione risalente al *droit coutumier*, l'inserimento di clausole che vanno dalla attribuzione (a titolo sia gratuito che oneroso) di beni personali di un coniuge al coniuge superstite, all'assegnazione, all'atto dello scioglimento, di beni comuni, previo pagamento di una somma di denaro predeterminata, o alla facoltà per l'uno o l'altro dei coniugi di prelevare, sempre in occasione dello scioglimento, determinati beni a titolo gratuito, o, ancora, alla possibilità di prestabilire la divisione della massa (o di parte di essa) in parti non uguali, o, infine, all'attribuzione dell'intera massa ad uno solo dei coniugi, con diritto, per l'altro ad ottenere una somma a titolo forfetario. Per una rassegna delle posizioni europee vedi G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit. p. 69 ss.

⁶⁶ Il rilievo è di C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, sub art. 149 c.c. e l. 1 dicembre 1970 n. 898, Giuffrè Milano, 2004. p. 643 ss.,

contenuto, e se lo fosse, nessuno potrebbe dubitare della la loro contrarietà ai principi di ordine pubblico. Quanto alla preoccupazione di impedire che le determinazioni dei coniugi circa il loro stato (di persone libere o coniugate) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati, essa non avrebbe però ragione di esistere laddove i coniugi si limitassero a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza nulla prevedere in ordine al comportamento processuale diretto ad influire sullo *status* coniugale⁶⁷. Restano infatti irrilevanti i motivi che possono indurre al divorzio, come irrilevanti sono i motivi -anche fossero patrimoniali- che inducono al matrimonio. Se pertanto le parti non intendono vincolarsi rispetto ad una determinata condotta, ma si limitano a disciplinare le conseguenze di un fatto, condizionando rispetto ad esso l'efficacia di un determinato impegno di carattere patrimoniale, l'accordo sarebbe valido ed efficace secondo lo schema della condizione⁶⁸. In questo modo il comportamento non forma oggetto di vincolo, ma determina soltanto effetti predeterminati, ciò che appare riconducibile alla previsione di una valida pattuizione condizionata *ex art. 1354 c.c.* Nessun ostacolo alla validità deriverebbe inoltre dal

⁶⁷ Sul punto M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit. 1995, V, p.111 ss. ritiene che non sia applicabile al caso di specie la giurisprudenza sulla non negoziabilità della condotta processuale nel senso che il carattere pubblicistico del processo non consentirebbe che un'attività processuale venga negoziata. Tale orientamento infatti si basava sulla dichiarata illiceità di intese volte a condizionare l'attività delle parti per ottenere un comportamento collaborativo avanti i Tribunali ecclesiastici. In ogni caso tale illiceità andrebbe limitata ai patti che comportino innanzitutto violazione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., ovvero ai patti di collusione, che comportano comunque la revocabilità della sentenza *ex art. 397 c.p.c.*

⁶⁸ A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, p. 54, secondo cui la volontà di assumere uno *status* è "suscettibile di essere eretta a condizione di altro negozio giuridico", anche se inidonea a "formare a sé oggetto di negozio".

carattere futuro delle posizioni di cui un contratto prematrimoniale dispone, poiché la legge lo consente (art. 1348 c.c.).

La tesi dell'ammissibilità dei patti prematrimoniali cerca di demolire anche il classico e costante richiamo della giurisprudenza all'art. 160 c.c., invocato per giustificare l'indisponibilità dei diritti derivanti dal divorzio e, di conseguenza, delle convenzioni che lo negoziano. Il richiamo sarebbe fuori luogo, in una fattispecie in cui si presuppone proprio la cessazione degli effetti del matrimonio. Né può essere giustificata un'applicazione analogica della norma. A ciò si aggiunga il dovere di contribuzione può rimanere inalterato dopo la pronuncia di divorzio. Ciò non sarebbe oltretutto coerente con l'attuale concezione della famiglia che ha superato l'idea della indissolubilità e della natura pubblicistica dell'unione.

Sul carattere indisponibile dell'assegno di divorzio, con riferimento soprattutto alla sua natura assistenziale, si è fondatamente sostenuto che bisogna distinguere tra l'obbligazione alimentare e l'assegno di divorzio e che gli argomenti utilizzabili per la prima non sono estensibili al secondo, il quale infatti non ha come presupposto uno stato di bisogno dell'avente diritto, ma è rivolto a garantire un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio. Tenendo debitamente distinto il diritto agli alimenti rispetto a quello al mantenimento, è possibile giungere alla conclusione che l'indisponibilità riguarda solo il primo, ciò che è espressamente stabilito dalla legge (art. 447 c.c.). Trattasi di un diritto che non può essere ceduto, compensato, irrinunciabile, impignorabile e in sequestrabile. Nulla vieta tuttavia che esso possa essere oggetto di convenzione sulla misura e sulla modalità di corresponsione. Solo relativamente alla componente alimentare quindi opererebbe una indisponibilità, quale causa di invalidità del patti che ne

dispongono. Per queste ragioni, affermando la disponibilità dell'assegno divorzile, si dovrebbe dedurre la validità dei relativi patti.

Un conferma di tale potere negoziale deriverebbe dall'ulteriore argomento secondo cui il legislatore lo avrebbe riconosciuto implicitamente con l'introduzione del procedimento di divorzio su domanda congiunta⁶⁹. Si è rilevato che, se lo scopo del legislatore fosse veramente quello di rendere la decisione sullo *status* del tutto svincolata da ogni trattativa di tipo economico, allora non si spiegherebbe l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, nel quale le condizioni patrimoniali vengono liberamente decise e concordate prima che sia adottata dal giudice in via definitiva la decisione sul vincolo matrimoniale. Sarebbe assurdo ritenere che sono validi gli accordi contenuti nel ricorso al Tribunale sottoscritto dai coniugi e invece considerare affetti da nullità, per illiceità della causa, gli stessi accordi raggiunti tra i coniugi in epoca appena precedente alla proposizione del ricorso.

La possibilità di rappresentare al giudice congiuntamente le condizioni economiche del divorzio sarebbe inoltre da ricondurre nell'alveo di una serie di altre previsioni normative che dimostrano una tendenza favorevole alla validità delle intese preventive della crisi. L'accostamento è al patto di famiglia, introdotto dall'art. 768 *bis* c.c., con legge 14 febbraio 2006 n. 55, al quale è stato attribuito il significato di rappresentare una volontà legislativa sempre più disponibile ad

⁶⁹ L'obiezione a questo argomento è che, nello speciale procedimento previsto dall'art. 4, della Legge sul divorzio, le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico "attengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e quindi non semplicemente prefigurato" In questo senso vedi Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1495, con nota di C. DE MARE; M. STASSANO, *Il divorzio. Commento sistematico alla l. 6 marzo 1987, n. 74 con massimario di giurisprudenza*, Milano, 1994, p. 30; G.M. UDA, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in *Fam e dir.*, 1995, p. 19; G. BONILINI, in *L'assegno post-matrimoniale Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, *cit.*, p. 518.

La questione riguarda il tema più specifico della disponibilità dell'assegno divorzile su cui torneremo in seguito.

introdurre un effetto “moltiplicatore di negozialità endofamiliare”⁷⁰. Nello stesso senso, secondo questa interpretazione sistematica, sarebbe da leggere anche la novella di cui alla legge n. 74 del 1987, che ha introdotto la possibilità per i coniugi di prevedere la corresponsione dell’assegno di divorzio in unica soluzione (art. 5, ottavo comma, Legge 898/70 riformata). Anche se l’accordo è sottoposto al controllo di equità da parte del Tribunale, come si vedrà in seguito, l’efficacia di una tale definizione convenzionale è quella di precludere ulteriori richieste o rivendicazione di contenuto economico, in chiave preventiva e alternativa all’intervento del giudice. Per questa strada si è messo in risalto il *favor* dei giudici al raggiungimento di accordi anche nell’ambito dei procedimenti di separazione o di divorzio contenziosi, quando, sulla base di una concorde domanda delle parti contrapposte del processo tramite precisazione conforme delle rispettive conclusioni, il Tribunale recepisce pressoché automaticamente nel provvedimento finale decisorio gli accordi nei termini e nella sostanza prospettati dalle parti.

⁷⁰ L’accostamento è di G. OBERTO, in *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit. p. 69 ss. I due istituti sarebbero accomunati dall’esigenza di stabilità e dalla volontà del legislatore di considerare irrilevante la sopravvenienza di situazioni economiche diverse al momento dell’apertura della successione: “Va evidenziata sul punto l’assoluta irrilevanza della sopravvenienza rispetto alle eventuali rinunce espresse dai legittimari in sede di stipula del contratto in esame, avuto riguardo ai diritti che - al momento dell’apertura della successione del disponente - potrebbero loro competere per effetto degli atti dispositivi gratuiti a vantaggio di uno solo (o solo di alcuni) di essi (e ciò anche di fronte ai successivi mutamenti di valore dei cespiti aziendali, dell’avviamento e in genere dei beni oggetto del patto di famiglia). ...Ciò significa che il discendente non assegnatario dell’azienda (o di quote sociali) potrebbe essere indotto a sottoscrivere un patto di famiglia contenente una rinuncia totale o parziale ai diritti che, come legittimario, gli competerebbero su quei beni, qualora la successione si aprisse in quel momento, “confidando” su di un residuo patrimonio del disponente che in quel momento si presenta, anche a prescindere dall’azienda o dalle quote sociali oggetto del patto, come particolarmente consistente. Ma siffatta rinuncia conserva intatto il suo effetto (cioè quello di precludere irrimediabilmente la possibilità di esperire l’azione di riduzione) anche nel caso in cui, per successive vicende, il patrimonio del disponente dovesse, al momento del suo trapasso, magari molti anni dopo la firma del patto di famiglia, sensibilmente contrarsi o addirittura ridursi a zero”.

La tesi favorevole all'ammissibilità degli accordi prenuziali non ha potuto sottrarsi all'obiezione che questi, equi al momento della conclusione, potrebbero rivelarsi poi, a distanza di tempo, inidonei a creare un assetto definitivo conveniente ed equilibrato per le parti. Il mutamento delle circostanze, connaturato allo svolgimento del rapporto coniugale e ad ogni rapporto di durata, potrebbero rendere non più conveniente o addirittura penalizzante la sistemazione economica stabilita prima del matrimonio. Secondo la prospettiva della validità degli accordi prematrimoniali, l'efficacia vincolante di tali intese rimane "mitigata", essendo essa subordinata all'implicita condizione *rebus sic stantibus*. Tale meccanismo prevede che la sopravvenienza di un mutamento delle condizioni economiche dei coniugi giustifica la revisione delle pattuizioni private attraverso l'intervento dell'autorità giudiziaria.

De iure condito non si poteva del resto giungere a soluzioni diverse. Il nostro ordinamento contempla infatti una serie di norme imperative che, sia per il procedimento di separazione sia per quello di divorzio, assicurano il diritto del coniuge a far valere in giudizio motivi sopravvenuti per la modifica dei provvedimenti economici che riguardano i coniugi e i figli. L'art. 156, ultimo comma c.c. stabilisce che, qualora sopravvengano giustificati motivi, il giudice, su istanza di parte può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti che incidono sui rapporti patrimoniali tra i coniugi⁷¹. La regola vale anche nella

⁷¹ Le statuizioni contenute nei provvedimenti giudiziali di contenuto economico hanno efficacia di giudicato *rebus sic stantibus* poiché consentono modificazioni in caso di comprovato mutamento obiettivo della situazione di fatto accertata e presupposta al momento della loro pronuncia. Il principio è pacifico anche in giurisprudenza "In materia di revisione dell'assegno di mantenimento, il diritto a percepirlo di un coniuge ed il corrispondente obbligo a versarlo dell'altro, nella misura e nei modi stabiliti dalla sentenza di separazione o dal verbale di omologazione, conservano la loro efficacia, sino a quando non intervenga la modifica di tali provvedimenti, rimanendo del tutto ininfluente il momento in cui di fatto sono maturati i presupposti per la modificazione o la soppressione dell'assegno, con la conseguenza che, in

separazione consensuale dove l'accordo omologato è sempre rivedibile, anche se i coniugi avessero escluso o limitano preventivamente la modificabilità di tali accordi⁷². Nel giudizio di separazione i genitori hanno ugualmente sempre diritto di chiedere, in ogni tempo, la revisione delle modalità di affidamento e di mantenimento dei figli, in base all'art. 155 *ter* c.c.⁷³. Eguale previsione risulta dall'art. 9 primo

mananza di specifiche disposizioni, in base ai principi generali relativi all'autorità, intangibilità e stabilità, per quanto temporalmente limitata ("*rebus sic stantibus*"), del precedente giudicato impositivo del contributo di mantenimento, la decisione giurisdizionale di revisione non può avere decorrenza anticipata al momento dell'accadimento innovativo, rispetto alla data della domanda di modificazione" (Cass. 7.1.2008 n. 28).

Sulla necessità che, ai fini della revisione deve trattarsi di fatti sopravvenuti la Cassazione ha precisato che "così come la separazione giudiziale dà luogo ad un giudicato "*rebus sic stantibus*", non modificabile in relazione ai fatti che avrebbero potuto esser dedotti nel relativo giudizio, analogamente gli accordi negoziali sottoscritti in sede di separazione consensuale omologata non sono modificabili in relazione a fatti dei quali le parti avrebbero dovuto tenere conto al momento della conclusione di detti accordi, ma unicamente in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi, che abbiano alterato la situazione preesistente, mutando i presupposti in base ai quali le parti avevano stabilito le condizioni della separazione. Del tutto estranei a tale ambito sono dunque i fatti preesistenti alla regolamentazione pattizia della separazione, non presi in considerazione, per qualsiasi motivo, in quella sede" (Cass. 8.5.11488, in *Fam. e Dir.*, 2008, 12, p.1120 con nota di A. ARCERI).

Alla revisione dei provvedimenti di separazione è dedicato l'art. 710 c.p.c. che ha introdotto il rito camerale. Al procedimento di modifica si applicheranno conseguentemente gli articoli 737 c.p.c. in quanto compatibili con detta norma. Anche con riferimento alla revisione delle condizioni di divorzio il rito è camerale.

⁷² La posizione della giurisprudenza sul punto è molto chiara: "In tema di separazione personale dei coniugi, la facoltà di chiedere la revisione dell'assegno di mantenimento, qualora sopravvengano giustificati motivi, è direttamente accordata dalla legge, né può essere oggetto di rinuncia in via preventiva, e, pertanto, non trova ostacolo, nel caso di separazione consensuale, nella clausola di essa che escluda o limiti tale revisione". (Cass. 2.07.1990, n. 6773, in *Mass. Giur. It.*, 1990).

⁷³ La norma è stata introdotta dalla legge n. 54/2006 sull'affidamento condiviso e riproduce esattamente il testo del precedente art. 155 c.c. Sono sorti dubbi di coordinamento della norma, che ai sensi dell'art. 4, secondo comma l. n. 54/2006, si applica anche ai casi di scioglimento e di cessazione degli effetti civili del matrimonio, con quanto previsto dall'art. 9 legge div., dove, per la modifica dei capi della sentenza di divorzio sui figli (sull'affidamento e mantenimento) richiede "giustificati motivi". Sembra di potersi ritenere che, in caso di contrasto, le nuove norme sull'affidamento

comma della legge sul divorzio⁷⁴ anche quando l'assegno sia stato convenzionalmente fissato⁷⁵.

Vista la potenziale sopravvenuta inidoneità e inefficacia della sistemazione pattizia dell'assetto patrimoniale, per successivo

condiviso prevalgano sulla legge 898/70 (in questo senso vedi G.BALENA, in *Le riforme più recenti del processo civile*, Taranto 2006 p. 425 ss.).

⁷⁴ La revisione è preclusa solo nel caso del pagamento dell'assegno in unica soluzione consentita in base all'art. 5, ottavo comma L. div. Ai fini della revisione dell'assegno di divorzio è necessaria la duplice condizione della sussistenza di una modificazione delle condizioni economiche degli ex coniugi e della idoneità di tale modificazione a cambiare il pregresso assetto patrimoniale determinato dall'assegno. In questo senso, per tute vedi Cass. 11.9.2007 n. 19065 (in *Fam. e Dir.*, 2008, 4, 343 nota di L.C. NATALI, *La necessita' dell'autonoma disponibilita' di "mezzi adeguati" nella variazione dell'assegno divorzile*) "Il provvedimento di revisione delle condizioni del divorzio relative ai rapporti economici tra ex coniugi postula non soltanto l'accertamento della sopravvenuta modifica delle condizioni economiche degli ex coniugi, ma anche l'idoneità di tale modifica ad immutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, secondo una valutazione comparativa delle condizioni economiche di entrambe le parti, con apprezzamento della rilevanza dei fatti sopravvenuti da compiersi con riguardo alla natura ed alla funzione dell'assegno divorzile".

⁷⁵ Il principio è pacifico: "Mentre la determinazione pattizia o giudiziale dell'assegno di divorzio non è suscettibile di revisione sotto i profili risarcitorio o compensativo, tale determinazione può essere originariamente invalidata o divenire in tutto o in parte inefficace successivamente in considerazione dello stato di bisogno di uno dei coniugi, dal momento che quest'ultima regolamentazione (sia essa pattizia o giudiziale) è di natura determinativa e quindi soggetta alla clausola rebus sic stantibus, con la conseguenza che, anche in ipotesi di previsione convenzionale di un automatico aggiornamento dell'assegno secondo gli indici Istat, pienamente lecito in quanto la legge non sottrae alla disponibilità privata la regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali, è sempre possibile alla parte interessata chiedere la revisione dell'assegno per le mutate condizioni economiche" (Cass. 18.5.1983 n. 3427, in *Giur. It.*, 1983, I,1, p.1223). Le "disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio" di cui al libro IV, capo VI del codice di procedura civile, costituiscono il nucleo di disciplina genericamente applicabile a tutti i procedimenti aventi la caratteristica dell'assenza della incontrovertibilità propria del giudicato tale da ricondurli alla categoria della giurisdizione volontaria. Tale disciplina va integrata con quella dedicata ai singoli procedimenti speciali, ad esempio quelli che attengono ai rapporti patrimoniali tra i coniugi. La domanda si propone con ricorso. L'attività istruttoria è diretta dal giudice relatore che riferisce al collegio. Va messa in evidenza l'ampiezza dei poteri discrezionali del giudice e soprattutto il carattere ufficioso delle iniziative processuali. Tale caratteristica, si dice, attribuisce a questi procedimenti i connotati propri del sistema inquisitorio. A ciò si aggiunga che, considerate le forme di attuazione del contraddittorio, mancano nella specie gli elementi essenziali e caratteristici della cognizione. La decisione avviene con decreto motivato impugnabile con reclamo. Per un esame dei profili generali dei procedimenti in camera di consiglio vedi C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile; I procedimenti di giurisdizione volontaria*, Torino 2006, p. 311 ss.

mutamento della situazione economica dei coniugi, il regolamento contrattuale preventivo, ancorché ammesso, finisce per non valere come programma definitivo, a meno che non vengano modificate tutte le norme processuali e sostanziali vigenti che dispongono sull'operatività della clausola *rebus sic stantibus*. Sarebbe allora necessaria una riforma del codice civile, della legge speciale sul divorzio e del codice di procedura civile. La necessità di un simile "aggiustamento" del sistema per la piena e stabile efficacia degli accordi prenuziali sembra un grave indizio di incompatibilità rispetto alla normativa vigente.

Viste le conclusioni cui pervengono i sostenitori dell'ammissibilità dei patti prematrimoniali, viene da chiedersi se veramente con queste convenzioni sia pienamente realizzata la "liberalizzazione" della crisi coniugale, in alternativa all'intervento del giudice. Questo appare il punto più critico della teoria che giunge alla elaborazione e riconoscimento di una autonoma categoria di accordi preventivi in vista del divorzio.

In concreto, non è affatto chiaro quali mezzi processuali possa utilizzare la parte che invoca una sopravvenuta lesione del suo diritto o interesse per la revisione dell'accordo. Se viene impugnato il patto preventivo in caso di successivo mutamento del presupposto economico dell'accordo, secondo il rimedio generale di cui all'art. 1467 c.c., ci si chiede se si tratti di un giudizio ordinario a cognizione piena o se possa applicarsi nella specie un rito speciale di giurisdizione volontaria⁷⁶. In

⁷⁶ Il rimedio fa riferimento all'istituto della presupposizione del contratto, il quale potrebbe perdere efficacia per sopravvenuta carenza della base negoziale che lo fonda, secondo il principio ribadito anche recentemente dalla giurisprudenza di legittimità: "la cosiddetta presupposizione deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di condizione, da considerarsi implicita e, comunque, certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall'altro, alla stessa causa del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai

base alle norme processuali vigenti, se i coniugi fossero separati o divorziati, alla fattispecie si applicherebbe il procedimento camerale della revisione (art. 710 c.p.c. -in tema di separazione- e dell'art. 9, primo comma legge sul divorzio) in cui viene dedotto un mutamento delle condizioni economiche dei coniugi. Ma con questo rimedio si modificano i "provvedimenti" economici adottati dal giudice in quella sede. Per la modifica dei "contratti" della crisi coniugale non sembra potersi applicare il rito speciale perché a) esso riguarda solo i provvedimenti giudiziali e non anche le convenzioni private, *de iure condito*; b) il procedimento speciale di revisione è una "propaggine", ovvero un prolungamento eventuale del giudizio di separazione o divorzio e da questo non si può prescindere.

Osservate tali difficoltà applicative, si può concludere che esiste una disparità di trattamento, non giustificata nella sostanza, a seconda che la revisione acceda ad un provvedimento giudiziale o ad un accordo, poichè la diversità di rito avrebbe delle ripercussioni sostanziali non indifferenti. Se, infatti, l'interesse alla revisione del patto preventivo sorgesse prima che esista un giudice della separazione o del divorzio

termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato. Deve pertanto ritenersi configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'articolo 1467 cod. civ." (Cass. del 24.3.2006 n. 6631, in *Contratti*, 2006, 12, 1085 nota di M. AMBROSOLI, *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*).

Ciò comunque con la differenza che, contrariamente a ciò che avviene normalmente per i contratti, nel particolare scenario dei rapporti patrimoniali dei coniugi in crisi, il mutamento delle condizioni economiche nel corso del tempo è molto probabile e i confini per rinegoziare vecchi accordi non sono chiari, al punto che il ricorso ad un "riesame" del giudice è sempre legittimo.

investito della causa sul relativo *status*, non potrebbe farsi valere la clausola *rebus sic stantibus* con il ricorso speciale in camera di consiglio. Se l'accordo patrimoniale fosse stato invece concepito nelle rispettive sedi giudiziali della separazione o del divorzio, il giudice della revisione sarebbe il tribunale in camera di consiglio. Poiché le modalità concrete di attuazione del contraddittorio e i tempi del processo incidono sul diritto di difesa e dunque sull'attuazione dei diritti sotto il profilo sostanziale, non vi è dubbio che un simile scenario creerebbe una disparità di trattamento tra i coniugi, in condizioni uguali, per il solo fatto che il regolamento ha fonte diversa.

In ogni caso, anche a voler prescindere dal rito, resta l'obiezione di fondo, che sembra insuperabile, sulla potenziale instabilità di queste sistemazioni patrimoniali preventive, le quali essendo fatalmente rivedibili, non raggiungono lo scopo di sottrarre definitivamente la materia all'accertamento del giudice. Quest'ultimo infatti, adito per l'adeguamento degli accordi nel rispetto di un asserito mutamento della situazione di fatto, sarebbe chiamato all'accertamento della situazione patrimoniale complessiva dei coniugi al fine di rideterminare, in modo proporzionale, gli obblighi contributivi. In definitiva, poiché l'intervento del tribunale resta fortemente probabile in una materia in cui il trascorrere del tempo incide normalmente sull'assetto patrimoniale dei coniugi, non si vede come questi accordi in vista della crisi rappresentino un effettivo progresso. La perplessità è tanto più forte quanto più si considera che il *favor* per tali convenzioni è giustificato e animato proprio dall'aspettativa di impedire il sindacato del giudice nei rapporti per i quali i coniugi, si dice, sono in grado di autodeterminarsi.

Ferme le precedenti considerazioni, non è escluso tuttavia che l'esistenza di un accordo prematrimoniale, pur con i predetti limiti, possa avere una qualche utilità. Esso può costituire infatti, da un lato, un

deterrente per i coniugi a favorire una crisi esasperatamente contenziosa, dall'altro, un'utile indicazione, per il giudice, in un giudizio di separazione e di divorzio⁷⁷.

In conclusione resta però l'idea che la tesi favorevole all'ammissibilità in Italia dei *Prenuptial Agreement in contemplation of divorce*, proponga uno strumento che non realizza pienamente l'obiettivo, pur offrendo certamente indicazioni per una riforma del sistema. Allo stato, essa non offre garanzie sufficienti per la praticabilità dell'istituto, anche se ha il pregio di offrire valide argomentazioni contro l'interpretazione rigida e talora arcaica della giurisprudenza, riaffermando le basi per una valorizzazione dell'autonomia negoziale anche nella fase patologica del matrimonio⁷⁸.

⁷⁷ Anche nel processo è assolutamente favorita dal giudice la soluzione concordata delle parti. Per una necessaria e opportuna supervisione del giudice vedi G. BONILINI, *L'assegno postmatrimoniale*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, cit., p. 595 ss. In questo senso vedi anche C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, cit. p. 659-660; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 66, secondo cui non vi è dubbio che tali accordi resterebbero sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus*, ma, poiché in definitiva, finiscono con l'incidere negativamente sul coniuge più bisognoso o sulla sua libertà di aprire o meno la crisi predeterminandone gli effetti, presentano dei profili di invalidità.

⁷⁸ Il riferimento è ai numerosi contributi di G. OBERTO, *opp.cit.*.

SOMMARIO: 2.1. Funzione e struttura dei giudizi di separazione e divorzio. Il ruolo del Pubblico Ministero. 2.2. Spazi riservati al controllo giudiziale nella separazione consensuale e nel divorzio a domanda congiunta. 2.3. Il giudizio di equità sull'accordo di corresponsione dell'assegno divorzile *una tantum*. 2.4. Efficacia e validità degli accordi non omologati e delle convenzioni *a latere* del divorzio. 2.5. Gli atti di disposizione sull'assegno di divorzio.

2.1. Funzione e struttura dei giudizi di separazione e divorzio.

Considerati i dubbi sull'ammissibilità dei patti prematrimoniali in Italia, nel nostro sistema la sede privilegiata in cui può estrinsecarsi la libertà negoziale dei coniugi in crisi, con maggiori garanzie di validità delle relative convenzioni, è quella giudiziale, nell'ambito cioè dei procedimenti non contenziosi di separazione e di divorzio. Per comprendere i margini entro cui la "privatizzazione" della crisi familiare può operare è necessario soffermarsi brevemente sulla particolare funzione e struttura di tali giudizi speciali. Alcuni cenni sulle regole di rito che disciplinano la trattazione consensuale della crisi, consentono di individuare i canali formali e le modalità con cui gli eventuali accordi tra i coniugi possono trovare ingresso nel processo. Le caratteristiche specifiche e la natura della giurisdizione del tribunale nelle cause di separazione consensuale e di divorzio a domanda congiunta, chiariscono ed individuano i limiti dello spazio riservato al controllo giudiziale, in una materia in cui non tutti i diritti sono disponibili e richiedono anzi una tutela in via prevalente, sottratta alla libera determinazione dei soggetti interessati. Per scelta del Legislatore l'intervento del giudice resta necessario ma può dirsi "residuale" e non "sostitutivo" della volontà della parti contrapposte.

I procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, includendo in questo esame *ratione materiae* anche i procedimenti di divorzio, sono procedimenti speciali non sommari. Si tratta di procedimenti che, pur possedendo i caratteri distintivi della cognizione (essenzialmente l'attitudine a dar luogo al giudicato) presentano

elementi di specialità, che concernono talora le modalità di introduzione del procedimento e talora alcune particolarità che arrivano fino all'inserimento di forme procedimentali e di provvedimenti riconducibili allo schema della giurisdizione volontaria. Questo affiancamento di elementi strutturali diversi è particolarmente evidente nel giudizio di separazione dei coniugi. Ricordiamo che per la medesima fattispecie sostanziale, esistono due tipologie di giudizio, con caratteristiche strutturali diverse. Solo uno di essi (il procedimento di separazione "giudiziale") ha natura di cognizione, mentre l'altro (il procedimento di separazione "consensuale") ha natura di giurisdizione volontaria. Il codice civile li disciplina tuttavia l'uno accanto all'altro (nel capo 1° del titolo 2°, dedicato ai procedimenti speciali in materia di famiglia e di stato delle persone). Si osserva, d'altro canto, che le modalità di instaurazione sono quasi le stesse anche nel giudizio di divorzio. A conferma della sostanziale interdipendenza e similitudine della disciplina dei giudizi di separazione e di divorzio, può valere il riferimento delle modificazioni introdotte con Legge del 6 marzo 1987 n. 74 e del 14 maggio 2005 n. 80 che per entrambi i procedimenti ha regolato la fase iniziale di ciascuno dei due procedimenti.

Quelli di separazione contenziosa e consensuale presentano rispettivamente elementi comuni e diversi. Sotto il profilo della funzione, entrambi hanno lo scopo di modificare il rapporto coniugale, dando luogo ad uno stato di separazione coniugale. Dal punto di vista della struttura, entrambi hanno carattere costitutivo (in quanto, appunto, costituiscono il nuovo stato) e, più precisamente, "costitutivo necessario" nel senso che quello stato non può essere costituito se non attraverso uno di questi due procedimenti. A parte questi aspetti comuni di carattere generale, le più specifiche caratteristiche

procedimentali li rendono diversi. La distinzione essenziale è fondata sulla struttura, di cognizione per quello “giudiziale”⁷⁹, di giurisdizione volontaria per quello “consensuale”, anche se nella loro fase iniziale -quella presidenziale- si presentano praticamente

⁷⁹ Quest'ultimo aggettivo ha assunto per effetto della L. 19 maggio 1975 n. 151, c.d. di riforma del diritto di famiglia un preciso significato tecnico, diverso da quello precedente. Con tale l'attributo viene, infatti, designato, ora, quel tipo di separazione (nel duplice senso dello stato di diritto sostanziale e del procedimento che lo introduce) che in precedenza veniva designato “contenzioso” o “per colpa”. La profonda innovazione che il legislatore del 1975 ha introdotto nell'istituto della separazione, sia pure sotto il profilo del diritto sostanziale, concerne l'eliminazione della necessità della colpa come fondamento del diritto di chiedere quella separazione che prescinde dal consenso dell' altro coniuge e con le forme del processo di cognizione. Tale fondamento viene ora - in forza del nuovo testo dell'art. 151 c.c.- ricollegato ad una situazione obbiettiva ossia a fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio all'educazione della prole; mentre l'eventuale violazione dei doveri che derivano dal matrimonio può costituire -solo a richiesta di uno o di entrambi dei coniugi - fondamento di una pronuncia accessoria, con la quale viene dichiarato a quale dei coniugi la separazione è addebitabile (an. 151, 2° comma c.c.). E' questa la figura di separazione alla quale il codice civile, prescindendo dall'eventuale pronuncia accessoria ora accennata, riserva il termine di “separazione giudiziale”, espressamente contrapponendola alla «separazione consensuale», e configurando l'una e l'altra come i due tipi nei quali può concretarsi la generica figura della separazione personale (art. 150 nuovo testo c.c.). Nella disciplina generale hanno fortemente inciso le più recenti innovazioni che inserite nel codice civile e di rito dalla L. 4 febbraio 2006 n. 54 sull'affidamento condiviso. Sotto il profilo sostanziale, detta legge modifica radicalmente i possibili contenuti dei provvedimenti che, nel giudizio di separazione, riguardano i figli, ossia i provvedimenti elencati nell'art. 155 c.c. (ora totalmente modificato e integrato) con particolare riguardo all'affidamento preferibilmente condiviso (salva motivata opposizione), nonché in tema di assegnazione della casa familiare, di prescrizioni sulla residenza e di potestà genitoriale esercitata da entrambi i genitori. Sotto il profilo della struttura del processo, questa legge trae subito le logiche conseguenze dalla suddetta mutata disciplina sostanziale con significative e importanti modificazioni anche della disciplina contenuta nel codice processuale. Per ora è sufficiente evidenziare che il nuovo art. 155 (con i successivi articoli da 155 bis a 155 *sexies* del codice civile), prevede l'affidamento condiviso ad entrambi i genitori, con dettagliate previsioni ispirate dall'interesse dei figli; dispone che la potestà genitoriale sia esercitata da entrambi i genitori, ponendo il mantenimento dei figli a carico di entrambi in misura proporzionale al proprio reddito. La legge prevede l'applicabilità di tutte le nuove disposizioni in tutti i casi nei quali sorgono analoghi problemi di affidamento, di mantenimento, di cura ed istruzione dei figli e di potestà genitoriale, anche in altri procedimenti, come in quello di scioglimento, di cessazione degli effetti civili (ossia di divorzio) o di nullità del matrimonio, nonché nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati (2° comma dell'art. 4 della L. 54/2006).

identici⁸⁰. Giudice competente per materia è sempre il Tribunale e la legittimazione ad agire per la separazione giudiziale spetta naturalmente a ciascuno dei coniugi⁸¹.

In base all'art. 70, n. 2, le cause di separazione sono tra quelle per le quali è necessario l'intervento del Pubblico Ministero, sulla cui figura torneremo in seguito. L'interesse ad agire è determinato, nel caso della separazione giudiziale, dall'affermazione dei fatti che costituiscono la ragione della separazione, per i quali non è necessario evocare il concetto di "colpa"⁸². All'udienza fissata dal Presidente, i coniugi devono comparire personalmente con l'assistenza del difensore (art. 707, 1° comma). La *ratio* va cercata in quella che è la principale funzione di questa udienza cioè quella di esperire il tentativo di conciliazione ad

⁸⁰ Per i profili generali del processo speciale di separazione e divorzio vedi C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III cit., *I procedimenti di cognizione speciali non sommari-I procedimenti in materia di stato e capacità delle persone*, p. 77; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit. p. 188 ss. Per effetto dell'art. 23 della L. 6 marzo 1987 n. 74 (legge del divorzio), talune disposizioni procedurali del giudizio di separazione giudiziale (e precisamente gli artt. 706-709 c.p.c.) risultano in parte modificate dall'applicabilità, prevista dal suddetto articolo "in quanto compatibili", dell' art. 4 L. 1 dicembre 1970 n. 898, così come modificato dall'art. 8 della L. 74/1987.

⁸¹ Rispetto alla legittimazione processuale, è dubbia la possibilità di avvalersi della rappresentanza, sia perché la legge richiede, nella fase presidenziale, la comparizione personale dei coniugi, sia perché non può darsi rappresentanza nel campo sostanziale, che l'art. 77 c.p.c. configura come necessario presupposto della rappresentanza processuale volontaria.

⁸² Ad eccezione dell'addebito della separazione che si fonda sull'inadempimento dei doveri che derivano dal matrimonio. La domanda si propone, in ogni caso, con ricorso al tribunale. Tale ricorso deve contenere l'esposizione dei fatti sui quali è fondata la domanda di separazione, nonché la proposizione, appunto, della domanda di separazione mentre i più specifici riferimenti al *petitum*, alla *causa petendi* e alle prove offerte potranno essere contenuti nella «memoria integrativa» che è ora prevista dall'attuale art. 709, 3° comma, nonché, l'eventuale domanda di addebito che secondo una parte della dottrina può essere lasciata alla memoria integrativa ed è sottoscritto dal ricorrente (art. 706, 1° comma; v. anche art. 4 L. div.). Col deposito del ricorso si realizza la costituzione dell' attore. La legge 80/2005 ha apportato delle importanti modifiche del codice di rito per accelerare la procedura.

opera del presidente⁸³, il quale in questa sede opera, più che come giudice, come autorevole consigliere⁸⁴. Se i coniugi si conciliano, così dispone l'art. 708, 2° comma, il presidente fa redigere processo verbale della conciliazione, ma questo non è il caso più frequente. Solitamente infatti il tentativo non riesce o riesce solo parzialmente.

Un ruolo rilevante può avere qui la “mediazione familiare” prevista dal nuovo art. 155 *sexies* c.c. (introdotta in attuazione dell’art. 13 della Convenzione di Strasburgo sull’esercizio dei diritti del fanciullo)⁸⁵. Infatti, anche se l’istituto è pensato per comporre contenziosi sull’affidamento dei figli minori, favorendo il dialogo tra coniugi, esso finisce per incidere sulle questioni di natura economica, come l’assegnazione della casa coniugale o la quantificazione dell’assegno di mantenimento dei figli.

Se la mediazione oppure ogni tentativo di conciliazione, anche parziale, falliscono, il presidente fa proseguire con ordinanza il procedimento contenzioso, nominando il giudice istruttore, ma intanto regola i rapporti tra i coniugi emettendo dei provvedimenti con portata sostanziale-anticipatoria, ossia i “provvedimenti temporanei e urgenti che il presidente reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole” (affidamento dei figli, mantenimento da parte dei genitori,

⁸³ Il tentativo di conciliazione non solo può portare alla riconciliazione ma anche alla trasformazione del rito iniziato come contenzioso in consensuale nel quale le parti contrapposte trovano un equilibrio nelle loro reciproche richieste.

⁸⁴ Non è prevista la possibilità di interrogare i figli minori che è invece ammessa nel procedimento di divorzio (art. 4, 8° comma L. div., che peraltro si riteneva applicabile anche in questo procedimento in forza dell'art. 23 L. div.). Tale applicabilità è ora disposta dal nuovo art. 155 *sexies* c.c.

⁸⁵ La convenzione è del 25 gennaio 1996, ratificata con legge 20 marzo 2003 n. 77. Si tratta di uno strumento attraverso il quale, su consenso delle parti, mentre il processo rimane sospeso, tecnici qualificati, nominati dal giudice, mettono in contatto i coniugi favorendone il dialogo sull’argomento preferenziale dell’interesse dei minori. Essi normalmente, all’esito del confronto delle parti, possono proporre degli accordi sulle modalità dell’affidamento condiviso.

assegnazione della casa coniugale ed eventualmente il contributo del mantenimento a favore del coniuge più debole - articoli 708, secondo comma c.p.c. e 155 ss. c.c.-).

L'esigenza di disporre immediatamente sulle questioni principali della separazione con provvedimenti interinali⁸⁶ -pronunciabili anche

⁸⁶ Della natura cautelare si parla espressamente nella sentenza della Cassazione n. 13593 del 2006, affermando che "il provvedimento presidenziale di fissazione dell'assegno di mantenimento, emesso in via provvisoria ai sensi dell'art. 708 c.p.c., ha natura cautelare, mirando ad assicurare il diritto al mantenimento del coniuge fino all'eventuale esclusione o al suo affievolimento in un diritto meramente alimentare, che può derivare solo dal giudicato". Per la verità, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza non sono mai stati avanzati seri dubbi circa la "cautelarità" in senso lato dei provvedimenti presidenziali, avuto riguardo soprattutto alla loro funzione ed alla loro finalità. In proposito, occorre segnalare un'interessante ordinanza datata 8/3/1999 del Tribunale di Taranto, ove si dice che "i provvedimenti temporanei ed urgenti di cui all'art. 708 c.p.c. non possono essere qualificati cautelari in senso stretto, in quanto la loro sopravvivenza all'estinzione del processo (art. 189 disp. att. c.p.c.) esclude la sussistenza del requisito della strumentalità, ma è altresì vero che tale constatazione attiene al profilo strutturale, laddove dal punto di vista funzionale, non vi è dubbio che l'ordinanza presidenziale rappresenta lo strumento normativamente previsto per dare una risposta immediata, sulla base di una cognizione sommaria, alle esigenze di tutela che emergono nella fase iniziale della crisi dei rapporti coniugali". Certo è inoltre che l'ordinanza è un provvedimento di natura giurisdizionale, ma non idoneo al giudicato, esecutivo, a cognizione sommaria e caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità.

I maggiori problemi di ordine processuale concernono i limiti dell'efficacia dei provvedimenti provvisori durante la pendenza del giudizio di separazione e la loro impugnabilità. Sotto il primo profilo, la natura anticipatoria del provvedimento ne implica la caducazione per effetto della sentenza che definisce il giudizio. Prima della pronuncia della sentenza, l'ordinanza è revocabile e modificabile dal giudice istruttore anche indipendentemente dai mutamenti nelle circostanze ai quali il previgente testo dell'art. 708, 3° comma, ma non più l'ultimo comma dell'attuale art. 709, subordinava la revoca e la modifica. Sotto il secondo profilo, se è pacifica la non impugnabilità col ricorso straordinario ex art. 111 Cost. e col regolamento di competenza, discutendosi invece circa l'impugnabilità col reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c., il nuovo 4° comma che la L. 54/2006 ha aggiunto all'art. 708 c.p.c. ha risolto radicalmente la questione prevedendo esplicitamente la reclamabilità dei provvedimenti di cui si tratta alla Corte d'appello che si pronuncia in camera di consiglio.

Infine, il nuovo legislatore si preoccupato dell'eventualità che, durante il corso del procedimento di separazione (o di divorzio o di vertenza tra genitori non coniugati: art. 4, 2° comma L. 54/2006), sorgano controversie tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento. Al riguardo, il nuovo art. 709 *ter* dispone che su tali controversie è competente il giudice del procedimento in corso. Quando i coniugi sono già in stato di separazione - che per quelle controversie come quelle concernenti le modifiche delle condizioni di separazione previste dall'art. 710 c.p.c. è competente il giudice del luogo di residenza del minore. Per tutte queste ipotesi, il 2° comma dell'art. 709 *ter*, dispone che "A seguito del ricorso, il giudice

d'ufficio- è determinata dal fatto che il giudizio che sta per iniziare può durare anche molto tempo (mesi o addirittura anni) ed è evidente che non si può aspettare di regolare queste questioni essenziali con il provvedimento decisorio⁸⁷. Si impone perciò una sorta di anticipazione del regime di separazione, attraverso una pronuncia che, da un lato, dovendo essere emessa subito, non può che essere sommaria, senza previa istruzione e fondata semplicemente su quanto il presidente ha appreso dal suo diretto contatto con i coniugi e, dall'altro, ha natura provvisoria, ossia è destinata ad operare (salvo reclamo ed eventuale modifica) fino a quando la sentenza che pronuncia la separazione non sostituirà il regime provvisorio⁸⁸.

A parte la fase dell'udienza presidenziale che presenta caratteristiche pressoché identiche, il giudizio di separazione consensuale è strutturalmente molto diverso. Se la conciliazione non riesce, "si dà atto nel processo verbale del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole" (art. 711, terzo comma

convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni. In caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento, può modificare i provvedimenti in vigore e può anche congiuntamente: 1) ammonire il genitore inadempiente; 2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore; 3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro; 4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5.000 euro a favore della Cassa delle ammende".

⁸⁷ Sull'esigenza della speditezza nelle decisioni che riguardano il conflitto familiare ed in particolare la protezione dell'interesse dei minori dispone in generale l'art. 7 della Convenzione di Strasburgo 25 gennaio 1996, ratificata con l. n. 77/2003, sull' 'Obbligo di agire prontamente': "Nei procedimenti che interessano un minore, l'autorità deve agire prontamente per evitare ogni inutile ritardo. Devono concorrervi delle procedure che assicurino una esecuzione rapida delle decisioni dell'autorità giudiziaria. In caso di urgenza, l'autorità giudiziaria ha, se necessario, il potere di prendere decisioni immediatamente" (Sulla valenza delle regole poste a tutela dei minori dalla Convenzione di Strasburgo a rango di principi generali dell'ordinamento vedi Cass. 27.7.2007 n. 16753, in *Nuova giur. Civ. comm.* 2008, I, p.373).

⁸⁸ Salva l'eventuale protrazione della sua efficacia in caso di estinzione del giudizio.

c.p.c.). A questo punto, diversamente da quanto succede nel procedimento contenzioso, il procedimento giunge al suo epilogo con il decreto di omologazione del tribunale in camera di consiglio, su relazione del presidente⁸⁹. Questa è la fase caratterizzata dalle forme della giurisdizione volontaria.

L'omologazione è un controllo generale di legittimità e limitato di merito sulle condizioni della separazione. Il controllo si effettua mediante la trasmissione degli atti al tribunale, riunito in camera di consiglio, senza partecipazione delle parti e dei difensori, previa trasmissione al P.M. Il possibile rifiuto dell'omologazione riguarda soltanto l'ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 158 c.c., ovvero quando l'accordo sull'affidamento o mantenimento dei figli è "in contrasto con l'interesse" di questi. E' previsto un meccanismo di aggiustamento dell'accordo attraverso una riconvocazione dei coniugi da parte del giudice che suggerisce le modifiche nell'interesse della prole. Se la soluzione non appare idonea il giudice, "allo stato", rifiuta l'omologazione (secondo comma dell'art. 158 c.c.). La separazione acquista efficacia con il decreto di omologazione (come espressamente stabilito dall'art. 711, quarto comma c.p.c.), il quale decreto, a sua volta, secondo le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, decorsi dieci giorni dalla sua comunicazione, termine entro il quale esso sarebbe impugnabile davanti la Corte d'Appello (art. 739-740 c.p.c.) ed è sempre revocabile (art. 742 c.p.c.), secondo la sua natura di provvedimento di giurisdizione volontaria. Ugualmente alla sentenza di separazione giudiziale, il decreto di omologa della consensuale è rivedibile mediante un procedimento camerale (art. 710 c.p.c.), stante l'operatività della clausola *rebus sic stantibus*.

⁸⁹ Nelle more dell'omologazione il consenso alla separazione non può essere revocato unilateralmente. La questione è tuttavia controversa come vedremo in seguito.

Veniamo ora ad esaminare i profili generali del procedimento di divorzio. Il giudizio è strutturato con forme simili a quelle del giudizio di separazione⁹⁰. In generale bisogna tener presente che la legge prospetta, come funzione e risultato del procedimento in discorso, due figure distinte, ma affiancate l'una all'altra: quella dello scioglimento del matrimonio civile (art. 1 L. div.) e quella della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio concordatario (art. 2 L. div.). L'una e l'altra pronuncia si fondano sull'accertamento che "la comunione spirituale e materiale dei coniugi non può essere mantenuta o ricostruita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3". Anche se la legge prevede i cassi tassativi che giustificano al richiesta di divorzio, sul piano strutturale il giudizio è per lo più collegato al preesistente stato di separazione giudiziale (determinato con sentenza passata in giudicato) o consensuale (ritualmente omologata). In tal caso si configura un rapporto di priorità necessaria tra lo stato di separazione e quello di divorzio; rapporto che si concreta nel necessario decorso di un periodo di separazione per poter chiedere il divorzio, tanto che se questo periodo viene interrotto ciò deve essere eccepito dalla parte convenuta ai fini della dichiarazione di improcedibilità.

Per effetto della modificazione introdotta dalla L. 74/1987, il procedimento può essere instaurato anche "su domanda congiunta" con alcune forme del procedimento camerale⁹¹. Il procedimento contenzioso

⁹⁰ In realtà, prima delle modifiche del 2005, la disciplina dei due procedimenti tendeva all'identità in forza dell'art. 23 L. div., che sovrapponeva la disciplina del procedimento contenzioso di divorzio al vecchio testo codicistico della disciplina del procedimento di separazione. Poiché, però, ora, la L. 80/2005, con le sue successive integrazioni, ha preferito disciplinare autonomamente i due procedimenti con formulazioni assai simili, ma non prive di qualche differenza, si deve prendere atto delle possibili diversità in alcuni limitati settori e dei dubbi interpretativi conseguenti anche ai non chiari limiti dell'attuale portata dell'art. 23 L. div.

⁹¹ Esistono quindi due procedimenti con forme diverse, ma con lo stesso oggetto e cioè

si articola, come quello di separazione giudiziale, nelle due fasi che si svolgono l'una davanti al presidente del tribunale e l'altra con le forme del giudizio di cognizione ordinario⁹². Successivamente al deposito del ricorso il presidente del tribunale, fissa con decreto il giorno della comparizione dei coniugi davanti a sé (art. 4, quinto comma L. div.). Egli nomina un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace. C'è una sostanziale identità di disciplina dell'udienza presidenziale in questo giudizio di divorzio rispetto al procedimento di separazione, con analoga regolamentazione in via anticipata delle questioni essenziali nell'interesse dei coniugi della prole. Il giudizio ordinario si svolge con i ritmi e con le preclusioni di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c. con possibilità, in base all'art. 5, nono comma, di disporre indagini sui redditi e sull'effettivo tenore di vita dei coniugi. È necessario l'intervento del Pubblico Ministero, come espressamente stabilito dall'art. 5, primo comma. Alla fine dell'istruttoria la decisione spetta al collegio che provvede con sentenza impugnabile⁹³. Si tratta di un provvedimento costitutivo sullo stato e di condanna, immediatamente esecutiva, con riguardo all'eventuale obbligo di mantenimento (quanto all'assegno, l'art. 4, tredicesimo comma,

in funzione del medesimo risultato sostanziale: il divorzio. L'eventuale domanda congiunta non implica affatto l'attribuzione al consenso della portata di autonoma ragione di divorzio. Non si tratta di divorzio consensuale.

⁹² La L. 14 maggio 2005 n. 80 ha integrato e modificato la disciplina delle fasi speciali del procedimento di separazione introducendo analoghe modificazioni e integrazioni alla disciplina del procedimento contenzioso di divorzio, sicché la disciplina delle fasi speciali dei procedimenti di separazione e di divorzio è ora assai simile, ma non identica. La L. 80/2005, infatti, con le successive integrazioni di cui alla L. 263/2005, ha riscritto autonomamente l'art. 4 L. div. ancorché in un testo quasi identico a quello relativo al giudizio di separazione.

⁹³ L'impugnazione può essere proposta da ciascuna delle parti, mentre il P.M. può impugnare solo limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori (art. 5, 1° e 5° comma L. div.).

contempla la possibilità che esso produca effetti fin dal momento della domanda)⁹⁴. E' anche possibile che il tribunale disponga con sentenza non definitiva (impugnabile solo con appello immediato) solo sulla cessazione degli effetti del matrimonio, rinviando alla successiva fase del giudizio ordinario la determinazione degli obblighi economici.

Quanto al procedimento a domanda congiunta, il testo novellato (dalla L. 74/1987) dell'art. 4 L. div., nel suo sedicesimo comma, configura tale possibilità prevedendo un particolare *iter* simile al procedimento di separazione consensuale, la legge, tuttavia, da un lato, non attribuisce al consenso alcun rilievo autonomo come ragione di divorzio (a differenza di quanto si verifica per la separazione consensuale), mentre, dall' altro, esclude ogni elemento di disponibilità sul suo oggetto sostanziale; infatti anche in questo caso resta l'obbligo del tribunale, come nel procedimento contenzioso, di verificare l'esistenza dei presupposti di legge per la pronuncia del divorzio in via contenziosa, ciò che esclude la configurabilità, nel nostro ordinamento di un "divorzio consensuale".

Il requisito per questo strumento procedimentale abbreviato è che nel ricorso siano compiutamente indicate le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici e che i coniugi abbiano già raggiunto un accordo su tali punti essenziali. Mentre nella separazione consensuale il tribunale si limita ad omologare il consenso dei coniugi che costituisce il fondamento sostanziale dell'introduzione dello *status*, che va necessariamente manifestato davanti al presidente, qui il consenso è soltanto un presupposto per la proposizione della domanda congiunta e

⁹⁴ Diversamente che nella separazione, è inoltre prevista la possibilità, per il coniuge al quale spetta la corresponsione dell'assegno e dopo la costituzione in mora del coniuge obbligato, di notificare il provvedimento ai terzi tenuti a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato, con l'invito a versargli direttamente la somma dovuta dandone comunicazione al coniuge inadempiente. Se il terzo non adempie, il coniuge creditore ha azione diretta esecutiva nei suoi confronti (art. 8, comma 3° e 4° L. div.).

il conseguente impiego del rito abbreviato, anche se, per questa strada, i coniugi predeterminano i contenuti che verranno recepiti nella sentenza. Nell'ambito del procedimento a domanda congiunta, qualora il tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli siano in contrasto con gli interessi degli stessi, si applicano le regole del procedimento contenzioso, con un passaggio dal rito camerale al rito contenzioso⁹⁵.

Infine, anche per il divorzio, è previsto il procedimento di revisione in base all'art. 9, primo comma L. div., cui si applicano le regole dei procedimenti in camera di consiglio senza le preclusioni proprie del giudizio ordinario. Il provvedimento conclusivo, in assenza di espressa previsione normativa, secondo l'opinione prevalente, è un decreto motivato di cui all'art. 737 c.p.c.⁹⁶.

Le funzioni del Pubblico Ministero.

I giudizi di separazione e di divorzio, pur avendo natura speciale non sommaria, sono ispirati al principio dell'impulso di parte, come tutto il nostro sistema processuale civile. Ciò significa che l'*iter* segue l'iniziativa della parte secondo il principio della domanda. Ci si chiede se tale regola trovi piena applicazione anche in una materia, come quella della dissoluzione della famiglia, in cui non tutti i diritti dedotti in conflitto sono disponibili. Per garantire la tutela di diritti sottratti al pieno potere di disposizione dei coniugi, garantiti in via prevalente, il legislatore avrebbe ben potuto configurare un tipo di processo fondato, più o meno intensamente, sull'impulso d'ufficio. Ciò tuttavia avrebbe

⁹⁵ Art. 4, comma 16 L. div. Il mutamento di rito in senso inverso -ossia il passaggio dal rito contenzioso a quello camerale- non è previsto dalla legge. Ma non sembra ci siano ostacoli rispetto alla prassi di alcuni tribunali, secondo la quale quando, nel procedimento contenzioso, il consenso dei coniugi emerge davanti al presidente, questi li rimette al tribunale in camera di consiglio anziché seguire l'*iter* del procedimento contenzioso. Secondo altra prassi invece il consenso di divorziandi emerge da una precisazione conforme delle conclusioni ai fini di una rapida definizione del processo.

⁹⁶ In questo senso C. MANDRIOLI, *cit.* p. 131.

comportato la costruzione di un tipo di processo, interamente diverso, per far valere i soli diritti indisponibili.

E' stato più facile adattare il sistema a queste particolari esigenze aggiungendo un ulteriore strumento di tutela. Si è quindi usato l'espedito di distinguere la titolarità del diritto indisponibile dalla titolarità dell'iniziativa processuale. Questo "sganciamento" non comporta soltanto l'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati al processo, ma determina la previsione di un soggetto appositamente creato per operare nel processo come parte. Tale soggetto può avvalersi di tutte le iniziative che spettano alla parte, ma con la specifica funzione di perseguire, attraverso la tecnica processuale dell'impulso di parte, la tutela degli interessi di natura pubblicistica che connotano in modo più o meno pregnante l'indisponibilità del diritto. Questo soggetto è il Pubblico Ministero, cui la legge attribuisce in modo variabile, poteri analoghi a quelli riconosciuti ai coniugi-genitori. A questi ultimi, di conseguenza, viene sottratta l' "esclusiva" sul "come" e sul "se" far valere quei diritti in tribunale⁹⁷.

Sotto il profilo funzionale il ruolo del Pubblico Ministero può essere ricondotto alle finalità proprie del processo ad impulso d'ufficio, sotto il profilo tecnico, esso si inquadra nello schema processuale regolato dal principio dell'impulso di parte.

Sulla base di queste precisazioni si possono comprendere le norme del codice di procedura civile (l'intero titolo II, articoli 69-74) che delineano i poteri di azione e di intervento del Pubblico Ministero⁹⁸, i

⁹⁷ Per questa ricostruzione vedi C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino 2006, p. 113 ss., secondo cui "con l'espedito del Pubblico ministero il legislatore ha conseguito il fine della sottrazione dell'esclusiva nel far valere i diritti là dove tale esclusiva sarebbe in contrasto con l'indisponibilità degli stessi; senza peraltro rinnegare -anzi riaffermando con l'adeguarsi della relativa tecnica- la scelta di fondo per il sistema imperniato sull'impulso di parte e per il sistema dispositivo".

⁹⁸ E' controversa in dottrina la natura giuridica del Pubblico Ministero. La tesi secondo cui sarebbe una diramazione del potere esecutivo è da ritenersi sicuramente superata.

quali ulteriormente limitano l'autonomia dei coniugi nella gestione della separazione e della cessazione degli effetti del matrimonio.

L'esercizio dell'azione da parte del P.M., che può avvenire in concorso con i titolari del rapporto sostanziale, in via sussidiaria o in via esclusiva, è contemplato nei soli casi tassativamente previsti dalla legge, accomunati dal fatto che, in tali ipotesi, l'esercizio dell'azione concerne diritti o *status* ed è sottratta alla disponibilità delle parti, la cui tutela risponde ad interessi di natura pubblicistica.

Nei giudizi di separazione e di divorzio il P.M. esplica le sue funzioni attraverso l'intervento necessario o facoltativo, nell'interesse superiore della famiglia e, in particolare, della prole minorenni o del coniuge più debole. L'art. 70 del codice di procedura civile prevede l'intervento, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi. Secondo l'interpretazione corrente della giurisprudenza e della dottrina, è necessario l'intervento del Pubblico Ministero fino a quando sia in discussione il vincolo matrimoniale⁹⁹.

Alcuni propendono per la natura amministrativa delle sue funzioni nel senso che essa sarebbe volta a tutelare uno specifico interesse pubblico consistente nell'attuazione della legge. C'è chi, con riferimento alla funzione in concreto esercitata, riconduce il P.M. alla categoria dell'organo giudiziario in quanto svolge un'attività di stimolo e di collaborazione con questi ultimi, come un ausiliario.

Per le varie posizioni della dottrina sulla natura giuridica del P.M. vedi C. CONSOLO, in *Commentario al Codice di Procedura Civile*, sub art. 69 c.p.c., Milano 2007.

⁹⁹ In questo senso vedi Cass. civ. Sez. I, 24-02-1997, n. 1664, secondo cui, nel giudizio di appello di separazione o divorzio, se sono in discussione i soli diritti patrimoniali, il P.M. non deve intervenire: "L'art. 70, comma 1, n. 2 c.p.c. sull'obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero nella causa di separazione personale dei coniugi, trova applicazione fino a quando sia in discussione il vincolo matrimoniale, e non anche, pertanto, nel giudizio d'appello, ove inerente ai soli rapporti patrimoniali". Ancora, non è necessario l'intervento del P.M. nelle cause riguardanti la distrazione a favore del coniuge avente diritto, non legalmente separato, di somme dovute da terzi all'altro coniuge obbligato per il mantenimento (Cass. civ. Sez. I, 21-12-2004, n. 23713: "Nelle cause riguardanti la distrazione a favore del coniuge avente diritto, non legalmente separato, di somme dovute da terzi all'altro coniuge obbligato per il mantenimento, deve escludersi l'obbligatorietà dell'intervento del P.M., vertendosi in controversia concernente, non il vincolo matrimoniale, bensì l'applicabilità di una speciale agevolazione, prevista dall'art. 156, sesto comma, cod. civ., per il recupero di

Con riferimento al procedimento di separazione consensuale, si discute se detto intervento sia necessario. Mentre parte della dottrina non lo esclude, la giurisprudenza Corte di Cassazione ha scelto l'interpretazione secondo cui "non è esatto che dalla regola della reclamabilità dei provvedimenti camerali da parte del pubblico ministero debba ricavarsi la ulteriore regola della (generalizzata) necessità delle previe conclusioni di tale organo. [...] in tanto spetta al pubblico ministero il potere di reclamo in quanto il previo parere sia previsto come necessario. Tale lettura, emerge dall'art. 740 c.p.c. e trova conferma nell'art. 738, secondo comma, stesso codice, ove le conclusioni del pubblico ministero sono considerate non una generale necessità, ma una ipotesi che la legge deve specificamente prevedere. Detto questo, non resta che rilevare come l'art. 711 c.p.c., relativo al procedimento di separazione consensuale, non contenga alcun riferimento al pubblico ministero e alla necessità delle sue conclusioni. Né la previsione è ricavabile dall'art. 70 n.2 c.p.c., concernente il diverso caso dei procedimenti contenziosi di separazione fra coniugi"¹⁰⁰. Sulla base di questo insegnamento, allo stato, non contraddetto da altre pronunce di segno opposto, si ritiene che sia sufficiente il visto del PM apposto in calce all'ordinanza presidenziale¹⁰¹.

Quanto al procedimento di divorzio, l'art. 5 Legge 898/70, primo comma, (come modificata dalla Legge 74/87) è esplicito nel prevedere l'intervento del P.M. a pena di nullità rilevabile d'ufficio, con

crediti per il mantenimento, ed esulando quindi la fattispecie dalla previsione dell'art. 70, primo comma, numero 2, cod. proc. civ.").

¹⁰⁰ Cass. civ. Sez. I, 14-07-1993, n. 7774, in *Mass. Giur. It.* 1993.

¹⁰¹ La Corte Costituzionale ha tuttavia chiarito la partecipazione necessaria del PM nei giudizi che hanno ad oggetto la modifica dei provvedimenti concernenti la prole dei coniugi separati, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 710 c.p.c. nella parte in cui non lo prevede (sent. Corte Cost. 92/416).

Ancora, la Corte Costituzionale con sentenza n. 214 del 1996 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 70 c.p.c. nella parte in cui non prescrive l'intervento obbligatorio del PM nei giudizi fra genitori naturali che comportino "provvedimenti relativi ai figli".

conseguente possibilità di revocazione della sentenza, nelle cause di scioglimento di matrimonio. Si ritiene che in tal caso il P.M. abbia la qualifica di litisconsorte necessario¹⁰².

Nel processo di divorzio a domanda congiunta dei coniugi, in assenza di una specifica previsione normativa, la dottrina ha offerto diverse letture. Secondo alcuni, sarebbe esclusa la partecipazione del Pubblico Ministero poiché, altrimenti, la legge stessa lo avrebbe previsto chiaramente, come in effetti è avvenuto nella previsione dell'art. 9 Legge 898/70. Secondo invece la maggior parte della dottrina, il problema va risolto diversamente. Si è innanzitutto argomentato dalla regola generale di cui all'art. 70, n. 3 c.p.c. laddove si dice che è necessaria la presenza del Pubblico Ministero nelle cause che attengono allo stato e alla capacità delle persone. In base a questa prospettiva, opererebbe la regola generale ed essa non sarebbe esclusa dalla previsione specifica di cui all'art. 9, 1° comma Legge 898/70, che infatti richiede la partecipazione necessaria del Pubblico Ministero nel giudizio di

¹⁰² In tal senso vedi Cass. civ. Sez. I, 29-10-1998, n. 10803: "Nel procedimento di divorzio fra coniugi con figli minori o incapaci, a norma degli art. 4 e 5 l. n. 898 del 1970 (come novellati dalla l. n. 74 del 1987), il p.m. è litisconsorte necessario in concorrenza con le parti private ed è titolare di un autonomo potere di impugnazione in relazione agli interessi dei suddetti figli, con la conseguenza che, ove uno dei coniugi abbia proposto appello avverso un capo della sentenza di primo grado riguardante i predetti interessi, il relativo atto d'appello deve essere notificato anche al p.m. presso il tribunale e, in difetto di notifica, il giudice di secondo grado deve disporre l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti a norma dell'art. 331 c.p.c.; tale integrazione è necessaria anche quando nel giudizio di secondo grado sia ritualmente intervenuto il procuratore generale presso la corte d'appello, atteso che il p.m. presso il giudice "*ad quem*" non ha il potere di impugnare la sentenza di primo grado e pertanto dal suo intervento non possono conseguire gli effetti cui è intesa l'integrazione del contraddittorio ai sensi del citato art. 331 c.p.c.", in *Mass. Giur. It.*, 1998. Tale qualifica è esclusa nel giudizio di separazione personale (Cass. civ. n.6965 del 14.5.2002), inoltre la partecipazione necessaria del p.m. è tale nel giudizio di revisione soltanto per i provvedimenti relativi ai figli (in tal senso Cass. civ. n. 379 del 15.1.1999) o relativi all'assegnazione della casa familiare (Cass. civ. n. 9157 del 28.8.1993).

Se infine nella causa di divorzio non vi siano figli o non vi siano figli minori o incapaci, il P.M. pur avendo facoltà di intervento, non può spiegare domande o proporre impugnazione (in questo senso vedi n. 3529/77; Cass. n. 184/87).

revisione relativo ai figli, che è materia completamente diversa dallo *status* delle persone.

Altra teoria ritiene invece necessaria la partecipazione del P.M. nel divorzio a domanda congiunta in base all'art. 70, n. 2) c.p.c., trattandosi di causa matrimoniale. Poiché tuttavia non si tratta di procedimento contenzioso, sarà necessario un adattamento alla struttura del rito camerale. Di qui il necessario richiamo all'art. 738, secondo comma c.p.c., in base al quale gli atti vanno comunicati al Pubblico Ministero, il quale stende le sue conclusioni in calce al provvedimento del presidente¹⁰³.

¹⁰³ Quanto alle modalità dell'intervento del P.M., la sua chiamata in giudizio avviene, come stabilito dall'art. 71 c.p.c., a seguito di ordine del giudice di comunicazione degli atti. Nella prassi, l'istituto dell'intervento è ridimensionato. La giurisprudenza ritiene basti, ai fini dell'intervento del PM, la semplice partecipazione al processo, ovvero che egli sia stato informato del giudizio e quindi sia posto nelle condizioni di svolgere l'attività che ritenga più opportuna, non essendo necessaria né la formulazione di conclusioni orali o scritte, né la presenza a tutte le udienze ed in particolare a quella di discussione (Cass. civ. Sez. I, 21-08-1993, n. 8862: "ai fini dell'osservanza delle norme che prevedono l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, è sufficiente che quest'ultimo sia informato dell'esistenza del procedimento attraverso la comunicazione dei relativi atti (art. 71 c.p.c.), così da esser messo in grado di parteciparvi e di prendere, se lo ritiene, le iniziative processuali previste dalla legge (v., fra molte, la sentenza n. 3728 del 1990)"; Cass. civ. Sez. I, 24-05-2005, n. 10894: "Per l'osservanza delle norme che prevedono l'intervento obbligatorio del P.M. nel processo civile - come nel caso del procedimento di separazione personale dei coniugi - è sufficiente che gli atti siano comunicati all'ufficio del medesimo per consentirgli di intervenire nel giudizio mentre l'effettiva partecipazione e la formulazione delle conclusioni sono rimesse alla sua diligenza").

Quanto alle conseguenze del mancato intervento, è prevista la nullità del giudizio. Secondo una recente giurisprudenza la mancata partecipazione non sarebbe rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo; il vizio si convertirebbe in motivo di gravame (la questione è discussa: *pro* Cass. 23311/2004; *contra* Cass. 7992/1992). In difetto di gravame, il vizio sarebbe sanato. Se il giudice d'appello accerta la nullità della sentenza, non deve rimettere la causa al primo giudice, ma trasmettere gli atti al PM perché intervenga in secondo grado (Cass. civ. Sez. I, 27-01-1997, n. 807, "Qualora nel giudizio di primo grado sia mancata la partecipazione del pubblico ministero in causa nella quale ne è obbligatorio l'intervento ai sensi dei numeri 2, 3 e 5 dell'art. 70 c.p.c., (quale nella specie un'azione di dichiarazione giudiziale di paternità) il giudice d'appello, rilevata la nullità della sentenza, non può rimettere la causa al primo giudice, ma deve trattenerla presso di sé e deciderla nel merito, dovendo escludersi che nelle menzionate ipotesi di cui al cit. art. 70 (diversamente da quella di cui al numero 1 dello stesso articolo) la mancata partecipazione del P.M. comporti un difetto

Alla luce del quadro normativo richiamato, secondo la lettura della Corte di Cassazione, potrebbe dirsi, in sintesi, che la necessaria partecipazione del Pubblico Ministero ha tipicamente una funzione di controllo ed è giustificata dall'intento di sventare eventuali frodi processuali, specialmente con riferimento alla possibile collusione sulle prove della sussistenza di una o più delle condizioni di ammissibilità della domanda. Il potere del P.M. in merito alle condizioni della separazione concerne, come il potere del Tribunale, solamente la tutela dell'interesse della prole minorenni. Egli, pur essendo parte del processo, non può comunque supplire all'inerzia del genitore nella richiesta dell'assegno di mantenimento¹⁰⁴.

2.2. Spazi riservati al controllo giudiziale nella separazione consensuale e nel divorzio a domanda congiunta.

Nel contesto processuale del giudizio di separazione consensuale e di divorzio a domanda congiunta, sopra ricostruito, i coniugi trovano la sede istituzionale dove concludere accordi volti a sistemare i rapporti

di integrale contraddittorio e consenta pertanto l'applicazione dell'art. 354 stesso codice").

Il p.m. come parte ha un potere istruttorio che si estrinseca nella facoltà di produrre documenti, dedurre prove e prendere proprie conclusioni nei limiti segnati dal *petitum* e dalla *causa petendi* fatti valere dalle parti.

L'art. 5 l. 898/70 limita il potere di impugnazione del PM nelle sentenze rese in cause di scioglimento del matrimonio ai soli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci.

¹⁰⁴ In questo senso vedi A. FERRARI, *I trasferimenti a causa della separazione o del divorzio come titolo di provenienza*, in *Famiglia e Diritto*, 2011, p. 1067; G. OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Famiglia e Diritto* 2003, 395-396, che si sofferma anche sulle ragioni storiche. Nello stesso senso anche, A. NATALI, *L'indisponibilità del diritto al mantenimento da parte dei coniugi separati e l'invalidità della prestazione una tantum: due limiti forse eccessivi all'autonomia coniugale*, *Arch. Civ.*, 2004, 499.

personali ed economici con una limitata ingerenza dell'autorità giudiziaria.

Nella separazione, in base al combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 158 c.c., il "*consenso*" e l' "*accordo*" dei coniugi costituiscono al tempo stesso il fondamento e il contenuto del regime applicabile a quella fase del rapporto matrimoniale in cui alcuni effetti sono sospesi e la comunione familiare transitoriamente si dissolve per cessazione della convivenza. Nel divorzio, la legge, con le dovute differenze sul valore del consenso dei coniugi -che non può mai incidere sui presupposti dello scioglimento del matrimonio¹⁰⁵- è altrettanto esplicita nel presupporre l'esistenza di "*condizioni*" concordate affinché si applichi il rito camerale anziché quello contenzioso (art. 4, sedicesimo comma, L. div.).

La separazione consensuale.

Per comprendere quali spazi siano riservati al giudice per controllare l'assetto voluto dai coniugi, si deve tener conto del fatto che siamo di fronte ad un'ipotesi speciale di giurisdizione volontaria, riconducibile a quell'attività che la dottrina processualcivilistica definisce come "amministrazione del diritto privato affidata agli organi giurisdizionali". Il giudice qui è chiamato ad un'attività di tipo amministrativo, non idonea al giudicato, che assolve certamente alla funzione di offrire un provvedimento giurisdizionale costitutivo (necessario), ma che in realtà riserva all'organo giurisdizionale un funzione davvero marginale rispetto alla libera determinazione negoziale dei coniugi. Per questo un'autorevole dottrina ha tenuto a

¹⁰⁵ La legge, da un lato, non attribuisce al consenso alcun rilievo autonomo come ragione di divorzio (a differenza di quanto si verifica per la separazione consensuale), mentre, dall' altro, esclude ogni elemento di disponibilità sul suo oggetto sostanziale, infatti anche in questo caso resta l'obbligo del tribunale, come nel procedimento contenzioso, di verificare l'esistenza dei presupposti di legge per la pronuncia del divorzio in via contenziosa, ciò che esclude la configurabilità del divorzio consensuale.

precisare che la giurisdizione volontaria è la “meno giurisdizionale” delle attività configurate dal codice processuale civile¹⁰⁶.

Con questa premessa, si tratta di capire come opera il controllo giudiziale.

Innanzitutto, il codice civile subordina espressamente l'effetto della separazione al provvedimento di omologa. Secondo l'art. 158 c.c. infatti “la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice”, ma la legge tace sui limiti di verifica e di valutazione del tribunale.

Sulla portata di tale decreto, rispetto al consenso delle parti, l'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza ha subito un nel tempo un cambiamento in relazione alla diversa concezione delle norme dettate a tutela della famiglia.

L'istituto dell'omologazione nasce in passato dalla necessità di conservare allo Stato il controllo sulle ragioni che inducevano la coppia a sciogliersi, al fine di evitare che un evento così dirompente per l'unità familiare, intesa nella sua accezione istituzionale, fosse lasciato al mero capriccio dei coniugi¹⁰⁷. La giurisprudenza della Corte di Cassazione anteriore alla riforma del 1975 evocava la necessità di un intervento penetrante e sostanziale del magistrato, affinché la separazione fosse accordata non tanto in base all'interesse personale dei coniugi, ma piuttosto per quello superiore della famiglia e della prole. Secondo

¹⁰⁶ In questo senso vedi C. MANDRIOLI, cit., *I procedimenti in Camera di giurisdizione volontaria*, p. 311 ss.

¹⁰⁷ In questo senso deponeva anche la formulazione dell'art. 158 c.c. prima della riforma del 1975, quando non conteneva quel secondo comma che ora limita espressamente i poteri di controllo di merito del tribunale alla sola materia degli accordi che riguardano la prole minorenni. In dottrina si sosteneva che l'omologazione avesse ad oggetto “una valutazione di merito della domanda”, diretta ad accertare se la stessa fosse o meno fornita di “giusti motivi” (segue questa interpretazione A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma 1914, p. 244; L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, p. 154, secondo cui “ lo Stato vuol vederci chiaro”).

questa prospettiva, il tribunale, avendo cura del superiore interesse doveva “valutare le condizioni dell'accordo, e se occorre, modificarle e completarle (art. 811 codice di proc. civ.), ed esaminare se vi sia veramente un serio motivo per la separazione”¹⁰⁸.

A tale visione si contrapponeva, già prima della riforma del 1975, la diversa tesi secondo cui il controllo esercitato dal giudice in sede di omologa non poteva riguardare le cause della crisi dei coniugi. Egli non poteva cioè rifiutare l'omologazione una volta accertata l'esistenza e la libera manifestazione della volontà coniugale, salvi i soli limiti di liceità e di tutela degli interessi dedotti. L'omologazione era intesa come “accertamento costitutivo”¹⁰⁹.

La riforma del 1975 ha poi limitato i poteri di intervento del giudice in sede di omologa precludendogli di svolgere qualunque forma di controllo e di valutazione di merito sui motivi della crisi coniugale¹¹⁰. In attesa dell'omologazione inoltre al presidente non è consentito di pronunciare alcun tipo di provvedimento temporaneo o urgente¹¹¹. Da

¹⁰⁸ Il principio è fissato dalla sentenza della Corte di Cass. 3.3.1936, n. 740, in *G.I.*, 1936, I, 1,303; *idem* in *FI*, 1936, 1, p.518; e ribadito nelle successive pronunce di Cass. 19.12.1956, n. 4458; Trib. Napoli 27.10.1971.

¹⁰⁹ A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, p. 376-378, esclude la possibilità di un controllo giudiziale sull'*an* della separazione; nello stesso senso si era espresso F. CARNELUTTI nel 1936, in *Separazione per accordo tra i coniugi*, in *Riv. Dir. Priv.* 1936, II, P. 153, secondo cui “sarebbe un'ingenuità il credere che *reipublicae intersit*, a qualunque costo, la convivenza tra marito e moglie; vi sono, purtroppo delle situazioni, le quali reclamano, proprio nel pubblico interesse soprattutto in quello della prole, che nonostante la indissolubilità del vincolo, la coabitazione venga meno”.

¹¹⁰ Sulla portata di tale svolta normativa vedi A. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra i coniugi*, in *Giust. Civ.*, III, 1996 p. 185.

¹¹¹ In sede di lavori preparatori della riforma del 1975 i vari progetti di legge confluiti poi nel testo unificato ammettevano un incisivo intervento dell'autorità giudiziaria in sede di omologazione. Nel testo approvato dalla Camera, l'art. 158 cpv. consentiva espressamente al giudice il potere, secondo le circostanze, di “sostituire o integrare” l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli. La norma venne modificata dal Senato che, raccogliendo le critiche, eliminò la facoltà per il giudice di intervenire in via sostitutiva sull'accordo delle parti circa i minori, consentendo al tribunale soltanto la facoltà di indicare ai coniugi le modificazioni da

questa riforma andava delineandosi l'idea dell'inesistenza di un potere sostitutivo rispetto alle determinazioni dei coniugi, anche con riguardo alla prole¹¹². Si consolidava così la convinzione che il tribunale non ha il potere di modificare direttamente le condizioni convenute dai coniugi, anche per ciò che riguarda l'eventuale prole minorenni, essendo unicamente consentito il rifiuto, allo stato, dell'omologa. Questa interpretazione trova conferma nella attuale formulazione dell'art. 158 c.c. -che consente al giudice il solo potere di "indicare" ai coniugi le possibili modifiche e non di imporle- e sembra coerente con l'evoluzione normativa in materia, che riserva sempre più spazi all'autonomia negoziale dei membri della famiglia.

Escluso un potere sostitutivo del giudice, resta da verificare, nel merito, che tipo di intervento sia concesso all'autorità giudiziaria, tenendo presente il dato non irrilevante che, anche in assenza di figli minori, la legge non esclude la necessità dell'omologazione ai fini dell'efficacia degli accordi di separazione.¹¹³

apportare agli accordi concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli, a tutela dei loro interessi.

¹¹² La dottrina più autorevole escludeva la possibilità, da parte del tribunale, sia di modificare il contenuto degli accordi, sia di colmare eventuali lacune (in questo senso vedi P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, III, Torino, 1982, p. 129; vedi inoltre G. ALPA, G. FERRANDO, *Questio*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova 1989, p. 510 s.; G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, in *Dir. Fam. e pers.* 1994, p. 564; M. DOGLIOTTI, in *Separazione e divorzio*, Torino 1995, p. 14; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino 1998, p. 210.

¹¹³ L'opinione secondo cui l'omologazione è necessaria anche nel caso di accordi relativi ai soli rapporti tra i coniugi senza prole minorenni è assolutamente pacifica (C. GRASSETTI, *Scioglimento del matrimonio e separazione personale dei coniugi*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1977, p. 312 s.; A. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra i coniugi* cit. p. 184 ss.

La tesi prevalente e più recente ritiene che il controllo deve sempre – con o senza prole minorenni- avere ad oggetto la non contrarietà delle intese dei coniugi alle norme imperative, all' ordine pubblico e al buon costume. La verifica avviene tramite un esame che non investe il profilo dell' opportunità delle scelte operate dai coniugi, né la protezione dei loro particolari¹¹⁴. La Corte di Cassazione ha generalmente qualificato l'atto di omologazione come “controllo sull'osservanza del rito e sulla conformità delle clausole convenzionali alle norme imperative che regolano la materia e all'ordine pubblico”, atto peraltro privo, come già detto, di contenuto decisorio “perché incide ma non decide su diritti soggettivi perfetti”¹¹⁵. Si tratta dunque di un controllo formale di validità degli accordi di separazione.

Questa interpretazione, che circoscrive fortemente il potere di intervento del giudice, appare conforme alla volontà del Legislatore che ammette un'ingerenza pubblica solo nel caso di pattuizioni pregiudizievoli nei confronti dei figli minorenni. L'art. 158 c.c. infatti,

¹¹⁴ La tesi è condivisa da C. GRASSETTI, *cit.* p. 312 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 1981, p. 159; G. ALPA, G. FERRANDO, *Questio, cit.* p. 510 s.; G. DORIA, *Autonomia dei coniugi cit.*, p. 564 ss.; M. DOGLIOTTI, in *Separazione e divorzio, cit.* p.14 ss.

¹¹⁵ Cass. 24.8.1990 n. 8712 in *Giust. Civ.* 1990, I, p. 2827. Il principio è ripreso successivamente dalla Cassazione con espresso richiamo alla pronuncia del 1990: “l'articolazione del procedimento per separazione consensuale dettata dall' art. 711 c.p.c., secondo il quale il presidente, se la conciliazione non riesce, dà atto nel processo verbale del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole, con l'ulteriore specificazione che la separazione acquista efficacia con l' omologazione del tribunale, rende evidente da un lato l'estraneità della volontà dello stesso presidente al negozio posto in essere dai coniugi, dall'altro lato la funzione del provvedimento di omologazione peraltro perfettamente aderente al significato proprio del termine, indicativo di una mera attività di controllo - di attribuzione di efficacia all' accordo privato (v. sul punto Cass. 1990 n. 8712). È noto altresì che tale atto di controllo, privo di contenuto decisorio, postula una verifica sulla compatibilità della convenzione rispetto alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico, oltre la più penetrante indagine circa la conformità delle condizioni concernenti l'affidamento ed il mantenimento dei figli minori all'interesse di questi, ai sensi dell' art. 158 cpv. c.c. (Cass. 8.3.1995. n. 2700).

fornisce alcune indicazioni precise limitatamente al rapporto genitori-figli. Sulla base di tale disposizione, la dottrina maggioritaria ha ricostruito i limiti generali dell'intervento del giudice¹¹⁶. Si è detto innanzitutto che è evidente l'impossibilità di modificare o integrare l'accordo, essendo contemplata soltanto la facoltà di rifiutarne l'approvazione e comunque nell'interesse del minore. Per i rapporti tra coniugi, il tribunale dovrebbe limitarsi a controllare la legittimità del procedimento nonché la libera manifestazione del consenso alla separazione. Quanto al contenuto delle pattuizioni indicate e recepite nel verbale d'udienza, si ritiene che sarebbe giustificato un rifiuto di omologazione soltanto nel caso di clausole vessatorie, che approfittino di una posizione di inferiorità di un coniuge e, in ogni caso, se tale situazione si traduce in una nullità delle clausole perché contrarie all'ordine pubblico, al buon costume o a norme imperative. Ogni altro controllo sarebbe troppo penetrante e andrebbe oltre la previsione normativa¹¹⁷.

In concreto, sarebbe oltretutto difficile immaginare che in procedimento in camera di consiglio il giudice possa effettuare un accertamento pieno sul reale assetto patrimoniale dei coniugi e sulla condizione psicologica in cui i coniugi prestano il loro consenso (in assenza di una vera e propria attività istruttoria). Per questo, il controllo

¹¹⁶ M. DOGLIOTTI, in *Separazione e divorzio*, cit. p.14 ss.

¹¹⁷ Parte della dottrina non esclude che un apprezzamento del giudice possa orientarsi a verificare che l'eventuale sacrificio non nasconda una situazione di inferiorità o di esasperazione che conduca a un consenso "a ogni prezzo", o non sia tale, per iniquità o imprevidenza, da far presumere la fragilità dell'accordo e un andamento contenzioso dei rapporti tra le parti. (in questo senso vedi P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, cit. p. 128).

di legittimità non può che limitarsi ad una censura sulla palese nullità dei patti, alla stregua di un pubblico ufficiale¹¹⁸.

Chiariti i limiti del potere di controllo del tribunale, resta da stabilire quale sia il rapporto tra l'accordo dei coniugi e il decreto di omologazione.

Secondo una prima teoria, seguita dalla dottrina meno recente e dalla giurisprudenza più datata, l'accordo tra i coniugi costituirebbe un mero presupposto della separazione consensuale, la cui causa sarebbe rappresentata invece dal provvedimento di omologazione.¹¹⁹ L'impostazione era coerente con una visione pubblicistica della famiglia oramai

¹¹⁸ La dottrina più risalente ha invece attribuito al collegio in sede di omologazione il potere di controllo circa l'opportunità dei patti che si accompagnano all'accordo di separazione. Secondo questa prospettiva il tribunale deve verificare che il negozio contenga un'adeguata tutela degli interessi della prole e di ciascuno dei coniugi. Negare questo potere significherebbe svuotare di contenuto la funzione del tribunale e degradare l'atto omologativo al ruolo di un formale requisito di validità (M. BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, P.13). Ci sono anche sentenze della Corte di Cassazione che seguono il filone dei poteri di controllo nel merito del giudice della separazione: "Deve essere ribadito in questa sede quanto la dottrina ha concordemente ritenuto circa la funzione di controllo che l'omologazione del giudice esplica nei confronti delle condizioni della separazione stabilite dai coniugi nei loro rapporti reciproci e verso i figli in quanto si tratti di patti che siano conformi agli interessi superiori della famiglia (Cass. 5.1.1984, n. 14).

Le posizioni che invocano un maggiore interventismo del giudice nel campo degli accordi personali e patrimoniali sono influenzate da una concezione istituzionale della famiglia e dalla presunzione di una posizione subordinata della moglie.

¹¹⁹ A. CICU, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *RTDPC*, 1955, 1-24; C. GANGI, *Il matrimonio*, Milano 1969, p. 289; in giurisprudenza Cass. 3.3.1936, in *Foro it.* 1936, I, p. 518; Cass. 18.3.1940, n. 940, *Giust. It.*, 1940, I, p. 482; App. Milano 13.11.1973, in *Giust. It.*, 1974, I, 2, p. 695 secondo cui "l'omologazione non si risolve in un semplice controllo formale dell'avvenuta prestazione del consenso delle parti alla separazione (controllo che, se contenuto in questi limiti, risulterebbe del tutto inutile, dal momento che del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole è dato atto nel processo verbale già redatto dinanzi al presidente), ma è di carattere sostanziale, potendo il Tribunale concedere o meno l'omologazione secondo che riconosca o non la conformità dell'accordo all'interesse dei coniugi e della prole...L'omologazione si pone, perciò, nella serie procedimentale che dà luogo allo stato di separazione consensuale come l'elemento costitutivo della relativa modificazione dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio, modificazione che non rientra nei poteri dispositivi dei coniugi, il cui consenso alla separazione funge da mero presupposto".

superata. Non solo, ma essa appare difficilmente conciliabile con la formula dell'art. 158 c.c. Già la norma del 1942, *ante* riforma, modificando la vecchia versione del codice del 1865, non giustificava più la teoria dell'accordo come mero presupposto. Il codice abrogato infatti stabiliva che la separazione per solo consenso dei coniugi *non può aver luogo* senza l'omologazione, la nuova dizione affermava invece che essa *non ha effetto*, così chiaramente evidenziando la natura del provvedimento giudiziale quale elemento integrativo sotto il profilo dell'efficacia della convenzione privata.

In base ad una seconda teoria, la separazione consensuale sarebbe una fattispecie a formazione progressiva, in cui l'accordo delle parti e l'omologazione del tribunale costituirebbero, due elementi egualmente necessari e costitutivi, sullo stesso piano, rispetto al regime di separazione¹²⁰. La giurisprudenza di legittimità e di merito degli anni ottanta ha recepito questa ricostruzione ravvisando nell'accordo di separazione la presenza di "una pluralità di pattuizioni, le quali si inseriscono in un procedimento (...) costituito da una sequenza di atti per mezzo dei quali l'organo giudiziario accerta la legittimità dell'atto negoziale privato"¹²¹.

L'impostazione è stata criticata da un'autorevole dottrina la quale ha evidenziato come essa dia per scontato che il tribunale abbia il potere di modificare le condizioni dei coniugi. In realtà, si è detto, sulla base dello stesso schema dell'art. 158 c.c., non è possibile ragionare in termini di "atto complesso", poichè il provvedimento di omologazione è e rimane

¹²⁰ Tra i principali esponenti di questa corrente dottrinale vedi T. RAVÀ, *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*, Padova 1935, p. 588 ss.; A. D'ANTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1959, p. 458 ss.; U. AZZOLINA, *La separazione personale di coniugi*, Torino 1966, p. 225 ss.; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano 1984, p. 689; F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1989, p. 362.

¹²¹ Cass. 25.9.1978, n. 4277; nello stesso senso vedi anche App. Roma 26.9.1988; Trib. Napoli 2.5.1966; Trib. Napoli 13.3.1989.

esterno rispetto al consenso dei coniugi: “il compito affidato all'omologazione fa di questo atto un provvedimento estrinseco sulla opportunità del negozio privato e non già un consenso alla separazione, ed in conseguenza rimane esclusa la possibilità che esso venga a fondersi con le dichiarazioni dei coniugi”.¹²²

Una terza teoria, seguita dalla dottrina maggioritaria, anche più recente, assegna all'omologazione il ruolo di condizione legale di efficacia dell'accordo, una *condicio iuris* che sospende gli effetti del regime di separazione. In altre parole, l'intesa dei coniugi non è un mero presupposto ma la causa della separazione i cui effetti dipendono dal provvedimento autorizzativo del giudice¹²³. Lo conferma l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione laddove precisa che “il contenuto del regolamento concordato tra i coniugi, se trova la sua fonte nel relativo accordo, acquista efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione”¹²⁴.

Vista l'interpretazione della normativa vigente in materia di separazione consensuale, sembra che gli spazi riservati al controllo giudiziale nella separazione consensuale siano molto limitati. Nel contenuto, la verifica del giudice attiene alla legittimità formale delle condizioni concordate e, limitatamente all'interesse dei figli minori, si

¹²² A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano 1943, p.79 ss.

¹²³ F. CARNELUTTI, Separazione per accordo tra i coniugi cit., in *Riv. Dir. Priv.* 1936, p. 162 ss.; A. FALZEA, *La separazione personale*, cit. p. 85 ss.; A.C. JEMOLO, Il matrimonio, cit., p.373; C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, cit. p.159; L. RUBINO, Gli accordi familiari, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino 1991, p. 1172 ss. P. ZATTI, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, cit. p. 126 s.; G. ALPA, G. FERRANDO, *Questio*, cit. p. 509 s.; G.DORIA, *Autonomia dei coniugi*, cit. 1990, p. 510; F. ANGELONI, *Autonomia e potere di disposizione nei rapporti familiari*, PADOVA 1997, p. 229.

¹²⁴ Cass. 5.1.1984, n. 14, in *Dir. Fam e Pers*, 1984, p. 473 (la sentenza è nota per aver escluso l'efficacia degli accordi contenuti nel ricorso ma non inseriti nel verbale omologato); vedi inoltre Cass. 24.1.1990, n. 8712, in *Giust. Civ.*, 1990, I, p. 2826; Cass. 8.3.1995, n. 2700, *Dir. Fam e Pers* 1995, p. 1390.

traduce in un controllo di merito, tuttavia senza possibilità di sostituirsi alla volontà dei coniugi

Il divorzio a domanda congiunta.

Anche se il divorzio a domanda congiunta sfocia sempre in un provvedimento decisorio, idoneo al giudicato formale -la sentenza-, sono ad esso applicabili le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio. Nell'ambito di questo schema processuale di "giurisdizione limitata" opera la libertà di determinazione negoziale dei coniugi ¹²⁵. In base all'art. 4, sedicesimo comma, Legge div., l'accordo dei coniugi sulle condizioni dello scioglimento costituisce infatti la fonte del regime postmatrimoniale e la base per la statuizione finale sulla cessazione degli effetti del matrimonio. In altre parole, nonostante lo scioglimento del vincolo avvenga con sentenza, il procedimento resta assorbito nel carattere di volontaria giurisdizione, che giustifica e consente il recepimento in sentenza delle conclusioni conformi dei coniugi.

Analogamente a quanto si è detto per il decreto di omologazione, nel divorzio a domanda congiunta il giudice non può effettuare un

¹²⁵ Per una critica alla progressiva espansione del rito camerale nell'ambito del diritto di famiglia vedi A. BECCARO, *I procedimenti camerali nel diritto di famiglia*, Milano 1999, p. 9 ss. L'Autore richiama le perplessità in vasti settori della dottrina che ha evidenziato "Particolari preoccupazioni sono quindi state espresse in relazione a quello che è stato definito, in materia di tutela dei diritti soggettivi, come «un vero e proprio abuso da parte di un legislatore che mostra di avere scarsa dimestichezza sul come conciliare esigenze di economia processuale con la pienezza della tutela giurisdizionale [...] Il ricorso alla procedura camerale da parte del legislatore negli ultimi decenni è stato ritenuto oltre che disordinato, eccessivo e molto spesso francamente abnorme" (il riferimento è a A. PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. Dir. civ.* 1990, p. 393 ss.). Si evidenzia che nel corso degli ultimi decenni i giudici di merito e di legittimità hanno cercato di fornire soluzioni volte a salvaguardare l'operato del legislatore in tema di progressiva «cameralizzazione» del giudizio sui diritti soggettivi, specie con riguardo alla materia familiare (il riferimento tutte, in relazione all'art. 9, 1° co., 1. divorzio, Cass. 19.9.78, n. 4198, in *Foro It.*, 1979, I, 86; nella giurisprudenza di merito Trib. Catania 7.11.89, in *Corr. Mer.*, 1991, I, 17.)

controllo di merito sugli accordi tra coniugi, salvo naturalmente l'accertamento sui presupposti legali del divorzio tra i quali, come si è visto, l'ordinamento non contempla il mero consenso dei coniugi¹²⁶. Il Legislatore attribuisce così un limitato potere d'intervento in situazioni determinate, alle quali va pertanto riconosciuto carattere tassativo¹²⁷.

L'ambito residuale riservato al controllo sostanziale del giudice è quello che riguarda le condizioni relative alla prole minorenni. Solo quando esse appaiono in contrasto con tale interesse, il tribunale può rimettere la causa al giudice istruttore facendo proseguire la causa secondo le regole del giudizio contenzioso.

In definitiva, l'attività del Tribunale, nella fattispecie di cui all'art. 4, comma sedicesimo, l. div., può dirsi vincolata, in quanto limitata, da un lato, alla verifica dei presupposti di legge per lo scioglimento del matrimonio, dall'altro, ad un'unica questione di merito che riguarda la condizione dei figli.

¹²⁶ In questo senso vedi ad esempio L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna 1988, p. 85, secondo cui "l'art. 4 non prevede un controllo giudiziale sul merito dell'accordo relativo alla disciplina dei rapporti economici dei coniugi. L'art. 5, comma 8 prevede invece un controllo del giudice sull'equità della determinazione consensuale delle parti con la quale l'assegno di cui al sesto comma viene corrisposto in un'unica soluzione".

¹²⁷ A proposito vedi anche F. TOMMASEO, *La disciplina processuale del divorzio*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, in Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger, Milano 1997, p. 367 il quale precisa: "Quanto agli accordi sui rapporti postmatrimoniali, trattandosi di materia rientrante nella piena disponibilità delle parti, non potranno essere sindacati dal giudice: fanno però eccezione le clausole di adeguamento automatico dell'assegno divorzile e quelle sull'adempimento in unica soluzione degli obblighi postmatrimoniali previste, rispettivamente, dai commi 7° e 8° dell'art. 5, l. d., rispetto alle quali il tribunale ha il potere di valutarne la corrispondenza a criteri d'equità e, in difetto, pronunciare su questi punti una sentenza difforme dall'accordo delle parti".

2.3. Il giudizio di equità sull'accordo di corresponsione dell'assegno divorzile *una tantum*.

Nel giudizio contenzioso per la declaratoria della cessazione degli effetti del matrimonio, fuori da un contesto processuale retto dalle regole della camera di consiglio, esistono altri spazi nei quali può estrinsecarsi l'autonomia negoziale dei coniugi.

Nella Legge sul divorzio si possono individuare tre principali indici di riconoscimento del potere di autodeterminazione delle parti.

Il primo si fonda sulla previsione dell'art. 6, nono comma, della legge sul divorzio, secondo cui "nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, il giudice deve tener conto dell'accordo tra le parti: i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti". Anche quando il procedimento si svolge nella contrapposizione processuale delle parti, ha quindi ingresso, come "criterio orientatore" e non vincolante dell'attività decisoria del giudice, la volontà dei coniugi (il tribunale "deve tener conto dell'accordo tra le parti").

Il secondo indice si basa sull'opinione unanime della dottrina e della giurisprudenza che concordemente giudicano necessaria la domanda dell'interessato ai fini del riconoscimento del diritto all'assegno divorzile, con la conseguenza che, in mancanza, il tribunale dovrà pronunciare il "non luogo a procedere" sulla relativa questione¹²⁸. La parte interessata può pertanto -di fatto- rinunciare all'assegno decidendo liberamente di non proporre la domanda.

¹²⁸ E' pacifica l'applicazione, anche nel procedimento contenzioso di divorzio, del principio dispositivo ex art. 112 c.p.c. Per tutte vedi in tal senso Cass. civ. Sez. I, 28-04-2008, n. 10810: "Nel procedimento di divorzio trovano applicazione i principi della domanda e del contraddittorio e l'attribuzione dell'assegno divorzile è subordinata alla domanda di parte: peraltro tale domanda non necessita di formule particolari e può essere anche implicita nonchè ravvisabile in deduzioni inequivocabilmente rivolte al conseguimento dell'assegno medesimo", in *Fam. e Dir.*, 2008, p. 977.

Il terzo indizio normativo si ricava dalla previsione dell'articolo 5, ottavo comma L. div., secondo cui le parti possono concordare la corresponsione dell'assegno in unica soluzione. In tal caso il tribunale deve valutare l'equità dell'accordo ed è quindi chiamato a svolgere un controllo di merito circa l'idoneità della soluzione pattizia a soddisfare gli interessi economici del coniuge percipiente.

In alternativa alla somministrazione periodica disposta dal giudice, la corresponsione dell'assegno può dunque avvenire in un'unica soluzione sul presupposto dell'accordo tra i coniugi. Salvo escludere l'efficacia di un accordo iniquo, il giudice non può disattendere tale richiesta.¹²⁹

Si ritiene l'intesa dei coniugi possa riguardare sia le modalità solutorie, sia il *quantum* dell'assegno ma non si esclude che essa possa avere ad oggetto le modalità di corresponsione, demandando poi al giudice la determinazione della somma *una tantum* da versare o il bene da attribuire¹³⁰.

¹²⁹ G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in Commentario al codice civile fondato da P. Schlesinger cit. p. 609 ss. non ha dubbi che "il presupposto della tacitazione, con attribuzione *una tantum*, del dovere di corrispondere l'assegno di divorzio, va rintracciato nell'accordo tra le 'parti', vale a dire tra i coniugi in procinto di divorzio. Il che comporta che il giudice non possa imporre autoritativamente, o su istanza di un solo coniuge, la sistemazione definitiva dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, a somiglianza di esperienze straniere. Il che comporta, altresì, che il giudice non possa disattendere quella richiesta, salvo negarle efficacia, se la giudichi non equa. Merita di essere apprezzata, come sempre, la soluzione che esalta l'autonomia degli individui, soprattutto nel campo patrimoniale, più di ogni altro informato alla libertà di valutazione e di scelta di strumenti atti a soddisfare le loro esigenze. Autonomia, nondimeno, controllata, nel caso di specie, giacché l'accordo, di per sé, sconta l'inettitudine alla immediata produzione d'effetti, dovendo essere apprezzato equo dal Tribunale". Nel senso che tale soluzione non possa essere imposta dal giudice vedi A. D'ANTONIO, *Il divorzio*, (l. 1° dicembre 1970, n. 898), Padova, 1983, p. 293.

¹³⁰ G. BONILINI, *op. cit.* p. 610, ma vedi anche F. SANTOSSUOSSO, *Il divorzio*, in *Tratt. Dir. Priv.* Diretto da P. Rescigno, Torino 1984, p. 349, secondo cui le parti possono chiedere al giudice sia di determinare la misura della corresponsione *una tantum* sia di sancire l'accordo completo della misura.

Si discute sulla natura giuridica di tale accordo. Secondo alcuni, si tratterebbe di un accordo transattivo¹³¹. Altri configurano il patto come una novazione oggettiva, con la conseguenza che l'inesistenza della precedente obbligazione lo renderebbe senza effetto¹³². Secondo un'altra prospettiva la fattispecie sarebbe riconducibile alla figura della *datio in solutum*.¹³³ Infine, c'è chi ritiene opportuno valutare di volta in volta la concreta volontà degli *ex* coniugi in ordine al contenuto dell'accordo, al fine di verificare se essi intendano novare o se siano piuttosto orientati verso una dazione in pagamento.¹³⁴

Ma a prescindere dalla natura dell'accordo, sembra interessante indagare su quali siano i margini effettivi del potere di controllo del giudice, in relazione al "giudizio di equità" del tribunale *ex* art. 5, ottavo comma l. div.

Innanzitutto, sul piano formale, il controllo di equità, è necessario per gli effetti della pattuizione sul versamento in unica soluzione¹³⁵. Una

¹³¹ A. FINOCCHIARO- M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, in *Diritto di famiglia*, III, Milano 1988 cit., p. 448; nello stesso senso vedi F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della l.n. 74/1987*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1987, p. 898.

¹³² C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1978*, n. 898, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian Oppo Trabucchi, Padova, 1993 1, p. 359.

La sentenza della Corte d'App. Torino, 15-1-1998, in *G. mer.* 2000, I, p. 1153 parla di transazione novativa.

¹³³ L. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971 p. 331; V. SCALISI, *Commento alla l. 1.8.1978*, n. 436, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove Leggi civ. comm.* 1979, p. 632.

¹³⁴ G. BONILINI, *op. cit.* p. 613; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. Dir., fam. dir.* da P. Zatti, vol 1, Milano 2002, p. 1249 ss., secondo il quale il problema deve essere affrontato muovendo dal presupposto che prima della sentenza di cui all'art. 5 non sussiste alcun obbligo di pagamento dell'assegno periodico, per cui l'accordo tra le parti ha per oggetto una prestazione che fin dall'origine deve essere corrisposta in un'unica soluzione.

Secondo T. ARRIGO, (*L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, in *separazione e divorzio*, diretto da G. Ferrando, in *Giur. Sist. Civ. e comm.* Fondata da W. Bigiavi., Torino 2003, p. 709 ss.) tale accordo avrebbe natura aleatoria.

¹³⁵ E' dibattuta la questione se la vincolatività della pattuizione sia legata al giudizio di equità o ne possa prescindere. Secondo G. BONILINI, *op. cit.* p. 612 la risposta è negativa nel senso che questo giudizio si presenta come requisito necessario in

sorta di “omologazione” del tribunale, che effettua un controllo di legittimità e di merito al fine di verificare se la liquidazione sia equa¹³⁶. Tale controllo, quale condizione di efficacia, è previsto in considerazione dei significativi effetti estintivi e preclusivi che la legge ricollega a tale forma di liquidazione *una tantum*. Il coniuge a favore del quale è disposta non può infatti più avanzare successive pretese di contenuto economico¹³⁷. Questo è l’effetto rilevante che giustifica il controllo giudiziale.

Nel merito, ci si chiede però in che cosa si risolva questo giudizio di contemperamento degli interessi contrapposti secondo equità, posto che nel nostro ordinamento i confini del giudizio di equità non sono fissati secondo regole autonome, come nei sistemi di *common law*, ma si ricavano -in negativo- dalle regole di funzionamento del giudizio secondo diritto. Esso ha i connotati di una modalità eccezionale di giudizio, essendo limitato ai soli casi previsti dalla legge (art. 113 c.p.c.)¹³⁸. Senza voler approfondire in questa sede le diverse forme in

assenza del quale l’accordo raggiunto dai coniugi non è vincolante. Nello stesso senso vedi V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*. Milano 1991, p. 269.

¹³⁶ Il riferimento all’omologazione è di C.M. BIANCA, *Commento all’art. 5, l. 1° dicembre 1978, n. 898, op. cit.*, p. 359. L’Autore esclude che la validità dell’accordo sia rimessa ad una preventiva valutazione giudiziaria, in quanto la legge esige un giusto contemperamento degli interessi delle parti, per cui se questo requisito sussiste, un eventuale controllo dal giudice *conferma* la validità dell’accordo.

¹³⁷ Art. 5, ottavo comma, l. div. precisa che, qualora l’accordo del versamento in unica soluzione sia ritenuto equo dal tribunale, “non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”.

¹³⁸ Nel nostro ordinamento non esiste un giudizio autonomo di equità come previsto nei sistemi di *common law*, ma ambiti nei quali il giudice può decidere discostandosi alle regole giuridiche.

In generale sulla reale portata del giudizio di equità rispetto a quello di diritto, vedi C. CONSOLO e F.P. LUISO, in *Commentario al Codice di procedura civile*, Milano 2007, sub art. 113 c.p.c.: “All’equità come criterio di soluzione delle controversie giudiziali alternativo a quello di legalità, e per ciò detta, siccome chiamata a soppiantare l’applicazione della *regula iuris*, sostitutiva, si contrappone tradizionalmente quella diversa forma di equità che va sotto il nome di integrativa o suppletiva, quale strumento designato dalla legge regolatrice di una data fattispecie al fine della determinazione di taluni elementi e conseguenze della medesima, nell’impossibilità in cui essa legge versa di provvedere ad una loro puntuale regolamentazione *a priori*.”

cui si esplica l'equità come criterio di soluzione delle controversie giudiziali, nella fattispecie in esame, secondo alcuni, il giudice è tenuto all'applicazione, nel caso concreto, dei principi giuridici che regolano i rapporti patrimoniali tra i coniugi nella fase patologica del matrimonio, ovvero quelli della solidarietà post-coniugale in relazione alle aspettative che i nubendi riponevano nel matrimonio, prima, e considerata la reale condizione goduta, durante il rapporto, poi ¹³⁹.

Si dice che, poiché la legge regolatrice è sempre la stessa, il parametro legale che deve utilizzare il giudice in sede di controllo di equità è quello -solito- dell'idoneità dell'assegno a soddisfare l'esigenza di avere una fonte di sostentamento all'*ex coniuge*, privo di mezzi adeguati e oggettivamente impossibilitato a procurarseli. La regola è quella dell' art. 5, sesto comma, l. div. che la giurisprudenza prevalente ha integrato elaborando, quale criterio di giudizio per la valutazione dell'adeguatezza dei mezzi, quello del tenore di vita a quello goduto in costanza di matrimonio¹⁴⁰.

L'Autore chiarisce inoltre il rapporto tra norma giuridica e regola di equità laddove richiama la tradizionale dottrina sulla nozione di 'equità sostitutiva': "L'equità sostitutiva è sempre stata tradizionalmente raffigurata sotto le sembianze della giustizia del caso singolo, quale fenomeno, però, che non si contrappone, bensì, e piuttosto, presuppone il giudizio secondo diritto, ponendosi come sua ulteriore ed estrema articolazione in funzione e di adattamento e rimodulazione della *voluntas legis* alle peculiarità del caso concreto".

¹³⁹ Sui criteri in base ai quali deve svolgersi il giudizio di equità vedi A. ZACCARIA, in *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova 2001, sub art. 5 l. div. secondo cui: "Il parametro fondamentale che deve utilizzare il giudice in sede di controllo di equità è quello - consueto - dell'idoneità dell'assegno a soddisfare l'esigenza di garantire all'*ex coniuge*, privo di mezzi adeguati e oggettivamente impossibilitato a procurarseli, di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio; il criterio per l'attribuzione dell'assegno di divorzio vale, quindi, anche come parametro per la valutazione giudiziale di equità del medesimo, in quanto non muta né la causa del diritto all'assegno, ossia la solidarietà postconiugale, né il titolo, che è sempre la legge".

¹⁴⁰ Il principio è pressoché pacifico in giurisprudenza. La Corte di Cassazione ha addirittura precisato che sono rilevanti, in sede di determinazione dell'assegno, anche le aspettative degli sposi rispetto ad un determinato tenore di vita: "In tema di scioglimento del matrimonio e nella disciplina dettata dall'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, il

La valutazione di equità deve essere svolta sulla base delle condizioni esistenti al tempo dell'accordo, senza possibilità di attribuire rilievo a circostanze successive. Essa può essere impugnata con i mezzi ordinari¹⁴¹.

giudice, chiamato a decidere sull'attribuzione dell'assegno di divorzio, è tenuto a verificare l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza - all'atto della decisione - dei mezzi o all'impossibilità di procurarsi per ragioni oggettive, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, o che poteva legittimamente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio, fissate al momento del divorzio; dunque, è la nozione di adeguatezza a postulare un esame comparativo della situazione reddituale e patrimoniale attuale del richiedente con quella della famiglia all'epoca della cessazione della convivenza, che tenga altresì conto dei miglioramenti della condizione finanziaria dell'onerato, anche se successivi alla cessazione della convivenza, i quali costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio" (Cass. civ. Sez. I, 04-10-2010, n. 20582, in *La legge plus on line*; conforme a Cass. 7.11.2006, n. 24496, in *Mass. Giur. It.* 2006).

Per quanto concerne, invece, la determinazione, secondo parte della dottrina bisogna procedere, come criterio di massima, alla capitalizzazione vitalizia dell'assegno periodico, tenendo conto però che l'attribuzione in un'unica soluzione comporta la perdita della indennità di fine rapporto, del trattamento di reversibilità e dell'assegno successorio, e valutare l'età del beneficiario, la probabilità che possa inserirsi nel mondo del lavoro e le condizioni economiche in generale (in questo senso vedi F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della l.n. 74/1987*, cit. P. 911ss., secondo cui l'importo determinato mediante la capitalizzazione dell'assegno periodico rappresenta la base di partenza per il calcolo della somma che dovrà essere liquidata in un'unica soluzione, e le parti sono libere di attribuire valori diversi agli altri elementi utili per la determinazione dell'assegno).

Condivisibile la tesi di M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, p. 233s. secondo cui vi sarebbe la necessità di evitare interventi troppo invasivi nella sfera di autonomia delle parti. Nello stesso senso vedi anche E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, Profili patrimoniali, Napoli 1987, p. 58ss., per il quale le parti potrebbero determinarsi in piena autonomia.

¹⁴¹ In questo senso vedi sent. Cass. civ. Sez. I, 05-01-2001, n. 126 "La corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione, per effetto del divorzio, di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione può essere legittimamente invocata dal coniuge assegnatario, in base al disposto dell'art. 5, comma 8, della legge n. 898 del 1970, neanche per la sopravvenienza di quei giustificati motivi cui l'art. 9 della stessa legge subordina l'ammissibilità della istanza di revisione dell'assegno corrisposto periodicamente. Peraltro, la corresponsione in unica soluzione dell'assegno è, a sua volta, assoggettata a determinati presupposti, previsti dal citato comma 8 dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970, la cui sussistenza è oggetto di valutazione da parte del giudice di merito, impugnabile con i mezzi ordinari, pena la formazione del giudicato sul punto, con conseguente preclusione della proposizione di successive domande di contenuto economico nei confronti dell'ex coniuge" in *Fam. e Dir.*, 2001, 2, p. 128 con nota di V. CARBONE, *E' sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?*

Si ritiene che il controllo di equità riguardi anche l'accordo di corresponsione *una tantum* contenuto nella domanda congiunta di divorzio di cui all'art. 4, sedicesimo comma¹⁴² -¹⁴³.

Quanto ai suoi effetti preclusivi, l'accordo delle parti per la corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione, una volta reputato equo dal giudice, rende definitivo l'assetto patrimoniale così delineato, rendendo improponibile qualsiasi pretesa di carattere economico, anche se per fatti sopravvenuti siano mutate le condizioni economiche delle parti¹⁴⁴, quali quelle relative alla pensione di reversibilità, alla quota di indennità di fine rapporto di lavoro. E' inoltre esclusa ogni possibilità di revisione¹⁴⁵, anche nel caso di peggioramento

¹⁴² Questo secondo l'interpretazione della dottrina prevalente. F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della l.n. 74/1987*, cit. p. 911ss.; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano 1996, p. 362; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. Dir. civ.* 1996, I, p. 697; A. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, cit., p. 1248; G. BONILINI, *op. cit.*, p. 616. In senso contrario vedi F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 448; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit. p. 826 ss.; E. QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, Dig. Disc. Priv., Torino 1990, p. 781.

¹⁴³ L'accordo può prevedere l'erogazione di una somma di denaro (in tal caso la giurisprudenza ritiene ammissibile una rateizzazione, sempre che il frazionamento non sia tale, per numero, entità e cadenza temporale delle rate, da ridurre l'erogazione ad un ordinario assegno periodico, sottraendolo, di fatto, alla sua disciplina: Trib. Verona 30-6-2000, *D. fam.* 01, p. 598 e App. Torino 15-1-1998), il trasferimento della proprietà di beni mobili o immobili, o la costituzione di diritti di godimento su immobili, mobili e valori mobiliari su cui ci si soffermerà in seguito.

¹⁴⁴ La giurisprudenza della Corte di Cassazione lo ha precisato a proposito del mutamento delle condizioni di salute di un coniuge: "La corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione (per effetto del divorzio) di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessun ulteriore prestazione, oltre quella già ricevuta, può essere legittimamente invocata (nella specie, per l'asserito peggioramento delle condizioni di salute, impeditive della prosecuzione della attività lavorativa di decoratrice floreale) dal coniuge assegnatario, giusto disposto dell'art. 5, comma 8, della n. 898 del 1970, senza che, di questa norma, possa legittimamente revocarsi in dubbio la costituzionalità in relazione agli art. 2, 3, 29 e 38 della Carta fondamentale" (Cass. civ. Sez. I, 27-07-1998, n. 7365 in *Fam. e Dir.*, 1998, 6, p. 567).

¹⁴⁵ In questo senso vedi Cass. civ. Sez. I, 05-01-2001, n. 126 cit. secondo cui "La corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e

delle condizioni del coniuge beneficiario o, comunque, in cui sopraggiungano motivi che, in astratto, la potrebbero giustificare¹⁴⁶.

Ci si chiede se, rispetto a tale assetto definitivo, rilevi il diritto agli alimenti del *ex* coniuge in stato di bisogno. L'orientamento dottrinale prevalente esclude che questi abbia diritto agli alimenti in caso di sopravvenuta incapacità di provvedere ai bisogni fondamentali di vita. La risposta trae argomenti sia dalla lettera dall'art. 5, ottavo comma, l. div., che esclude qualsiasi pretesa economica, sia dalla *ratio* della disposizione, volta a separare definitivamente le sfere patrimoniali dei coniugi. Sembra che non si possa invocare l'art. 433 n. 1 c.c., poiché manca la qualità di coniuge al potenziale avente diritto¹⁴⁷. In questa ottica, eventuali clausole che introducano deroghe alla definitività della liquidazione forfettaria devono ritenersi invalide, in quanto darebbero luogo ad attribuzioni patrimoniali carenti sul piano della causa.¹⁴⁸

non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione, per effetto del divorzio, di qualsiasi rapporto tra gli *ex* coniugi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione può essere legittimamente invocata dal coniuge assegnatario, in base al disposto dell'art. 5, comma 8, della legge n. 898 del 1970, neanche per la sopravvenienza di quei giustificati motivi cui l'art. 9 della stessa legge subordina l'ammissibilità della istanza di revisione dell'assegno corrisposto periodicamente. Peraltro, la corresponsione in unica soluzione dell'assegno è, a sua volta, assoggettata a determinati presupposti, previsti dal citato *comma 8 dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970*, la cui sussistenza è oggetto di valutazione da parte del giudice di merito, impugnabile con i mezzi ordinari, pena la formazione del giudicato sul punto, con conseguente preclusione della proposizione di successive domande di contenuto economico nei confronti dell'*ex* coniuge" (in *Fam. e Dir.*, 2001, 2, p.128).

¹⁴⁶ La giurisprudenza di merito si è espressa per la modificabilità dell'accordo delle parti per la corresponsione in un'unica soluzione qualora esso sia intervenuto in epoca in cui non era richiesto il controllo giudiziale di equità (Trib. Perugia 5-12-1994, in *Rep. F. it.* p. 96; Trib. Terni 6-3-1995, in *Rep. F. it.*, p.179).

¹⁴⁷ Si dice che l'eventuale aiuto concesso all'*ex* coniuge in difficoltà sarebbe riconducibile alla fattispecie dell'obbligazione naturale non ripetibile. Secondo M.C. BIANCA, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., p. 294, tale interpretazione sarebbe in netto contrasto con la solidarietà postconiugale, che impone in ogni caso di soccorrere l'*ex* coniuge che versi in stato di bisogno assoluto.

¹⁴⁸ In questo senso vedi G. BONILINI, *op. cit.* p. 623. Sulla possibilità di configurare tali accordi *a latere* che, senza essere trasfusi negli atti di causa, disciplinino in modo autonomo la sorte delle eventuali sopravvenienze e quindi la possibilità di proporre o meno eventuali domande di contenuto economico, si esprime in modo nettamente favorevole G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 829, 831 ss.

Dopo aver chiarito sulla base di quali regole giuridiche avviene il controllo giudiziale di congruità e quali siano i suoi effetti rispetto all'assetto patrimoniale voluto dai coniugi, resta il dubbio che, in concreto, il tribunale, nel giudizio di equità, non sia in condizione di valutare pienamente l'assetto patrimoniale dei coniugi e di applicare i criteri legali di contribuzione postconiugale. Da un lato, la scelta dell'unica soluzione è determinata da apprezzamenti e motivazioni personali dei coniugi che non vengono resi espliciti nel contenzioso giudiziale, dall'altro, il coniuge che accetta una liquidazione *una tantum* ben avrebbe potuto, fin dall'instaurazione del giudizio, rinunciare legittimamente alla domanda di un assegno divorzile. Se poi l'accordo della corresponsione in unica soluzione è già prospettato negli atti introduttivi del giudizio e conseguentemente sulla questione del mantenimento non vengono proposte domande ed eccezioni di contenuto patrimoniale, sulla questione non si svolge un'adeguata istruttoria della causa. Il tribunale non ha quindi elementi per attuare, nel caso concreto, quell'equo contemperamento di interessi tenendo conto delle effettive condizioni economiche dei coniugi e del loro tenore di vita, dovendosi basare sulle sole dichiarazioni delle parti. In definitiva, il giudizio di equità si traduce in una valutazione probabilistica di convenienza *secundum quod plerunque accidit*, tenuto conto degli effetti impeditivi rispetto a successive pretese di contenuto economico¹⁴⁹.

Per come si svolge, fuori dal meccanismo contenzioso, il giudizio sommario di equità, in astratto, mal si concilia con un sistema dove, quando il legislatore ha voluto tutelare in via prevalente degli interessi

E' pacifico che l'attribuzione di una somma capitale in sostituzione dell'assegno periodico di mantenimento possa applicarsi anche in sede di separazione con la differenza che non vi sarebbero, in questo caso, gli effetti preclusivi dell'art. 5, ottavo comma, l. div. (Cass. 27 ottobre 1972 n. 3299).

¹⁴⁹ Per i contenuti del giudizio di equità vedi G. BONILINI, *op. cit.* p. 615-616.

valutati come superiori e non totalmente disponibili, lo ha fatto in modo chiaro, escludendo la disponibilità della materia e lasciando per il resto, ampi spazi alla libertà di determinazione dei coniugi. In concreto, i margini non chiari del criterio di giudizio, soprattutto in relazione agli elementi che devono essere offerti al giudice per il suo apprezzamento, rendono il giudizio di equità come un'ingerenza non necessaria sulla determinazione del *quantum* pattuito di comune accordo. Tale controllo potrebbe giustificarsi per una verifica formale dell'accordo o come deterrente rispetto a pattuizioni che prevedano liquidazioni irrisorie, tenuto conto della conseguenza, ovvero dell'impossibilità di far valere in futuro altre pretese di contenuto economico¹⁵⁰. Il tribunale dovrebbe limitarsi a verificare che la liquidazione in unica soluzione non presenti profili di invalidità sotto l'aspetto causale, quando cioè sussistano palesemente i caratteri di un accordo rescindibile per sfruttamento dello stato di bisogno del coniuge debole, o quando l'accordo si fondi su un errore in merito alla portata preclusiva rispetto alle successive pretese economiche.

La disciplina dell'accordo di corresponsione *una tantum*, in base alla previsione dell'art. 5, ottavo comma l. div., colloca l'istituto del giudizio equitativo a metà strada tra il riconoscimento di una piena libertà contrattuale dei coniugi e la devoluzione al giudice di un controllo tecnico di corrispondenza del patto a precisi criteri e regole di legge. Se, in mancanza di criteri certi, deve sopperire la discrezionalità del giudice, che non sempre ha il quadro completo dell'assetto patrimoniale dei coniugi, il rischio è che il controllo giudiziale non realizzi le esigenze del caso concreto, sulla base delle caratteristiche soggettive del rapporto, ma che rimanga un'ingerenza scarsamente

¹⁵⁰ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 829, vede nel giudizio di equità il prezzo della "giurisdizionalizzazione" dell'accordo in funzione di quell'effetto preclusivo che rende in operativa la *clausola rebus sic stantibus*.

qualificata. L'obiezione è ancora più fondata nel caso in cui l'accordo faccia parte delle più ampie condizioni di un divorzio a domanda congiunta. Qui il giudizio di equità si basa sulle sole allegazioni delle parti che hanno già raggiunto un'intesa, non su elementi emersi nel corso del procedimento contenzioso, nel contraddittorio delle parti contrapposte.

2.4. Efficacia e validità degli accordi non omologati e delle convenzioni *a latere* del divorzio.

Se non vi sono dubbi che l'omologazione rende efficaci gli accordi dei coniugi in sede di separazione, nei limiti e secondo le regole sopra esaminate, si discute se siano vincolanti le pattuizioni non recepite nel verbale di separazione omologato -perché contenute nel solo ricorso e poi non ripetute nell'udienza presidenziale, o perché accolte in scritture private separate- ovvero convenzioni successive con contenuto integrativo, attuativo o modificativo di quelle omologate. L'ordinamento non prevede procedimenti omologativi diversi ed eventuali rispetto a pattuizioni prospettate con il verbale di causa al tribunale per l'omologazione *ex art.* 158 c.c.

Va chiarito innanzitutto, che nessun rilievo e validità può avere un eventuale accordo di separazione non omologato per quanto attiene all'acquisizione dello *status* di coniugi legalmente separati. Con riferimento invece alle intese di contenuto patrimoniale, per molti anni, la giurisprudenza è stata restia a riconoscere validità ed efficacia agli accordi stipulati dai coniugi *a latere* dell'accordo omologato, come strumento negoziale ulteriore. L'orientamento della Corte di Cassazione degli anni ottanta è particolarmente restrittivo. Esso rimane ancorato

all'idea della famiglia come istituzione e alla natura pubblicistica della materia familiare, con la conseguenza di non ritenere validi nè gli accordi antecedenti non trasfusi nel verbale di omologazione della separazione consensuale, nè agli accordi successivi e modificativi delle condizioni in esso fissate, senza il controllo del giudice¹⁵¹. L'assunto è che, ai sensi del combinato disposto degli art. 158 c.c. e 711 c.p.c., il giudice deve effettuare necessariamente il controllo di legittimità e di congruità sulle intese dei coniugi in regime di separazione, essendo l'omologazione imprescindibile condizione di efficacia di ogni manifestazione di volontà.

Negli anni novanta si consolida un secondo indirizzo della Suprema Corte che, sulla base di significative sentenze in tema di modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, ammette la validità degli accordi *a latere*, salvi i limiti di cui all'art. 160 c.c. In alcune pronunce ci si sofferma, distinguendoli, anche sui patti preventivi, coevi e successivi, con particolare riferimento al caso in cui questi ultimi regolino aspetti non toccati dall'accordo omologato.

Il principio fissato è quello che "alle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposto ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e

¹⁵¹Per la tesi secondo cui l'efficacia giuridica di tali intese deve necessariamente presupporre la cristallizzazione degli accordi antecedenti nel provvedimento di omologazione del Tribunale, vedi Cass. 5 gennaio 1984, n. 14, in *Giur. It.*, 1984, I, 1, p. 1691. Con riferimento agli accordi successivi vedi Cass. 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, p. 118, secondo cui "gli accordi con cui i coniugi modificano, anche se migliorandole, le condizioni relative al mantenimento del nucleo familiare, includente i figli minori, sono inefficaci se non vengono omologati dal tribunale".

dei suoi equilibri, o quando costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.”¹⁵² Il fondamento normativo di tale assunto, in una prospettiva che segue l'evoluzione privatistica del diritto di famiglia, viene individuato nella previsione generale di cui all'art. 1322 c.c., che attribuisce alle parti la libertà di determinare il contenuto del contratto “nei limiti imposti dalla legge”, salva cioè l'inderogabilità dei diritti indisponibili derivanti dal matrimonio.

L'attuale orientamento della giurisprudenza di legittimità, condiviso dai Tribunali di merito¹⁵³, consolidatosi dalla fine degli anni novanta ad

¹⁵² In questo senso vedi Cass. 24 febbraio 1993 n. 2270, in *Corriere Giur.*, 1993, p. 820, ma anche Cass. 22 gennaio 1994 n. 657, in *Fam. e Dir.*, 1994 con nota di V. CARBONE, secondo cui “in tema di separazione consensuale, mentre le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dall'art. 710 c.p.c., quando non varchino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c., le pattuizioni convenute antecedentemente o contemporaneamente all'accordo omologato sono operanti soltanto se si collocano in posizione di “non interferenza” rispetto a quest'ultimo (perché concernono un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale, oppure perché hanno un carattere meramente specificativo di disciplina secondaria) ovvero in posizione di conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato, come per l'assegno di mantenimento concordato in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione”. Nello stesso senso vedi Cass. 28 febbraio 1997 n. 7029, in *Mass. Giur. It.*, 1997: “In tema di separazione consensuale, le modificazioni pattuite dai coniugi antecedentemente o contemporaneamente all'accordo omologato sono operanti soltanto se si collocano in posizione di non interferenza rispetto a quest'ultimo o in posizione di maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato”.

¹⁵³ Vedi ad esempio Trib. Genova Sez. I, 09-03-2006 “[...] è ormai pacifica, in giurisprudenza, l'ammissibilità di accordi tra coniugi intervenuti successivamente all'accordo di separazione omologato, qualora non siano lesivi del diritto di mantenimento o di alimenti, che ha natura inderogabile (art. 160 c.c.; v. in tal senso Cass. 5829/98, Cass. 657/94, Cass. 2270/93) sia di accordi intervenuti anteriormente o contemporaneamente all'accordo omologato ove si tratti di pattuizioni che si collochino in posizione di non interferenza rispetto al predetto accordo o in posizione di maggior rispondenza all'interesse tutelato (vedi in tal senso Cass. 7029/97 e Cass. 657/94). In tutte queste ipotesi gli accordi tra i coniugi trovano fondamento nell'art. 1322 c.c. In proposito va evidenziato come l'accordo di separazione sia atto unitario

oggi, è quello di ritenere tendenzialmente efficaci gli accordi anteriori o coevi all'omologazione, purchè non interferiscano in modo peggiorativo con l'assetto risultante dai patti omologati. Significativa per questo aspetto è una pronuncia della Cassazione del 2005¹⁵⁴, nella quale, in

essenzialmente negoziale, espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi, sottoposto, tuttavia, a controllo (omologazione). E il controllo del tribunale in sede di omologazione, pur trovando il suo momento più specifico - esteso anche alla possibilità di indicazioni correttive - nell'area dell'affidamento e del mantenimento dei figli, involge anche le altre parti dell'accordo di separazione". Sent. App. Roma, 25-06-2008 si è occupata del caso in cui, poco più di un anno dopo [rispetto all'omologazione della separazione consensuale], i coniugi sottoscrissero una scrittura privata, nella quale, dopo aver richiamato le predette condizioni della separazione consensuale con riguardo alla regolazione dei loro rapporti patrimoniali, manifestarono la volontà di modificarle, stabilendo che la casa coniugale, in Roma, sarebbe stata intestata alla sola moglie, la quale, di conseguenza, rinunciava a ricevere la somma di Lire 200 milioni da parte del marito, con l'ulteriore onere della moglie di versare al marito la somma di Lire 50 milioni in due rate di Lire 25 milioni ciascuna, nel reciproco impegno a stipulare il rogito entro la fine del 1998. Nella fattispecie la Corte affermava che le modificazioni apportate dai coniugi all'assetto dei loro rapporti patrimoniali in funzione dello scioglimento della comunione legale dei beni, non varcavano il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 cod. civ., e, addirittura, si collocarono in posizione di maggiore rispondenza rispetto agli interessi tutelati con l'accordo di separazione, posto che l'esclusione della vendita a terzi della casa coniugale e il previsto trasferimento di essa, in via esclusiva, alla moglie assicuravano alle due figlie (all'epoca ancora minorenni) delle parti, affidate alla sola madre, la stabilità della dimora domestica.

Recentemente, Trib. Milano Sez. III, Sent., 20-09-2011 ([...] in tema di separazione consensuale le pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato si configurano come contratti atipici, aventi presupposti e finalità diversi sia dalle convenzioni matrimoniali che dagli atti di liberalità, nonché autonomi rispetto al contenuto tipico del regolamento concordato tra i coniugi, destinato ad acquistare efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione: ad esse, pertanto, può riconoscersi validità solo in quanto, alla stregua di un'indagine ermeneutica condotta nel quadro dei principi stabiliti dagli artt. 1362 e ss. C.C., risultino tali da assicurare una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma (ad esempio prevedendo una misura dell'assegno di mantenimento superiore a quella sottoposta ad omologazione), ovvero concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o ancora costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori l'uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.).

¹⁵⁴ Cass. 20 ottobre 2005 n. 20290, in *Fam. e Dir.*, 2006, 2, p.147 nota di G. OBERTO. Il caso esaminato nella decisione *de qua* riguarda dei coniugi che, alcuni giorni prima dell'omologazione, avevano convenuto con una scrittura privata, che qualora la moglie avesse liberato la casa di abitazione di proprietà del marito entro una certa data,

tema di efficacia vincolante di un accordo precedente all'omologazione e non recepito nel verbale di separazione, la Suprema Corte, nell'accogliere le ragioni della moglie, motivava la decisione affermando che "le pattuizioni precedenti o coeve all'accordo omologato sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di non interferenza, poiché riguardano un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale e che è sicuramente compatibile con esso". Qui la Cassazione conferma ed estrinseca dal requisito della "non interferenza" rispetto agli accordi omologati, l'ulteriore connotazione della "maggiore vantaggiosità" del soggetto tutelato, per trarne una valutazione di sicura efficacia¹⁵⁵. La sentenza è particolarmente interessante perché affronta, sulla falsariga di alcuni precedenti¹⁵⁶, anche la questione degli accordi a *latere* stipulati successivamente all'intesa omologata, riconoscendone la

quest'ultimo l'avrebbe venduta al prezzo migliore, ma non inferiore a L. 200.000.000, con l'impegno di dividere il ricavato con il coniuge. Una settimana dopo l'accordo, interveniva l'omologazione della separazione, nella quale non veniva fatto cenno al previo accordo. Nell'intesa omologata le parti avevano previsto l'assegnazione della casa familiare alla moglie, affidataria della figlia minore. Decorsa la data fissata per il rilascio, il marito vendeva l'immobile, incamerava tutto il prezzo, ritenendo inadempiente la moglie. A questo punto, la moglie conveniva in giudizio il marito, chiedendo la metà del valore dell'immobile venduto, come pattuito nell'accordo a *latere*. La domanda veniva respinta in primo grado. La Corte di Appello condannava il marito a pagare la somma di £. 100.000.000. La Suprema Corte confermava la decisione di secondo grado dando ragione alla moglie.

¹⁵⁵ In effetti, nel caso di specie, pur essendo vero che, in seguito alla vendita la moglie e la figlia avrebbero perso l'alloggio destinato a casa familiare, tuttavia la prima avrebbe conseguito un'immediata liquidità di £.100.000.000, con cui avrebbe potuto organizzare la vita propria e della figlia, godendo, in ogni caso, anche dell'assegno di mantenimento. Nella pronuncia in commento, attraverso il riconoscimento della validità dell'accordo a *latere*, si è inteso attuare un puntuale bilanciamento degli interessi coinvolti - soprattutto a tutela della minore - nel senso di una maggiore e migliore rispondenza dell'intesa allo specifico interesse tutelato. Infatti, nel caso di specie, gli effetti dell'intesa in discorso non sono limitati, solo, all'aspetto finanziario della divisione fra i coniugi dei proventi della vendita dell'immobile, ma riguardano la condizione personale della figlia minore e, quindi, le scelte educative e formative che la riguardano.

¹⁵⁶ Cass. 24 febbraio 1993 n. 2270, in *Corriere Giur.*, 1993, p. 820, *cit.* ma anche Cass. 22 gennaio 1994 n. 657 *cit.*

validità ed efficacia, con l'unico limite del rispetto del principio della disponibilità dei diritti di cui all'art. 160 c.c.¹⁵⁷

Dall'esame della giurisprudenza di legittimità e di merito emergono gli elementi distintivi della categoria degli "accordi a *latere*".

Sotto l'aspetto temporale, tali accordi sono caratterizzati da un rapporto di priorità, coevità o posteriorità rispetto al decreto di

¹⁵⁷ Particolarmente indicative dell'attuale posizione della Corte di Cassazione sul tema sono le seguenti pronunce. Cass. civ. Sez. I, 11-06-1998, n. 5829, in *Mass. Giur. It.*, 1998 ("Le modificazioni degli accordi, convenuti tra i coniugi, successive all'omologazione della separazione ovvero alla pronuncia presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c., trovando legittimo fondamento nel disposto dell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dall'intervento del giudice ex art. 710 c.p.c., qualora non superino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c. e, in particolare, quando non interferiscano con l'accordo omologato ma ne specifichino il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti, all'evidenza, con gli interessi ivi tutelati").

Sulla revocabilità di tali pattuizioni vedi Cass. civ. Sez. I, 12-04-2006, n. 8516, in *Fallimento*, 2007, 1, p.102 ("L'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria fallimentare (ai sensi degli artt. 67 e 69 della legge fallimentare - R.D. n. 267/1942). Tale azione non trova ostacolo né nell'avvenuta omologazione dell'accordo stesso, cui resta estranea la funzione di tutela dei terzi creditori e che, comunque, lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione; né nella pretesa inscindibilità di tale pattuizione dal complesso delle altre condizioni della separazione; né, infine, nella circostanza che il trasferimento immobiliare o la costituzione del diritto reale minore siano stati pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in contestazione, non già la sussistenza dell'obbligo in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità di assolvimento del medesimo, convenzionalmente stabilite dalle parti").

Sulla necessità che tali accordi non omologati abbiano una propria autonomia rispetto all'assetto controllato dal giudice in sede di separazione, vedi Cass. civ. Sez. I Sent., 09-04-2008, n. 9174, in *Mass. Giur. It.*, 2008: "In tema di separazione consensuale, il regolamento concordato fra i coniugi ed avente ad oggetto la definizione dei loro rapporti patrimoniali, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica solo in seguito al provvedimento di omologazione, al quale compete l'essenziale funzione di controllare che i patti intervenuti siano conformi ai superiori interessi della famiglia; ne consegue che, potendo le predette pattuizioni divenire parte costitutiva della separazione solo se questa è omologata, secondo la fattispecie complessa cui dà vita il procedimento di cui all'art. 711 cod. proc. civ. in relazione all'art. 158, primo comma, cod. civ., in difetto di tale omologazione le pattuizioni convenute antecedentemente sono prive di efficacia giuridica, a meno che non si collochino in una posizione di autonomia in quanto non collegate al regime di separazione consensuale. (Principio affermato dalla S.C. con riguardo ad un accordo, avente ad oggetto la rinuncia alla proprietà immobiliare da parte di un coniuge a favore dell'altro, ritenuto parte di un progetto di separazione consensuale non andato a buon fine, essendo intervenuta tra i coniugi separazione giudiziale con addebito).

omologazione. Si può dire che, rispetto ad un assetto ritenuto meritevole di tutela, secondo un criterio di garanzia dei “minimi inderogabili”, essi hanno la funzione di migliorare, integrare o attuare l'accordo omologato. La stretta connessione con gli accordi omologati, in termini temporali, giustifica la loro sottrazione ad una verifica ulteriore del giudice per la loro validità. E' la vantaggiosità o la compatibilità con il verbale omologato che assicura il mantenimento di un equilibrio già valutato dal tribunale nei suoi elementi essenziali¹⁵⁸.

In base a questa impostazione, un accordo stipulato molto prima di quello omologato, in un contesto completamente diverso, quando il contenzioso della separazione non era ancora attuale, è inquadrabile nella categoria degli accordi preventivi della crisi. Si è visto che - limitatamente alla separazione- possono considerarsi validi e soggetti alle regole di interpretazione, secondo i canoni di cui all'art. 1362 ss.

Se si tratta di intese di molto posteriori all'accordo omologato, sembra difficile ricondurle alla categoria degli accordi a *latere*, poiché presuppongono una situazione di fatto ed una condizione soggettiva diversi per sopravvenuto mutamento dei rapporti tra i coniugi. L'ipotesi sembra piuttosto richiamare i patti modificativi che restano soggetti al controllo giudiziale secondo la procedura tipica prevista dall'art. 710 c.p.c. Infatti, in tali casi, più che un semplice aggiustamento per una migliore articolazione dell'accordo omologato, pare ci siano i presupposti per un riesame al fine di addivenire ad un nuovo bilanciamento degli interessi contrapposti (si pensi al caso del raggiungimento della maggiore età da parte dei figli e agli effetti che ciò può determinare sul godimento della casa familiare, o la fatto che i coniugi cambino o perdono il lavoro). Del resto, se anche tali accordi

¹⁵⁸ Sulla tendenziale derogabilità *in melius* dei limiti minimi imposti dalla legge regolatrice della materia vedi Cass. 13.1.1993, n. 348, in *Nuova Giur. Civ. Comm*, 1993, I, 950 con nota di M.G. CUBEDDU, C. RIMINI.

temporalmente molto “lontani” dalla situazione esaminata dal giudice potessero interpretarsi come accordi a *latere*, intesi in senso ampio, viene da chiedersi quale sia l’effettiva portata della previsione che giustifica la “rivedibilità giudiziale” degli assetti omologati (art. 710 c.p.c. applicabile anche alla separazione consensuale). La questione è dibattuta e resta aperta.

Nel contenuto, gli accordi a *latere* della separazione dovrebbero servire ad adeguare i patti omologati ad una maggiore e migliore tutela degli interessi, senza stravolgere l'accordo omologato.¹⁵⁹

Talvolta essi possono avere funzione integrativa delle condizioni di una separazione, precedendo l'accordo omologato e limitandosi a preparare le condizioni per l'imminente separazione. Possono darsi in questo senso pattuizioni per una divisione di beni di proprietà comune o per la loro amministrazione o, ancora, trasferimenti immobiliari o costituzione di diritti reali sui beni di interesse familiare (ad esempio sulla casa adibita a residenza coniugale). Gli accordi possono anche essere contestuali all'accordo omologato per regolare questioni

¹⁵⁹ I principio è ribadito da Cass. 24 ottobre 2007 n. 22329: “Le pattuizioni intervenute tra i coniugi anteriormente o contemporaneamente al decreto di omologazione della separazione consensuale, anche se non trasfuse nell'accordo omologato, sono operanti quando, collocandosi rispetto ad esso in posizione di non interferenza, vengano a riguardare un aspetto non disciplinato nell'accordo formale, siano sicuramente compatibili con esso, non ne modifichino la sostanza ed i relativi equilibri, assumono un carattere specificativo in chiave di incontestabile rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c. in *Giur. It.*, 2008, 7, 1687”; Trib. Milano 11 maggio 2009 (In tema di separazione consensuale le pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato si configurano come contratti atipici aventi presupposti e finalità diversi sia dalle convenzioni matrimoniali che dagli atti di liberalità, nonché autonomi rispetto al contenuto tipico del regolamento concordato tra i coniugi, destinato ad acquistare efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione: ad esse, pertanto, può riconoscersi validità solo in quanto, alla stregua di un'indagine ermeneutica condotta nel quadro dei principi stabiliti dall'art. 1362 e ss. c.c., risultino tali da assicurare una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma), conforme Trib. Milano 20 settembre 2011 *cit.*

marginali come le modalità di somministrazione dell'assegno o la divisione dei beni mobili o l'uso di beni comuni.

Talvolta si assiste alla stipulazione di condizioni diverse da quelle omologate dando luogo ad una fattispecie riconducibile allo schema della simulazione relativa. In un caso del genere, la Corte di Cassazione, pur non argomentando sulla portata simulatoria di un accordo volutamente difforme dai contenuti del decreto di omologazione, ha ribadito il principio secondo cui essi sono efficaci e vincolanti purché non interferenti in senso negativo con gli interessi tutelati nel giudizio di separazione consensuale¹⁶⁰.

La funzione integrativa può essere realizzata anche da accordi successivi all'omologazione che riguardano ad esempio questioni sorte in fase di esecuzione degli accordi di separazione.

Quando invece queste intese mirano a modificare, in via successiva, gli accordi omologati sorgono i maggiori problemi sostanziali e processuali. A parte un'iniziale orientamento della Suprema Corte, nonché di una parte della dottrina, secondo cui l'intervento dell'autorità giudiziaria avrebbe carattere imprescindibile ed ineludibile¹⁶¹, la giurisprudenza si è assestata via via su posizioni più favorevoli alla libera negoziazione dei coniugi. Si è stabilito che il controllo giudiziale in sede di omologazione, pur trovando il suo momento più specifico

¹⁶⁰ Il caso dei coniugi che, separandosi consensualmente, avevano preventivamente stabilito l'importo dell'assegno di mantenimento dei figli, indipendentemente da quello che sarebbe stato omologato, è stato deciso con sent. Cass. 22.1.1994 n. 657, *cit.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994, II, p. 714, con nota di M. FERRARI, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*.

¹⁶¹ Cass. 5 gennaio 1984 n. 14; Cass. 13 febbraio 1985 n. 1208: "Gli accordi con i quali, successivamente alla omologazione della separazione consensuale, i coniugi modificano, anche se migliorandole, le condizioni relative al mantenimento del nucleo familiare, includente figli minori, sono inefficaci se non sono omologati dal tribunale", in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1985, 658 con nota di P. ZATTI.; Trib. Como 24 settembre 1976; App. Milano 3 dicembre 1976). Per la giurisprudenza di merito vedi Trib. Como 24 settembre 1976; App. Milano 3 dicembre 1976.

nella possibilità di indicare aggiustamenti in materia di affidamento e mantenimento dei figli, esso tuttavia incide anche su altre parti dell'accordo di separazione e vale come verifica del rispetto dell'inderogabilità dei diritti di cui all'art. 160 c.c.

La Cassazione ha precisato che se in materia di affidamento e mantenimento della prole è necessario il controllo del Tribunale con l'omologazione di cui all'art. 158 c.c., ciò non significa che, in ogni caso, sia necessario un momento di controllo giudiziario anche quando il negozio intervenga dopo l'omologazione. Tale ipotesi, tra l'altro, implicherebbe uno strumento processuale *ad hoc*, che, invece, non esiste, prevedendo la legge solo il procedimento di omologazione della separazione, ma non anche procedimenti omologativi di eventuali pattuizioni successive di modifica¹⁶². Quindi le modificazioni pattuite dai coniugi successivamente all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 del c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dagli artt. 710 e 711 c.p.c., salva l'inderogabilità dei diritti di cui all'art. 160 c.c.¹⁶³

A questo punto lo strumento processuale che garantisce l'operatività della clausola *rebus sic stantibus* consentendo in ogni tempo la rivedibilità dei provvedimenti di separazione (art. 710 c.p.c) trova un'applicazione residuale. Esso resta una forma di controllo nell'ambito di una procedura contenziosa, nella quale solo uno dei coniugi ha interesse a chiedere una revisione sulla base di situazioni sopravvenute.

¹⁶² La precisazione è chiaramente espressa nella sent. Cass. 22 febbraio 1994 n. 657, cit.

¹⁶³ La conclusione è nella sentenza n. 20290 del 2005 *cit.* Sulla base di queste pronunce, parte della dottrina ha affermato che "può dunque dirsi assodato che, per quanto attiene ai patti successivi, la Corte riconosce effetto al pieno dispiegarsi della negozialità dei coniugi, in forza del principio sancito dall'art. 1322 c.c., ritenuto senza riserve applicabile al caso di specie, addirittura anche per quanto concerne le pattuizioni concernenti la prole minorenni. Conclusione, quest'ultima, che conferma l'espansione dell'operatività della sfera dell'autonomia privata anche nel settore di quei negozi del diritto di famiglia non caratterizzati dalla patrimonialità" (G. OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2006, p. 147).

Anche nella prospettiva di tale ultimo contenzioso processuale speciale, le parti restano comunque libere di svolgere un'istanza congiunta subordinando, in tal modo, la loro intesa al controllo del giudice¹⁶⁴.

Non vi è infine alcun dubbio che se una di queste si convinca poi che la modificazione pattizia, che pure ha consentito, urta con il principio della inderogabilità di alcuni diritti indisponibili, la questione potrà essere prospettata al giudice con un ordinario processo contenzioso, nel quale è possibile chiedere la declaratoria di invalidità dell'accordo. A tal fine, però, non potrà limitarsi a denunciare il carattere modificativo del patto rispetto all'accordo omologato (di per sé non invalidante), ma dovrà dedurre e dimostrare che la modificazione supera il limite di derogabilità consentito dal citato art. 160, e quindi integra la violazione di una norma imperativa¹⁶⁵.

Parte della dottrina distingue tra accordi modificativi di carattere patrimoniale, validi anche a prescindere dall'omologa, ed accordi modificativi di tipo personale, da sottoporre sempre all'omologa¹⁶⁶. Tale prospettazione teorica segue la giurisprudenza degli anni ottanta,

¹⁶⁴ Per questa interpretazione giustificata dal più recente ed evoluto orientamento della giurisprudenza vedi M. SALA, *Accordi successivi all'omologazione della separazione e autonomia negoziale dei coniugi*, in *Dir. fam e pers.* 1995, II, P. 1489 ss.

¹⁶⁵ L'ovvia conclusione è chiaramente espressa nella motivazione della citata sentenza Cass. 11.1.1994 n. 657.

¹⁶⁶ In tal senso, M. DOGLIOTTI, *Separazione e Divorzio*, Torino 1995, P. 19: "Perché infatti escludere la validità di un accordo se fosse migliorativo per i figli o il coniuge beneficiario? Si tratterebbe di una tutela maggiore del diritto al mantenimento, sicuramente indisponibile e che costituisce oggetto della valutazione del giudice: sarebbe estremamente contraddittorio ritenere invalido l'accordo più vantaggioso solo perché non è stato sottoposto al controllo giudiziale! Certo, almeno per quanto attiene ai figli, il miglioramento dovrebbe apparire immediato e palese; riguarderebbe gli aspetti patrimoniali (assegno di mantenimento, eventuale assegnazione della casa familiare; anche il trasferimento di un immobile in capo al figlio, che potrebbe, ad esempio, dare frutti maggiori rispetto all'assegno periodico potrebbe ritenersi migliorativo, posto che, del resto, il genitore non sarebbe del tutto liberato dall'obbligazione di mantenimento, come si è detto, eminentemente di risultato) e non quelli esclusivamente personali (ad es. affidamento dei figli) che dovrebbero essere sempre e comunque sottoposti al controllo del giudice". Non sempre tuttavia è facile distinguere nettamente il contenuto personale da quello patrimoniale.

secondo cui è necessario distinguere i patti che riguardano i figli minori -che non possono modificare l'accordo omologato- dagli altri perché per i primi è sempre e comunque necessario un controllo giudiziale. Il *revirement* degli anni novanta travolge e supera la distinzione ed esclude la necessità di intervento giudiziale sulle modifiche consensuali degli accordi, anche in materia di rapporti relativi alla prole minorenni.

Secondo un'impostazione dottrinale condivisibile, critica nei confronti della tesi più rigida che ritiene il processo la sede necessaria per le modifiche degli accordi omologati, specialmente quando incidono sull'interesse della prole minorenni, il ricorso a forme di tutela e di controlli "esterni" sottoporrebbe la vita della famiglia ad ulteriori difficoltà¹⁶⁷.

Sul piano sistematico, in fondamento della tesi favorevole all'ammissibilità degli accordi *a latere* è l'art. 158 c.c., che demanda al giudice il compito di valutare la conformità delle intese relative all'affidamento e al mantenimento all'interesse dei minori, ma non gli attribuisce il potere di sostituirsi ai genitori nelle relative scelte. Egli non può modificare o integrare i patti, ma solo dare delle indicazioni ai genitori negando, allo stato, l'omologazione. Per questo la norma non contraddice il principio di autonomia familiare, ma anzi ne costituisce una coerente applicazione.

¹⁶⁷ G. ALPA E G. FERRANDO, *Quaestio*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, p. 516, sottolinea l'assurdità di un necessario ricorso all'autorità giudiziaria: "Si pensi a quella di finanziare una vacanza, un hobby costoso, un corso di studi, di provvedere all'assistenza medica o ad una bambinaia secondo criteri di ripartizione di spese diversi da quelli a suo tempo omologati e dai coniugi ritenuti più adeguati alle reali necessità. Si pensi anche alle stesse decisioni in ordine all'affidamento temporaneo determinate da esigenze di lavoro, di studi, di salute o altro ancora dei genitori o del figlio. La necessità di un controllo giudiziale preventivo attuato nella forma dell'omologazione si risolverebbe in un inutile impaccio e in una ingiustificata sottoposizione della famiglia a forme di 'tutela' esterne. Mentre un controllo successivo sulla legittimità della decisione è tale da far salvi ad un tempo l'autonomia della famiglia e lo stesso interesse del figlio".

Le considerazioni fin qui svolte valgono altresì per gli accordi *a latere* rispetto alla sentenza di divorzio, nonché a quelli contenenti eventuali modifiche delle condizioni da questa recepite, escluse le convenzioni preventive di cui si è detto in tema di *Prenuptial agreements in contemplation of divorce*.

Anche a divorzio dichiarato possono dunque darsi accordi occasionati dalla cessazione degli effetti del matrimonio (di poco precedenti o coevi) ad integrazione e attuazione di quanto trasfuso nella sentenza. Nel senso di un riconoscimento implicito dei patti antecedenti, coevi o integrativi delle condizioni di divorzio è stata letta la sentenza di rigetto della Corte Costituzionale, che nel 1995 si è occupata della questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, secondo comma, l. div., nella parte in cui condiziona il diritto alla pensione di reversibilità del coniuge divorziato alla titolarità di un assegno divorzile attribuito giudizialmente¹⁶⁸. Nel caso di specie, la Corte d'Appello di Torino¹⁶⁹ aveva ritenuto non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale in relazione al caso di due divorziati con

¹⁶⁸ Corte Cost. 17 marzo 1995 n. 87: "Non è irragionevole che, per quanto disposto dall'art. 9, comma 2, della legge n. 898 del 1970, e successive modifiche, la condizione della titolarità dell'assegno di divorzio, agli effetti del diritto del coniuge divorziato superstite alla pensione di reversibilità, possa ritenersi assolta solo se l'assegno sia stato attribuito giudizialmente, ai sensi dell'art. 5, e non, invece, se sia stato attribuito convenzionalmente. L'elemento della titolarità dell'assegno giudizialmente riconosciuta non è infatti surrogabile da una convenzione privata, perché solo il giudice, e non l'autonomia privata, ha il potere di accertare i presupposti, attinenti alle condizioni economiche dei coniugi e alle ragioni della decisione di scioglimento del matrimonio, che giustificano (nella specie nei rapporti con l'I.N.P.S., terzo estraneo ai rapporti tra i coniugi) la prosecuzione, nella forma della pensione di reversibilità, della funzione di sostentamento del coniuge superstite prima indirettamente adempiuta dalla pensione di cui era titolare il coniuge defunto, debitore dell'assegno. Un diritto per il cui esercizio la legge predispone lo strumento del processo - quale il diritto di uno dei coniugi, concorrendo certe condizioni, di ottenere l'assegno di divorzio - ammette l'alternativa dell'attuazione mediante un atto di autonomia privata solo con efficacia circoscritta ai rapporti tra le parti. (Non fondatezza della questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 9, comma 2, della legge 1 dicembre 1970, n. 898, novellato dall'art. 13 della legge 6 marzo 1987 n. 74)".

¹⁶⁹ Corte Appello Torino, 25.2.1994.

sentenza che non prevedeva alcun tipo di assegno, ma tra i quali era stata stipulata una scrittura privata, pochi mesi prima, -non recepita nella decisione- in cui si era stabilita l'erogazione a carico *dell'ex* marito di un contributo di mantenimento in favore dell'*ex* moglie. La Consulta, ribadiva che la titolarità dell'assegno giudizialmente riconosciuta non è surrogabile da una convenzione privata, ma ammetteva che il diritto previsto dall' art. 5 l. div. può trovare “attuazione mediante un atto di autonomia privata”, con efficacia peraltro “circoscritta ai rapporti tra le parti”, mentre nessuna rilevanza la convenzione privata può avere nei confronti dell'INPS (terzo) ai fini dell'integrazione della fattispecie costitutiva del diritto alla pensione di reversibilità prevista dall'art. 9. In tal modo la Corte evocava lo schema dell'efficacia vincolante del contratto *ex art.* 1372 c.c..

In tema di convenzioni accessorie alla sentenza di divorzio la Corte di Cassazione ha parimenti richiamato le regole ermeneutiche di esegesi del contratto ai fini del riconoscimento della loro piena validità, precisando che l'interpretazione di tali accordi, demandata al giudice di merito, secondo i criteri dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., non è sindacabile in Cassazione se adeguatamente motivata¹⁷⁰.

Per quanto attiene alla validità di accordi diretti a modificare il contenuto della pronunzia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili, il primo dato rilevante è che nulla dice in proposito la legge, posto che l'art. 9 l. div. presuppone l' “istanza di parte”, cioè di una delle parti, ciò che riconduce la fattispecie ad una prospettiva contenziosa

¹⁷⁰ Cass. 14 luglio 2003 n. 10978: “Qualora la regolamentazione dei rapporti economici tra i coniugi sia avvenuta a mezzo di una convenzione accessoria alla sentenza di divorzio, l'interpretazione della convenzione è attività demandata al giudice di merito (che utilizzerà i criteri dettati dagli artt. 1362 segg. c.c.) e non sarà sindacabile in cassazione se adeguatamente motivata (nel caso di specie la suprema corte ha ritenuto esente da vizi la sentenza del giudice di merito che aveva ritenuto di privilegiare, nell'interpretazione della convenzione accessoria, il criterio del comportamento complessivo delle parti, e la regola finale dettata dall'art 1371 c.c., consistente nell'equo temperamento degli interessi delle parti)”, in *Arch. Civ.*, 2004, p. 669.

(analogamente a quanto previsto dall'art. 710 c.p.c. in materia di separazione).

La dottrina favorevole alla loro ammissibilità, in nome dell'autonomia privata delle parti interessate alla regolamentazione della crisi del matrimonio, prende lo spunto *a)* dall'ammissibilità in generale del negozio familiare; *b)* dall'evoluzione normativa che ha portato la legge n. 74 del 1987 di modifica alla disciplina del divorzio ad ammettere sempre maggiori spazi alla autonomia negoziale dei coniugi; *c)* dalla tendenza ad ammettere forme di tutela parallele e alternative rispetto al processo¹⁷¹. Resta esclusa comunque, anche secondo questa prospettiva, ogni convenzione modificativa dello *status*.

Alla luce dei principi fissati dalla giurisprudenza e visti gli spunti critici offerti dalla dottrina, in tema di validità di accordi *a latere* della separazione e del divorzio, la soluzione più coerente con l'evoluzione privatistica del diritto di famiglia e più garante, da un lato, dell'autodeterminazione dei soggetti che regolano la vita familiare anche nella fase patologica del rapporto, dall'altro, del rispetto dei diritti indisponibili di cui all'art. 160 c.c., è quella che ritiene pienamente rispondente ai principi del diritto di famiglia una regolamentazione delle parti interessate, sotto la loro responsabilità, in attuazione del principio generale dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.¹⁷²

¹⁷¹ V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano 2003, p. 110; A. GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006 p. 1027.

¹⁷² Il principio è fissato dalla nota sentenza n. 657 del 22.1.1994, *cit.*: "il patto modificativo -che può collegarsi ad un mutamento della situazione di fatto ma anche essere semplicemente il cambiamento di una regola, ferme le circostanze storiche -trova fondamento nell'art. 1322 c.c., essendo pienamente rispondente ai principi del diritto di famiglia il fatto che le dinamiche dell'accordo fra i coniugi separati siano anzitutto governabili dall'intesa e dal senso di responsabilità dei medesimi. Se uno di questi si convinca poi che la modificazione, che pure ha consentito, urta nel limite dell'art. 160 c.c., potrà portarla davanti al giudice con un ordinario processo contenzioso e chiedere l'accertamento della sua invalidità".

In questo modo si ammette, in astratto, che pattuizioni accessorie al regime della separazione o del divorzio siano sottratte al controllo automatico e necessario del giudice. In concreto, tuttavia, poiché non esiste una tipizzazione di tali accordi come schema certo cui l'ordinamento riconosce validità per rispondenza agli interessi meritevoli di tutela, resta la possibilità di un intervento, eventuale, del giudice, in un contenzioso ordinario, nel quale si discuta dei limiti della disponibilità del diritto o della inderogabilità delle garanzie fissate nell'accordo di separazione omologato o nella sentenza di divorzio cui l'accordo *a latere* accede.

2.5. Gli atti di disposizione sull'assegno di divorzio.

Particolarmente discussa è la questione relativa alla possibilità di negoziare le conseguenze patrimoniali del divorzio. Il tema si ricollega al quello centrale della disponibilità del diritto all'assegno postconiugale¹⁷³ nelle diverse forme della rinuncia, transazione, cessione, pignoramento, sequestro, possibilità di essere opposto in compensazione e di essere oggetto di azione esecutiva da parte dei creditori. Sui dubbi di validità ed efficacia di accordi stipulati tra i coniugi in via preventiva, per definire l'assetto dei loro futuri rapporti patrimoniali nell'eventualità del divorzio, già si è detto a proposito dell'ammissibilità, in generale, di una negoziazione anticipata in vista della crisi coniugale, anche in chiave sostitutiva dell'intervento

¹⁷³ G. BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio cit.*, p.589 ss., precisa che questa formula comprende una pluralità di atti, che vanno dalla rinunziabilità del diritto all'assegno, alla transigibilità delle controversie che lo vedono a proprio oggetto; dalla cedibilità del medesimo, all'esperibilità, nei suoi confronti, dell'azione surrogatoria, del pignoramento e del sequestro. L'autore avverte che l'elenco non è completo, sebbene comprenda le voci più importanti.

giudiziale¹⁷⁴.

Si ricorda che la Corte di Cassazione si è assestata su una posizione negativa, sanzionando con la nullità per illiceità della causa gli accordi che dispongono preventivamente sul divorzio e sull'assegno postconiugale, attesa la sua sostanziale indisponibilità. Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, seguito anche da una parte della dottrina, l'assegno di divorzio ha infatti natura indisponibile, in forza della sua funzione prevalentemente assistenziale che realizza un interesse di ordine pubblico.¹⁷⁵ I giudici di legittimità, escludendo la natura disponibile dell'assegno postmatrimoniale conseguentemente negano la validità di accordi aventi ad oggetto la regolamentazione dei rapporti patrimoniali successivi al divorzio, per le stesse ragioni addotte dalla Cassazione nell'escludere l'operatività dei patti preventivi in vista del divorzio. L'accentuazione del carattere assistenziale dell'assegno divorzile dopo la riforma del 1987 (con legge

¹⁷⁴ Cass. civ. Sez. I, 12-02-2003, n. 2076: "La Corte che ha ripetutamente affermato che gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile che, per la sua natura assistenziale, è indisponibile in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio. Tale principio trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole, la cui domanda di assegnazione dell'assegno divorzile potrebbe essere da detti accordi paralizzata o ridimensionata". (Cass. I, 14-06-2000, n. 8109, in *Fam. e Dir.*, 2000, 5, 429.

¹⁷⁵ In questo senso vedi A. FINOCCHIARO-M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, cit.; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino 1995; V. DE PAOLA., *Il regime patrimoniale della famiglia coniugale*, II, Milano 1995; F. SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio (diritto vivente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989; A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit.; E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. It.* 1993, p. 346 ss., il quale, come si vedrà più avanti, discorre di indisponibilità sostanziale, riconoscendo una disponibilità processuale del divorzio; C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, II, Milano, 1993; G. BONILINI, *op. cit.* Questi ultimi due autori, però, riconoscono che i coniugi possono convenzionalmente stabilire il *quantum* dell'assegno con un negozio di accertamento posto in essere nella fase del divorzio il quale, senza alterare la causa (individuata nella solidarietà postconiugale) e il titolo del diritto all'assegno (la legge), si limita a fissare il contenuto del rapporto, e/o, eventualmente, la decorrenza e le modalità di attuazione.

n. 74) ha indotto la Suprema Corte a superare l'orientamento che originariamente, distinguendo tra le varie componenti dell'assegno, ne ammetteva invece la disponibilità¹⁷⁶. Nelle prime applicazioni della

¹⁷⁶ Per tutte vedi Sent. Cass. Sez. Unite n. 2008 del 9.7.1974, in *Dir. fam e pers.*, 1974 p. 635, nella quale alla disponibilità dell'assegno di divorzio si contrappone l'indisponibilità della sola componente alimentare "mentre il credito alimentare non può essere ceduto (art. 447 c.c.), né può essere oggetto di rinuncia e non può costituire materia di transazione, trattandosi di un diritto indisponibile, il diritto a conseguire l'assegno di divorzio, non avendo tale carattere, pur essendo di natura personale, può formare oggetto di cessione, di rinuncia, e di transazione". Per una rassegna della giurisprudenza antecedente alla riforma dell'87 vedi G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. P. 424 ss.

Indicativa della chiusura della Cassazione dopo la legge 1987 n. 74 è la sentenza del 1992 n. 6857 "Ancor più evidente appare il carattere di indisponibilità dell'assegno secondo la nuova disciplina di cui alla legge n. 74 del 1987, la quale - come è noto - ha configurato detto assegno con natura eminentemente assistenziale, condizionandone l'attribuzione alla specifica circostanza della mancanza di mezzi adeguati o della impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, mentre gli altri criteri indicati dalla norma sono destinati ad operare solo se l'accertamento dell'unico elemento attributivo si sia risolto positivamente, e quindi ad incidere soltanto sulla quantificazione dell'assegno stesso. L'opzione da parte del legislatore, quale finalità essenziale dell'assegno di divorzio, per il criterio di solidarietà post-coniugale, sul presupposto dell'impossibilità oggettiva del coniuge più debole di svolgere attività lavorativa retribuita, comporta l'esistenza del limite di indisponibilità cui soggiacciono, secondo un principio generale dell'ordinamento, emolumenti di varia natura correlati alle esigenze della vita (pensione, alimenti, retribuzione, ecc.). Cass. 4.6.1992 n. 6857, in *Corriere Giur.*, 1992, p. 863 nota di V. CARBONE. Nel senso del carattere "eminentemente assistenziale" dell'assegno di divorzio vedi più recentemente anche Cass. 9.9.2002, n. 13060. Tale orientamento attenua la prima interpretazione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dopo l'entrata in vigore della riforma del 1987, che con sent. 29.11.1990 n. 11490 aveva affermato la natura esclusivamente assistenziale dell'assegno "L'assegno periodico di divorzio, nella disciplina introdotta dall'art. 10 della L. 6 marzo 1987 n. 74, modificativo dell'art. 5 della L. 1 dicembre 1970 n. 898, ha carattere esclusivamente assistenziale (di modo che deve essere negato se richiesto solo sulla base di premesse diverse, quale il contributo personale ed economico dato da un coniuge al patrimonio dell'altro), atteso che la sua concessione trova presupposto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza cioè che sia necessario uno stato di bisogno, e rilevando invece l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate, per ristabilire un certo equilibrio. Ove sussista tale presupposto, la liquidazione in concreto dell'assegno deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio), con riguardo al momento della pronuncia di divorzio. A quest'ultimo fine, peraltro, il giudice del merito, purché ne dia adeguata giustificazione, non è

normativa sul divorzio infatti, i giudici, rilevando la natura personale dell'assegno¹⁷⁷, propendevano per la disponibilità del diritto all'assegno post-matrimoniale, valorizzando il fatto che la legge consente di convenirne la corresponsione *una tantum*. Su queste basi, la conclusione era che l'assegno post-matrimoniale poteva formare oggetto di cessione, di rinuncia, di transazione¹⁷⁸. Anche all'epoca alcune decisioni però qualificavano l'assegno periodico in favore del coniuge divorziato quale prolungamento, oltre la cessazione del vincolo coniugale, del diritto al mantenimento, individuando le ragioni di questo trattamento in un interesse di ordine pubblico. Di qui l'irrinunciabilità e, più in generale, l'indisponibilità del diritto¹⁷⁹, nel senso che non è consentita la rinuncia preventiva ed irreversibile al mantenimento, ma può ammettersi l'astensione dal concreto esercizio del diritto in esame, poiché la corresponsione dell'assegno periodico non può essere disposta dal giudice d'ufficio.

La tesi della disponibilità dell'assegno ne affermava dunque la rinunciabilità solo con riferimento alle componenti compensativa e risarcitoria, non già, invece, a quella assistenziale, considerata la natura composita dell'assegno post-matrimoniale. Quanto agli effetti, si diceva che la rinuncia non impedisce il conseguimento, successivo, di quanto necessario a far fronte allo stato di bisogno sopravvenuto¹⁸⁰ e non opera

tenuto ad utilizzare tutti i suddetti criteri, anche in relazione alla deduzione e richieste delle parti, salva restando la valutazione della loro influenza sulla misura dell'assegno stesso (che potrà anche essere escluso sulla base della incidenza negativa di uno o più di essi)".

¹⁷⁷ Oltre a Cass. Sez. Un., 26 aprile 1974, n. 1194, in *Foro it.* 1974, p. 1335, vedi anche Trib. Roma, 25 gennaio 1977, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, p. 654 ss., con nota di F. DALL'ONGARO, *Considerazioni in merito alla definizione dei rapporti economici concordata dalle parti ex art. 5, quarto comma, della legge sul divorzio*; Cass. 2.6.1977 n. 2237, in *Giust. Civ.*, 1977, p. 1519.

¹⁷⁸ Sul punto vedi Cass. Sez. Un., 26 aprile 1974, n. 1194, *cit.*

¹⁷⁹ Il riferimento è ad una pronuncia di merito dell'epoca, Trib. Larino, 13 maggio 1972, in *Dir. fam. e pers.*, 1973, p. 725 ss.

¹⁸⁰ Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, p. 573 ss.

sulla componente assistenziale, diritto indisponibile, e, in quel momento, indeterminabile.

Rispetto al quesito di fondo, la novella del 1987 nulla ha chiarito, anche se ha valorizzato inequivocabilmente la funzione assistenziale degli obblighi postmatrimoniali. Rimane quindi l'ambiguità e la contraddittorietà del quadro normativo sul divorzio che, da un lato, come si è visto, contiene significativi riferimenti all'autonomia dei coniugi, dall'altro, evidenzia decisamente la funzione assistenziale che l'assegno divorzile deve realizzare, collegandolo alla circostanza che l'ex coniuge non abbia "mezzi adeguati" di sussistenza.

Per questo anche la dottrina, tornata sul tema della disponibilità del diritto all'assegno divorzile dopo la riforma del 1987, fonda le proprie argomentazioni su dati normativi non univoci. Per chi valorizza le disposizioni che chiaramente riconoscono l'autonomia dei soggetti della crisi, è naturale e logico concludere per la disponibilità del diritto all'assegno postmatrimoniale¹⁸¹ coerentemente con un'interpretazione evolutiva del diritto di famiglia che riconosce sempre più spazi alla libera contrattazione¹⁸². In questa prospettiva, resta irrilevante l'accentuazione del carattere assistenziale del contributo divorzile rispetto al dato decisivo che *a)* l'avente diritto all'assegno ha l'onere di proporre la relativa domanda perché è pacifico che il giudice non possa disporlo d'ufficio -con conseguente possibilità di un'implicita rinuncia;- *b)* il beneficiario potrebbe accontentarsi, per i più vari motivi, di un assegno inferiore rispetto a quello spettategli per legge, senza che il tribunale possa interferire; *c)* il carattere indisponibile delle prestazioni alimentari non è riferibile all'assegno di divorzio; *d)* in generale, l'idea

¹⁸¹ In questo senso vedi particolarmente, E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, Profili patrimoniali, Napoli 1987, p. 58 ss. cit.; F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della l.n. 74/1987*, cit. p. 911ss. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale* cit. p. 423.

¹⁸² I contributi dottrinali di questo segno sono sempre più numerosi.

di una “solidarietà postconiugale” non è sufficiente a fondare l’indisponibilità del diritto all’assegno, essendo anzi l’elaborazione di tale concetto la prova della negazione di ogni ultrattività dei diritti e degli obblighi nascenti dal matrimonio, nonché della inapplicabilità al divorzio dell’art. 160 c.c.¹⁸³⁻¹⁸⁴

Per altra parte della dottrina, al contrario, l’accentuazione della funzione assistenziale dell’assegno post-matrimoniale con la legge del 1987, rafforza l’esigenza di ordine pubblico di salvaguardare l’indisponibilità del relativo diritto.¹⁸⁵ In base a questa impostazione è sicura l’invalidità delle convenzioni tendenti ad anticipare la disciplina dei rapporti patrimoniali di un futuro divorzio, non potendo vincolare né le parti, né il giudice nel successivo giudizio di divorzio.

Ad una più attenta analisi della normativa sul divorzio, qualcuno ha correttamente voluto distinguere tra disponibilità processuale e indisponibilità sostanziale dell’assegno, per non trarre dalle regole processuali sulla domanda erronee conclusioni sul regime dell’assegno

¹⁸³ Sui passaggi di questa tesi vedi G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale cit.* p. 423, ma anche V. CARBONE, *L’assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, in *Corr. Giur.* 1992 p. 865.

Sulla teoria della “solidarietà postconiugale” vedi C.M. BIANCA, *Commento all’art. 5, l. 1° dicembre 1970*, n. 898, *cit.* p. 313 ss.

¹⁸⁴ In particolare, questa parte della dottrina argomenta sulla necessità della domanda del coniuge interessato, sia per l’attribuzione dell’assegno, sia per la successiva revisione, nonché sulla previsione normativa che attribuisce ai coniugi di concordare la corresponsione *una tantum*, con conseguente preclusione di ogni successiva pretesa economica (benché condizionata al controllo giudiziale di equità di cui si è detto). Ancora, secondo la tesi della disponibilità, un ulteriore argomento si potrebbe trarre dalla possibilità di instaurare il procedimento di divorzio su domanda congiunta (art. 4, sedicesimo comma l. div., che consente alle parti di indicare compiutamente anche le condizioni economiche)¹⁸⁴. L’unico limite a questa disponibilità sarebbe determinato dall’esigenza di garantire le primarie esigenze di vita del beneficiario che eventualmente versi in stato di bisogno. Nella misura in cui l’assegno sia diretto ad assolvere tale funzione, e limitatamente ad essa, esso sarebbe indisponibile come il diritto agli alimenti di cui all’art. 447 c.c. In base a questa impostazione, l’assegno divorzile può essere pignorato, sequestrato e opposto in compensazione, ad esclusione della componente alimentare.

¹⁸⁵ In questo senso vedi ad esempio V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale, cit.* Milano 1995, p. 269.

che rimane inderogabile sotto il profilo sostanziale¹⁸⁶.

I contributi dottrinali fin qui esaminati hanno tutti un fondamento normativo. E' innegabile che i margini di autonomia privata offerti dalla legge sul divorzio sono tracciati con decisione e sembra anche di potersi dire che essi meriterebbero di essere ampliati per affrancare i divorziandi, pienamente capaci e responsabili di tutelare i loro interessi, da controlli esterni. In una prospettiva in cui sempre più l'ordinamento caldeggia sistemi alternativi e negoziali della soluzione delle controversie, anche in ambito familiare, sarebbe auspicabile un intervento legislativo esplicito in tal senso, anche con riferimento all'aspetto economico più rilevante del regime divorzile rappresentato dall'assegno di mantenimento per l'ex coniuge. Ma sulla base dei dati normativi vigenti, non può essere trascurata la spiccata e pacifica valenza assistenziale degli strumenti di tutela nel divorzio come limitazione voluta dal legislatore alla libera estrinsecazione dell'autonomia privata dei coniugi¹⁸⁷.

¹⁸⁶ E. DALMOTTO. *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, cit., p. 346 ss.

¹⁸⁷ Nel senso di tener conto di tutti i segni normativi vedi G. BONILINI, op. cit. "A mio avviso, la vigente normativa sul divorzio, che dà preminenza alla funzione assistenziale dell'assegno post-matrimoniale, porta nella direzione della tendenziale indisponibilità del relativo diritto. Essa, tuttavia, dà, al contempo, esplicito sostegno a momenti di autonomia privata riguardo ad esso, che l'interprete deve cogliere e rispettare, sebbene ulteriormente rivelatori, in definitiva, di un'opaca armonia sistematica, che affatica, come già mostrato, l'intero corpo normativo. E questi momenti di autonomia - a volte guidata, com'è nel caso della convenzione di liquidazione dell'assegno di divorzio in unica soluzione, giusta la necessità di scontare il vaglio di equità - vanno colti, anzitutto, nel divieto che conosce il giudice di liquidare l'assegno in assenza di domanda di parte, quand'anche possa acquisire la forte situazione di disagio economico in cui versano uno dei coniugi: foss'anche motivata da un orgoglioso ripudio d'aiuto, il giudice non è ammesso a sostituirsi al coniuge. In secondo luogo, nella norma affidata all'ultimo comma dell'art. 4 l.d., che confeziona una procedura divorzile snellita, e dà sostanza ad un principio che meriterebbe di essere maggiormente coltivato. Al principio, in altri termini, di piena libertà riguardo ad una vicenda, qual è lo scioglimento del vincolo matrimoniale, che trova vero alimento, solo nel senso di responsabilità dei soggetti che lo vivono. Eloquentemente, è la reiterata prospettazione di cautele solo riguardo alla prole".

Alla luce di queste considerazioni può essere affrontata la questione dell'ammissibilità dei più significativi atti di disposizione del diritto all'assegno di divorzio.

Si ritiene che la cessione del credito all'assegno divorzile non sia ammessa in quanto trattasi di un credito strettamente personale secondo quanto previsto dall'art. 1260, primo comma c.c.¹⁸⁸

Quanto alla possibilità di costituire oggetto di rinuncia, dalla indisponibilità dell'assegno si fa discendere la sua irrinunciabilità¹⁸⁹. Alcuni in dottrina sottolineano la possibilità di rinuncia possa riguardare soltanto l'oggetto del diritto all'assegno, dopo che esso è entrato nel patrimonio del beneficiario, essendo le prestazioni maturate successivamente alla pronuncia di divorzio come riconducibili alla categoria dei diritti di credito¹⁹⁰.

¹⁸⁸ C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit. p. 293; G. BONILINI, *op. cit.*, 604. In senso contrario alla cedibilità, vedi anche G. CAPOZZI, *L'assegno periodico al coniuge divorziato*, *Dir. e Giur.* 1971, p. 178; L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la riforma del diritto di famiglia*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, cit., Bologna Roma, 1979, p. 329.

¹⁸⁹ In questo senso vedi Cass. 21.2. 2008 n. 4424 che riassume la posizione della Suprema Corte: "Vanno ribaditi i principi, più volte affermati da questa Corte, secondo i quali: a) la determinazione dell'assegno di divorzio, secondo la regolamentazione datane dalla L. n. 898 del 1970, art. 5, e dalla L. n. 74 del 1987, art. 10 è indipendente dalle statuizioni patrimoniali operanti, anche per accordo fra le parti, in sede di separazione (Cass. 11 settembre 2001, n. 11575; Cass. 10.3.2006, n. 5302); b) gli accordi con i quali i coniugi intendano regolare, in sede di separazione, i loro reciproci rapporti economici in relazione al futuro divorzio con riferimento all'assegno di mantenimento sono nulli, per illiceità della causa, stante la natura assistenziale di tale assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo in sede di divorzio (Cass. 10.3.2006, n. 5302; Cass. 1 dicembre 2000, n. 15349; 14 giugno 2000, n. 8109; 18 febbraio 2000, n. 1810; 20 marzo 1998, n. 2955). Ne deriva che la disposizione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 8, nel testo di cui alla L. n. 74 del 1987, art. 5, comma 8, - a norma del quale su accordo delle parti la corresponsione dell'assegno di divorzio può avvenire in un'unica soluzione, ove questa sia ritenuta equa dal Tribunale, e in tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda a contenuto economico - non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio. Gli accordi di separazione, dovendosi interpretare *secundum ius*, non possono implicare alcuna rinuncia all'assegno di divorzio. 06/5302)";

¹⁹⁰ G. BONILINI, *op. cit.*, p. 601. L'autore precisa che nei limiti in cui una rinuncia possa dirsi consentita, deve essere cosciente e in regola con i requisiti di forma almeno per l'ipotesi che debba considerarsi atto liberale.

Le argomentazioni e le conclusioni sulla questione della rinunciabilità dell'assegno divorzile sono riproposte in dottrina con riguardo alla transazione diretta a comporre, od a prevenire, liti sul diritto all'assegno post-matrimoniale. La giurisprudenza segue prevalentemente la tesi della nullità della transazione preventiva¹⁹¹, mentre non sembra vi siano dubbi sulla possibilità di transigere una controversia sulle

Nega la rinunciabilità dell'assegno anche C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, II cit. p. 228 ss., il quale tuttavia precisa, in considerazione delle perplessità manifestate sul punto da parte della dottrina, che la irrinunciabilità deve senz'altro ammettersi quanto meno relativamente alla misura diretta a soddisfare le fondamentali esigenze di vita dell'ex coniuge; individua, cioè, un limite in valicabile nel dovere di corrispondere comunque all'ex coniuge che versi in stato di bisogno gli alimenti legali; in senso conforme F. SANTOSSUOSSO, *Il divorzio*, in *Tratt. Dir. Priv. cit.* p. 349.

In giurisprudenza vedi Cass. n. 4223 del 1980, secondo cui l'assegno può essere oggetto di rinuncia o transazione purché queste risultino in modo certo ed univoco, non siano affette da vizi della volontà o della dichiarazione, e resti salvaguardata l'esigenza di soddisfare ciò che è necessario ai bisogni di vita del coniuge più debole. In dottrina ritiene invece possibile una rinuncia definitiva, purché sorretta da un positivo apprezzamento di merito da parte dell'organo giudiziale, E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, Napoli 1987, I, p.49; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione cit.*

¹⁹¹ Nel senso della nullità della transazione avente ad oggetto il diritto all'assegno vedi Cass. civ. Sez. I, 28-10-1994, n. 8912, secondo cui "l'accordo preventivo concluso fra i coniugi riguardante l'assetto dei rapporti matrimoniali tra essi intercorrenti in caso di divorzio è radicalmente nullo, poichè con esso si limita il loro comportamento processuale in un giudizio concernente "uno status": nella specie, è nulla la transazione avente ad oggetto il diritto all'assegno divorzile", in *Fam. e Dir.*, 1995, 1, p.14. L'orientamento è confermato da Cass. civ. Sez. I, Sent., 04-11-2010, n. 22505: "La L. n. 898 del 1970, art. 9, come modificato dalla L. n. 74 del 1987, art. 13, inoltre, nel consentire in ogni tempo la revisione delle condizioni di divorzio, rende evidente che in tale ambito il giudicato è sempre "rebus sic stantibus", ossia modificabile in caso di successive variazioni di fatto. Anche la possibilità d'intendere la dichiarazione del V. come rinuncia a tale diritto di revisione, oltre a non trovare conforto nel dato letterale, in tal senso muto, sarebbe stata preclusa dalla nullità per illiceità della causa di un tale tipo di abdicazione, interferente sul diritto indisponibile all'assegno di divorzio, di carattere assistenziale, ed inerente a materia nella quale le decisioni del giudice, collegate anche ad interessi di ordine generale, sono svincolate dal potere dispositivo dei contendenti".

Per la giurisprudenza di merito conforme vedi App. Napoli Sez. I, 29-08-2005; App. Napoli, 17-12-2010.

Sulla limitata efficacia dell'accordo transattivo, sempre nullo per illiceità della causa, vedi Cass. civ. Sez. I, 14-06-2000, n. 8109 ("Siffatto accordo, peraltro, acquisterebbe rilievo su detti rapporti, sotto il profilo della necessaria considerazione, da parte del giudice, della complessiva situazione reddituale delle parti, risultante, tra l'altro, dal credito di uno dei coniugi cui corrisponde il debito dell'altro) in *Corr. Giur.* 2000, p. 102, con nota di L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento.*

modalità concrete d'adempimento dell'obbligo di corrispondere l'assegno post-matrimoniale, sorta successivamente alla pronunzia di divorzio, fonte di quell'obbligo.

Resta quella parte della dottrina favorevole alla validità ed efficacia degli accordi preventivi in vista di un futuro divorzio ad ammettere, sulla base delle medesime argomentazioni, anche patti coevi o successivi con cui si dispone di ordinari crediti e debiti derivanti dallo stato di divorzio, tanto nel caso in cui vengano trasfusi nella sentenza, quanto nell'ipotesi in cui siano oggetto di contratti a *latere*, che integrano la regolamentazione giudiziale.

Quanto agli altri atti di disposizione, la pignorabilità dell'assegno post-matrimoniale sarebbe esclusa, come la possibilità di formare oggetto di sequestro, ove si accerti che detto assegno costituisce l'unico mezzo di sostentamento dell'ex-coniuge beneficiario. Non si può trascurare, nella corretta impostazione del problema, che la questione va risolta alla luce della funzione alimentare dell'assegno divorzile, o almeno di una sua componente. Per questo non si può prescindere dai limiti della pignorabilità dei crediti in generale, previsti dall'art. 545 c. p. c.¹⁹² In definitiva, è corretto ritenere che l'assegno di divorzio sia sottratto al pignoramento entro i confini del bisogno alimentare del beneficiario, ciò che postula una determinazione in concreto, da parte del giudice dell'esecuzione, del *quantum* rispetto al quale l'azione esecutiva diventa improcedibile. La soluzione è già recepita dal sistema in materia di sequestrabilità e pignorabilità della rendita vitalizia. L'art. 1881 c. c. la esclude infatti entro i limiti del bisogno alimentare del creditore.

¹⁹² Per un'ampia interpretazione del termine "crediti alimentari" cui si riferisce la norma processuale, vedi S. SATTA, in *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1987, p. 316, secondo cui tale termine va inteso non in senso stretto ma in senso ampio fino a ricomprendere anche il credito derivante da obblighi di mantenimento stabiliti dalla legge.

Analoga soluzione viene proposta riguardo alla compensazione, come mezzo di estinzione di un'obbligazione del beneficiario. E' evidente che aderendo alla tesi della natura prevalentemente assistenziale dell'assegno divorzile è logico concludere per l'inoperatività della compensazione a causa dell'indisponibilità del diritto¹⁹³. Anche nella prospettiva, superata, di ammettere la disponibilità di solo alcune componenti dell'obbligazione, sembra difficile, nei casi in cui la corresponsione è esigua, incorporare una componente alimentare intangibile da quella di mantenimento¹⁹⁴. Se quindi nella dinamica dei rapporti patrimoniali tra coniugi si volesse utilizzare la compensazione come utile mezzo di "sistemazione" di reciproche pretese, bisognerebbe rideterminare le finalità dell'assegno di divorzio mediante una riforma ulteriore della legge sullo scioglimento del matrimonio.

¹⁹³ Questa consequenzialità logica non sembra rispettata da una sentenza di merito che ha ritenuto possibile applicare all'assegno post-matrimoniale, che prescinde da uno stato di bisogno dell'avente diritto, l'istituto della compensazione. Ciò sull'assunto che non esiste alcuna norma escludente la compensazione in materia, nè essendo applicabile alle obbligazioni di natura non strettamente alimentare il divieto di compensazione, di cui all'art. 447, secondo comma c.c. Il Tribunale Napoli, con sentenza del 9 luglio 2002, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2003, I, p. 578 ss., con nota di F. SCIA, *Assegno di divorzio ed operatività della compensazione*, aveva però aderito pienamente alla tesi della giurisprudenza della Cassazione sulla natura prevalentemente assistenziale dell'assegno divorzile, cosicchè ci si sarebbe aspettati una conclusione diametralmente opposta.

¹⁹⁴ Lo spunto per tale precisazione viene dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 13060 del 9.9.2002, in *Giur. It.*, 2003, p.1795 ("Allorquando l'assegno di divorzio, pur essendo di natura esclusivamente assistenziale, sia destinato - nei fatti - a soddisfare, per la sua non elevata entità, mere esigenze di carattere alimentare, le somme corrisposte a tale titolo, nel caso in cui venga meno il diritto all'assegno o se ne riduca l'entità, non sono suscettibili di ripetizione in quanto non sussisterebbe differenza giuridicamente apprezzabile tra questo e l'assegno di mantenimento").

SOMMARIO: 3.1. La natura degli accordi di separazione consensuale e divorzio a domanda congiunta. 3.2. La causa delle attribuzioni tra coniugi. Impostazione del problema. 3.3. Le possibili qualificazioni secondo gli schemi tradizionali e la teoria della "causa familiare." 3.4. La tipicità dei "contratti della crisi coniugale" secondo la giurisprudenza. 3.5. Il regime fiscale degli atti collegati alla causa di separazione o divorzio.

3.1. La natura degli accordi di separazione consensuale e divorzio a domanda congiunta.

La nuova concezione costituzionale della famiglia ha portato a riconoscere sempre maggiori spazi di affermazione dell'autonomia privata dei coniugi, anche nella fase patologica del matrimonio, ¹⁹⁵ nei limiti di quell'interferenza con il potere giudiziale che si è analizzata in relazione alla struttura del giudizio di separazione e divorzio¹⁹⁶. Per venire alla disciplina applicabile a quelle intese, è necessario anche soffermarsi sulla natura degli accordi con cui si regolano i rapporti in sede di separazione consensuale o in quella di divorzio a domanda congiunta. Chiarita la natura ed individuati i possibili contenuti di tali pattuizioni, momento determinante per l'inquadramento della fattispecie è quello di verificare la "causa", intesa come giustificazione o ragione giuridica di quell'attività negoziale funzionalmente programmata per regolare gli aspetti patrimoniali e non patrimoniali della dissoluzione familiare.

Venendo alla prima questione, in termini generali, si ritiene che le intese recepite nelle condizioni di separazione consensuale (o di divorzio non contenzioso), rientrino nella categoria degli atti giuridici

¹⁹⁵ Si veda quanto già ampiamente detto nel primo capitolo a proposito della "privatizzazione" dei rapporti familiari.

¹⁹⁶ La Corte di Cassazione ammette espressamente che ciascuno dei coniugi abbia il diritto di condizionare il consenso per la separazione al soddisfacente assetto dei propri interessi economici, ma senza lesione dei diritti inderogabili. Secondo questa prospettiva sarebbe quindi valido un contratto preliminare con cui si promette il trasferimento della proprietà di un immobile all'altro coniuge in vista di una futura separazione anche senza omologazione (Cass. civ. 5.7.1984, n. 3940, in *Mass. Giur. It.* 1984).

negoziali in senso ampio, quali manifestazioni di volontà attraverso cui i soggetti stabiliscono liberamente le modalità per realizzare gli interessi che reputano rilevanti, entro i limiti consentiti dall'ordinamento. Tali atti soggiacciono al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c.¹⁹⁷ e devono perseguire uno scopo non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume, per la regola generale di cui all'art. 1343 c.c.

Quanto alla categoria più specifica di questi atti giuridici, parte della dottrina e la più recente giurisprudenza di legittimità¹⁹⁸, pur

¹⁹⁷ L'applicabilità dell'art. 1322 c.c. all'ambito dei rapporti familiari costituisce un dato ormai acquisito. Ciò rappresenta la regola e non l'eccezione. In questo senso vedi G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano 1996, p. 64. Sul problema delle regole contrattuali applicabili all'accordo di separazione consensuale vedi G. OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. e dir.* 2000, p. 86.

Esiste una remota sentenza (Cass. 25.9.1978, n. 4277, in *La Legge plus on line*, Ipsoa) che in tema di trasferimenti immobiliari a favore della prole minorenni pattuiti in sede di separazione che nega l'applicabilità a tali accordi delle norme sui contratti sul presupposto che essi tendono "a realizzare uno scopo comune, cioè l'interesse di tutti i componenti della famiglia, i quali vengono così a trovarsi nella posizione di diretti beneficiari" delle clausole stesse.

In giurisprudenza vedi, ad esempio Cass. civ. Sez. I, 22-11-2007, n. 2432, in *Mass. Giur. It.*, 2007: "l'accordo mediante il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili (e, segnatamente, come nella specie, di quello che costituisce la casa familiare), dà vita ad un contratto atipico, il quale, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c. nonché caratterizzato da propri presupposti e finalità senza risultare, del resto, necessariamente collegato alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della donazione, risponde, di norma, ad un originario spirito di sistemazione, in occasione appunto dell'evento di "separazione consensuale" (laddove il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), di tutta quell'ampia serie di rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o, eventualmente, anche solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale".

¹⁹⁸ Parte della dottrina ritiene che l'accordo di procedere alla separazione, non incidendo su un rapporto giuridico avente il carattere della patrimonialità e avendo ad oggetto la sospensione o attenuazione del rapporto di coniugio, va annoverato tra i negozi giuridici bilaterali familiari, in quanto estraneo alla categoria dei contratti. In questo senso vedi G. BONILINI, *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992, p. 126; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1993, p. 208; F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1981, p. 353. Sulla questione vedi anche A. E. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 689; A. MORA, *La separazione consensuale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da

riconoscendone, in senso ampio, la natura negoziale, ne escludono la qualificazione in termini di contratto. Si dice che essi, poiché hanno contenuto non soltanto patrimoniale, ma anche personale, in quanto incidono in modo diretto sullo *status* dei coniugi, producono effetti patrimoniali solo eventuali e riflessi. Per questo non possono essere qualificati come accordi costitutivi di un rapporto giuridico ai sensi dell'art. 1321 c.c. Con esso si regolano non interessi contrapposti -come avviene nel contratto-, ma interessi univoci, nel senso di "comuni" alle parti interessate¹⁹⁹. L'accordo di separazione viene così definito come negozio bilaterale di natura personale, rientrante nella particolare categoria dei negozi familiari²⁰⁰.

Bonilini e Cattaneo, v. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 530; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, III, p. 101; G. DORIA, *Autonomia privata: e «causa» familiare*», cit. p. 120.

In giurisprudenza merita di essere ricordata la pronuncia della Corte di Cassazione che, in tema di simulazione dell'accordo di separazione (sentenza 20-11-2003, n. 17607) ha colto l'occasione per ribadire che "pur non potendosi dubitare della natura negoziale (quand'anche non contrattuale) dell'accordo che dà sostanza e fondamento alla separazione consensuale tra i coniugi, e pur non essendo ravvisabile, nell'atto di omologazione, una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti o di governo dell'autonomia dei coniugi, è da escludere l'impugnabilità per simulazione dell'accordo di separazione una volta omologato, giacché l'iniziativa processuale diretta ad acquisire l'omologazione, e quindi la condizione formale dei coniugi separati, con le conseguenti implicazioni giuridiche, si risolve in una iniziativa nel senso della efficacia della separazione che vale a superare il precedente accordo simulatorio, ponendosi in antitesi con esso, essendo logicamente insostenibile che i coniugi possano "disvolere" con detto accordo la condizione di separati ed al tempo stesso "volere" l'emissione di un provvedimento giudiziale destinato ad attribuire determinati effetti giuridici a detta condizione", in *Fam. e dir.* 2004, p. 473, con nota di G. CONTE, *I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione*.

¹⁹⁹ In questo senso vedi la nata datata sentenza della Corte di cassazione del 1978 (Cass. 25.9.1978, n. 4277 cit.). Per una ricognizione delle tesi dottrinali in materia vedi *Commentario breve al diritto di famiglia* di A. ZACCARIA, Milano 2011, sub art. 158 c.c.

²⁰⁰ C.M. BIANCA, in *Famiglia e successioni*, II, Milano 2001, p. 218, afferma che l'atto consensuale di separazione è un negozio giuridico bilaterale che però non rientra nella categoria del contratto poiché ha ad oggetto la sospensione del rapporto di matrimonio che non è un rapporto giuridico patrimoniale. Anche la Corte di Cassazione definisce in tal modo l'accordo di separazione in senso stretto: "In accordo con i postulati della concezione c.d. "privatistica" della separazione consensuale - a cui

Ma accanto all'accordo di separazione in senso stretto²⁰¹, sono ricorrenti, in concreto, fattispecie in cui l'accordo di separazione, in senso ampio, contiene dei veri e propri contratti tipici con cui i coniugi regolano in via definitiva il loro assetto patrimoniale, oppure dei contratti che, pur non riconducibili ad un tipo, rispondono alla più ampia funzione di sistemazione generale del patrimonio in occasione della crisi familiare.

Partendo dal presupposto oramai pacifico che le intese di separazione o divorzio sono atti negoziali, non sembra dubitabile che ad essi siano applicabili i principi generali del negozio, per il quale la legge richiede una volontà attuale e certa. All'atto negoziale di separazione consensuale si applicano le norme sui vizi del consenso²⁰² e quelle sulla capacità dei coniugi²⁰³. Se uno di essi è interdetto, la

favore militano tanto il tenore letterale dell'art. 158 c.c., comma 1, e art. 711 c.p.c., comma 4, quanto i limiti ai poteri di controllo del Giudice prefigurati dall'art. 158 c.c., comma 2, - questa Corte ha difatti ripetutamente affermato che l'accordo di separazione costituisce un atto di natura essenzialmente negoziale - più precisamente, un negozio giuridico bilaterale a carattere non contrattuale (in quanto privo, almeno nel suo nucleo centrale e salvo quanto appresso si dirà, del connotato della "patrimonialità") - rispetto al quale il provvedimento di omologazione si atteggia a mera condizione sospensiva (legale) di efficacia", in *Il Corriere Giuridico*, 2006, p. 757 con nota di V. CARBONE, *Famiglia - Revocatoria fallimentare: diritto di abitazione*.

²⁰¹ Che la Corte di Cassazione definisce "essenziale" (Cass. civ. Sez. I, 15-05-1997, n. 4306, in *Fam. e Dir.*, 1997, p. 417, su cui si tornerà in seguito).

²⁰² Cfr. Cass. civ. Sez. I, 04-09-2004, n. 17902, in *Vita Not.* 2005 p. 273. "Stante la natura negoziale dell'accordo che dà sostanza e fondamento alla separazione consensuale tra coniugi, e non essendo ravvisabile, nell'atto di omologazione, una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti, ma rappresentando la procedura ed il decreto di omologazione condizioni di efficacia del sottostante accordo tra i coniugi (salvo che per quanto riguarda i patti relativi all'affidamento ed al mantenimento dei figli minorenni, sui quali il giudice è dotato di un potere d'intervento più penetrante), deve ritenersi ammissibile l'azione di annullamento della separazione consensuale omologata per vizi della volontà, la cui esperibilità, non limitata alla materia contrattuale, ma estensibile ai negozi relativi a rapporti giuridici non patrimoniali, *genus* cui appartengono quelli di diritto familiare - presidia la validità del consenso come effetto del libero incontro della volontà della parti".

²⁰³ In dottrina vedi M.C. BIANCA, *op. cit.* p. 218.

La Corte di Cassazione ha precisato che l'impugnativa sui vizi della volontà segue il rito ordinario e non camerale: "In tema di separazione consensuale, la natura negoziale dell'accordo rende applicabili le norme generali che disciplinano la materia dei vizi della volontà e della simulazione, i quali, tuttavia, non sono deducibili attraverso il giudizio camerale ex artt.710-711 cod. proc. civ.; infatti, costituisce

separazione non può essere concordata dal rappresentante legale, in quanto atto personalissimo²⁰⁴; se posta in essere direttamente dall'interdetto è annullabile secondo la regola generale,²⁰⁵ mentre quella stipulata dal tutore sarebbe una convenzione inefficace²⁰⁶, esulando dal suo potere rappresentativo²⁰⁷.

presupposto del ricorso a detta procedura l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che la denuncia degli ipotetici vizi dell'accordo di separazione, ovvero della sua simulazione, resta rimessa al giudizio ordinario." (Cass. civ. Sez. I Sent., 20-03-2008, n. 7450, in *Mass. Giur. It.* 2008).

L'orientamento è confermato anche recentemente da Cass. civ. Sez. I, 21-03-2011, n. 6343, massima redazionale in *La legge plus IPSOA*, "La domanda di annullamento della separazione consensuale per vizi del consenso, proposta dal coniuge convenuto nel giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio, costituendo domanda riconvenzionale, deve essere proposta con la comparsa di risposta, pena la preclusione della medesima, ai sensi dell'art. 167 cod. proc. civ."

²⁰⁴ C.M. BIANCA, , *op. cit.* p. 218; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 225 ss.; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo, i problemi interpretativi*, Torino 1995, p. 16; A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano 1943, p. 109.

²⁰⁵ F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale*, in *Enc. Dir.*, p. 1381 ss., P. ZATTI, in *Tr. Rescigno*, cit. III, p. 192.

²⁰⁶ G. OBERTO (*I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 225 ss.) accoglie invece la tesi secondo cui nel potere rappresentativo del tutore rientra anche quello di rappresentare l'interdetto in un procedimento di separazione personale. Il dato normativo che dovrebbe far propendere per questa soluzione è l'art. 126 c.c. che prevede la pronuncia della separazione temporanea d'ufficio durante la pendenza del giudizio di nullità del matrimonio, quando uno o entrambi i coniugi sono interdetti. Secondo l'autore, quanto la tutela di un determinato diritto può essere attuata su istanza del Pubblico Ministero o d'ufficio, non si può più ricollegare detta tutela allo svolgimento di un'azione personale. A ciò si aggiunga che nel procedimento di separazione c'è una forte commistione tra aspetti personalissimi e aspetti patrimoniali, al punto che non può escludersi la legittimazione del tutore. La conclusione si fonda anche sulla considerazione, *a contrario*, che, se fosse vero che il tutore non può rappresentare l'interdetto nella separazione consensuale, lo si dovrebbe escludere anche per la separazione giudiziale e, in definitiva, si dovrebbe negare che l'interdetto possa separarsi, con palese violazione dell'art. 24 della Costituzione.

²⁰⁷ Discussa è anche l'applicabilità delle norme sulla simulazione all'accordo omologato. Sul punto vedi Sent. Cass. civ. Sez. I Sent., 20-03-2008, n. 7450, secondo cui "In tema di separazione consensuale, la natura negoziale dell'accordo rende applicabili le norme generali che disciplinano la materia dei vizi della volontà e della simulazione, i quali, tuttavia, non sono deducibili attraverso il giudizio camerale ex artt. 710-711 cod. proc. civ.; infatti, costituisce presupposto del ricorso a detta procedura l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che la denuncia degli ipotetici vizi dell'accordo di separazione, ovvero della sua simulazione, resta rimessa al giudizio ordinario", in *Mass. Giur. It.*, 2008, conforme a Cassazione Civile Sez. I Sentenza 20-11-2003 n. 17607, in *Mass. Giur. It.*, 2003.

Quanto alla forma, nel silenzio della legge, alcuni ritengono valido l'accordo di separazione anche espresso in forma orale direttamente al Presidente del tribunale che redige il verbale di separazione, cristallizzandolo così in forma scritta²⁰⁸, con possibilità che, quando non contenga alcuna disposizione sui diritti patrimoniali o personali e sui rapporti con i figli, i coniugi si accordino in tal senso in un momento successivo all'omologazione e ferma la possibilità di richiedere al giudice (ma con atto di citazione) di adottare i provvedimenti che ritiene necessari.²⁰⁹ Normalmente l'assetto dei rapporti dei coniugi viene però regolato integralmente nell'accordo scritto di separazione consensuale, inserito già nel ricorso introduttivo del giudizio o accolto nel verbale, dell'udienza presidenziale che può discostarsi in parte dal programma negoziale deciso dai coniugi nel momento della proposizione della domanda.

Quanto ai possibili contenuti, la giurisprudenza e la dottrina tendono a distinguerne uno essenziale -il consenso reciproco a vivere separati- ed uno eventuale²¹⁰, costituito dalle pattuizioni necessarie ed

In tal senso è orientata anche la giurisprudenza di merito. (Trib. Foggia Sez. I, 01-02-2012, massima redazionale in *La Legge Plus IPSOA*; Appello Bologna 7-5-2000, in *Giur. it.* 2000, I, p.66 ss.) In senso contrario vedi però Trib. Roma, 14-12-1998: "E' inammissibile la domanda di revoca del decreto di omologazione della separazione consensuale, avanzata da un coniuge sulla base dell'asserita simulazione dell'accordo di separazione omologato, giacché le norme in tema di simulazione dei contratti non sono applicabili ai negozi giuridici familiari, caratterizzati dalla rilevanza di diritti indisponibili e dal controllo dell'autorità giudiziaria", in *Famiglia e Diritto*, 2000, p. 60, con nota di M. SALA, *Simulazione dell'accordo di separazione consensuale?*

²⁰⁸ C.M. BIANCA, *op. cit.* p. 218.

²⁰⁹ C.M. BIANCA, *op. cit.* p. 219; F. TOMMASEO, *Commentario del diritto italiano della famiglia*, VI, Padova 1993, p. 589.

²¹⁰ In questo senso vedi per tutte Cass. civ. Sez. I, 15-05-1997, n. 4306 (in *Nuova Giur. Civ.*, 1999, I, p. 278, con nota di A. ZANUZZI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale*): "L'accordo di separazione ha un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati - ed un contenuto eventuale, costituito dalle pattuizioni necessarie ed opportune, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, a seconda della situazione familiare (affidamento dei figli; assegni di mantenimento; statuizioni economiche connesse). Nel contenuto eventuale dell'accordo di separazione rientra quindi ogni statuizione finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione,

opportune, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, a seconda della situazione familiare concreta. Pare corretto far rientrare nell'ambito del contenuto necessario dell'accordo anche le regole sull'affidamento e sul mantenimento dei figli. Se infatti mancasse o fosse carente il regolamento di tale ultimo aspetto, il giudice, in attuazione della sua funzione di controllo ed in funzione di garante del superiore interesse della prole, rifiuterebbe l'omologazione. In mancanza di un accordo dei coniugi, il tribunale esplicherebbe qui eccezionalmente un ruolo sostitutivo dell'autonomia privata dei coniugi. Nell'accordo di separazione quindi deve essere inserito necessariamente il regolamento relativo all'affidamento della prole, in conformità ai principi fissati dalla legge sull'affidamento condiviso (l. n. 54 del 2006)²¹¹.

Nella parte eventuale dell'accordo rientra, invece, ogni ulteriore clausola finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione, comprese quelle attinenti al godimento e alla titolarità del diritto di proprietà sul compendio familiare. Sono pertanto ammissibili atti di attribuzione patrimoniale da un coniuge all'altro concernenti beni mobili o immobili, che non risultano necessariamente collegati alla presenza di uno specifico corrispettivo e rispondono piuttosto ad uno spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento della separazione²¹². Si tratta di

comprese quelle attinenti al godimento ed alla proprietà dei beni, il cui nuovo assetto sia ritenuto dai coniugi stessi necessario in relazione all'accordo di separazione e che il tribunale - con l'omologazione - non abbia considerato in contrasto con interessi familiari prevalenti rispetto a quelli disponibili di ciascuno di essi".

²¹¹ G. DORIA, *op. cit.* p. 316, precisa che gli accordi riguardanti i figli sono intimamente ed indissolubilmente collegati alla volontà di *status* che non è proponibile senza adeguate determinazioni riguardanti i figli. Questo collegamento è molto stretto e anzi inscindibile, al punto che il provvedimento giudiziale di omologazione opera come condizione legale di efficacia sia per lo *status*, sia per le condizioni riferite ai figli.

²¹² La Corte di Cassazione ha espressamente individuato nello spirito di sistemazione generale dei rapporti patrimoniali fra coniugi in crisi, la giustificazione di tali attribuzioni patrimoniali. In questo senso vedi la decisiva sentenza, su cui si tornerà in seguito, Cass. Sez. III, 14-03-2006, n. 5473 (in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 3, 1, 371 nota di

accordi che, secondo le regole generali sui contratti, qualora comportino il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sui medesimi, sono suscettibili di revocatoria ordinaria *ex art.* 2901 c.c. e di revocatoria fallimentare ai sensi degli art. 67 e 69 L. fall²¹³. Non è di ostacolo a tali rimedi, né l'avvenuta omologazione, cui è estranea la funzione di tutela dei terzi creditori, né il fatto che tali pattuizioni siano

M. MARTINO) "Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della "donazione", e - tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all'*actio revocatoria* di cui all'art. 2901 c.c. - rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale". La pronuncia, su cui si tornerà per la ricostruzione causale della fattispecie, rappresenta un passaggio storico dell'evoluzione interpretativa in tema di causa del negozio della crisi familiare. La sentenza segue di poco una precedente pronuncia della Corte di Cassazione che nel 2004, in tema di revocatoria *ex art.* 2901 c.c., aveva qualificato allo stesso modo gli accordi di separazione tra coniugi (Cass. civ. Sez. I, 23-03-2004, n. 5741, in *Arch. Civ.*, 2004, p. 1026).

²¹³ In questo senso è pacifico l'orientamento della Corte di Cassazione. Per tutte vedi Cass. civ. Sez. III Sent., 13-05-2008, n. 11914 "È ammissibile l'azione revocatoria ordinaria del trasferimento immobiliare, effettuato da un coniuge in favore dell'altro, in ottemperanza ai patti assunti in sede di separazione consensuale omologata. In tale azione, la cognizione del giudice deve riguardare anche il contenuto obbligatorio degli accordi separativi, anche quando sia stato espressamente impugnato soltanto il contratto di cessione immobiliare", in *Mass. Giur. It.*, 2008.

Conforme anche la giurisprudenza di merito (Trib. Milano, 22-07-2010) "Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della "donazione", e - tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all'*actio revocatoria*" di cui all'art. 2901 c.c. - rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale" (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), il quale, sfuggendo - in quanto tale - da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di "donazione" vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto - quello della separazione personale - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua "tipicità" propria la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettivo onerosità piuttosto che di quella della "gratuità", in ragione dell'eventuale ricorrenza - o meno - nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale", in *Foro Padano*, 2011, 1, p. 174.

inscindibili rispetto al complesso delle altre condizioni di separazione, né infine la circostanza che l'atto sia convenuto in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento²¹⁴.

In generale, nelle diverse fattispecie prospettate ai tribunali di merito (dalla determinazione pattizia dell'assegno di mantenimento, alla costituzione o trasferimento di diritti reali, all'attribuzione in via consensuale dell'abitazione nella casa familiare) i giudici, in un'innunerevole serie di casi²¹⁵, hanno dimostrato di fare applicazione diretta delle norme in materia di contratti, anche senza ricorrere all'analogia, a cominciare dal principio generale dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.)²¹⁶, fino alle regole ermeneutiche di cui all'art. 1362 c.c.²¹⁷

²¹⁴ Sul rapporto tra accordo di separazione e provvedimento di omologazione si è detto a proposito delle condizioni della sua operatività e dei margini riservati al controllo giudiziale

²¹⁵ Si è evidenziato che nel "diritto vivente" l'interpretazione giurisprudenziale ha ampliato gli spazi di operatività delle norme contrattuali in questa materia al di là di ciò che la stessa dottrina aveva immaginato (G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., cap. XII, par. 10.).

Già dagli anni novanta molte sono le pronunce che argomentano in termini transazione a proposito di quelle intese volute a disciplinare una serie di rapporti sorti con il matrimonio e resi contenziosi con la crisi dello stesso "Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario (nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che ha ritenuto novativa e, quindi, non suscettibile di risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1976 c.c., la transazione con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista della separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti)", in *Nuova Giur. Civ.*, 1995, I, p. 882 nota di P.BUZZELLI.

²¹⁶ Su queste basi la Corte di Cassazione ha ammesso la validità di un contratto preliminare con il quale uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale, aveva promesso di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile, anche se tale sistemazione dei rapporti patrimoniali era avvenuta al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice in sede di omologa. Si tratta della nota sentenza della Corte di Cassazione 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p.922, cit.

²¹⁷ Anche in tema di attribuzione consensuale della casa coniugale vedi Cass. civ. Sez. I, 05-07-1988, n. 4420, in *Nuova Giur. Civ.*, 1989, I, p. 60 nota di M. DI NARDO.

In tema di scioglimento del matrimonio, la novità introdotta dalla Novella del 1987 sulla possibilità di proporre congiuntamente al tribunale le condizioni del divorzio, come si è detto, lungi dal configurare un'ipotesi di divorzio consensuale²¹⁸, sancisce l'introduzione della cosiddetta "privatizzazione" dei rapporti familiari nella fase della definitiva cessazione del matrimonio.

Una parte rilevante della dottrina afferma la natura negoziale dell'intesa posta a base della richiesta congiunta di divorzio, mettendo in evidenza il parallelismo rispetto all'accordo concluso tra coniugi separandi.²¹⁹ Effettivamente molti sono gli elementi che inducono a

²¹⁸ La dottrina maggioritaria, come si è visto, lo esclude evidenziando che l'effetto di divorzio si consegue non sulla base del mero consenso delle parti, ma per la sussistenza dei presupposti previsti dalla l. 898/70, la cui necessità non è stata eliminata dalla Novella, e la verifica della cui esistenza è espressamente imposta al giudice dalla legge (art. 4, 13° co., l. n. 898/70, come sostituito dall'art. 8, l. n. 74/87). In questo senso vedi L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, cit., p. 82; G. CATTANEO, *La nuova legge sul divorzio*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 230 ss.; F. CIPRIANI, *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. Dir. priv.* 1988, p. 419; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano 1991, p. 312 ss.; F. TOMMASEO, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova 1993, p. 260 ss.

Che non si possa parlare di una mera ratifica giudiziale dell'accordo consensuale di divorzio lo precisa N. LIPARI, *Note introduttive, Legge 6 marzo 1987, n. 74. Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove Leggi civili Commentate* 1987, p. 848 s.), "Mentre la mancata rispondenza delle condizioni concordate all'interesse dei figli legittima l'applicazione della procedura ordinaria di cui al comma 8° dell'art. 4, il difetto dei presupposti di legge giustifica l'integrale rigetto della domanda. Tale interpretazione risulta indirettamente confermata dal fatto che è stato rigettato un altro emendamento con il quale si mirava ad introdurre un meccanismo di mera ratifica giudiziale del consenso raggiunto fra i coniugi quando la coppia fosse priva di figli. In questa chiave non sembrano allora da condividere le osservazioni, autorevolmente prospettate a caldo, pochi giorni dopo la promulgazione della legge, e intese ad affermare l'introduzione nel nostro ordinamento di un modello di divorzio di segno consensualistico. Una attenta considerazione dell'*iter* di formazione della nuova legge rende avvertiti che siamo ancora lontani, nel nostro ordinamento, da un divorzio «all'americana», magari posto in essere d'intesa per esclusive ragioni di comune convenienza fiscale".

²¹⁹ Si sofferma particolarmente sul valore delle dichiarazioni di volontà dei coniugi nei procedimenti di separazione e di divorzio E. RUSSO, *Negoziio giuridico e dichiarazione di volontà relativi ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la Santa Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. fam. e pers.* 1989, p. 1079

concludere in questo senso. Si pensi al fatto che i coniugi propongono un'istanza congiunta con la compiuta indicazione delle condizioni di divorzio, nonché all'assenza di una fase istruttoria vera e propria²²⁰. In mancanza di prole minorenni, poi, va tenuto conto del fatto che il tribunale si deve limitare a verificare l'esistenza dei presupposti di legge.²²¹ Anche in presenza di figli, l'ambito discrezionale del giudice resta estremamente ridotto poiché, solo se le condizioni relative alla prole minorenni appaiono in contrasto con l'interesse di quest'ultima, il tribunale può rimettere la causa al giudice istruttore per la prosecuzione del giudizio. Da ciò si desume che, in questa procedura non contenziosa, il tribunale non può che emettere una sentenza conforme alle conclusioni delle parti. Se sono quindi i coniugi a determinare il concreto regolamento dei rapporti, non può essere negata la natura negoziale dell' accordo della domanda congiunta di divorzio. Autorevole dottrina ha infatti giustamente evidenziato che

ss., in particolare p. 1094 ss. In tema vedi anche L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna 1993, p.65.

²²⁰ Nella sentenza del Trib. Napoli 11.2.1988, in *Corr. Giur.*, 1988, p. 241, si evidenzia il limitato potere istruttorio e decisorio del giudice: "il tribunale deve limitarsi a valutare soltanto gli elementi e le prove precostituite, ma non può d'ufficio accertare fatti e circostanze, come nel caso di domanda fondata sulla mancata consumazione del matrimonio".

²²¹ In questo senso vedi E. RUSSO, *op. cit.*, p. 1094 ss., riassume la specificità del caso rilevando che "a) il punto 13 dell'art. 4 l. 1 dicembre 1970 n. 898 (così come risultante dall'art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74) stabilisce che la domanda *congiunta* di divorzio (scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio), purché indichi compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, è proposta con ricorso al Tribunale in camera di consiglio; b) questo procedimento esclude qualunque valutazione istruttoria o di merito sulla persistenza del matrimonio, perché inizia direttamente con la fase decisoria (camera di consiglio); c) il Tribunale si limita a « sentire » i coniugi (e non cerca di conciliarli); d) il Tribunale - quando non vi sono figli - si limita verificare « resistenza dei presupposti di legge »: « presupposti di legge » sono quei dati che consentono il divorzio (separazione omologata, decorso del termine di tre anni dalla comparizione davanti al Presidente del tribunale), non già le *valutazioni* sulla possibile persistenza del vincolo o sulla « *adeguatezza* » delle condizioni inerenti ai rapporti economici; e) questa conclusione risulta non solo dal testo letterale della norma, ma anche dal raffronto con la diversa espressione usata per la ipotesi che vi siano figli: in questo caso il Tribunale « valuta » la « rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli » operandosi pertanto una valutazione sulla volontà delle parti, che risulta sottoposta a controllo; peraltro, questa valutazione *non riguarda i rapporti tra i coniugi*, ma l'interesse (indisponibile) di terzi (i figli)".

“quando l'attività del giudice sia attività tecnicamente vincolata, ancorché nella forma della sentenza, può essere affermata la natura negoziale dell' accordo, costituendo la forma giudiziaria null'altro che un requisito di efficacia, oppure un accertamento costitutivo vincolato. In questi casi, il potere è attribuito alle parti, che esercitano tale potere nelle forme della autonomia negoziale; le parti esercitano, insomma, un potere proprio e senza concorrenza di altri poteri”²²².

Le conclusioni circa il carattere negoziale dell'accordo di divorzio su domanda congiunta trovano una significativa conferma nella giurisprudenza di merito. Si pensi ad esempio alle declaratorie di inammissibilità della domanda dei coniugi, quando uno di essi era affetto da evidente stato di assoluta incapacità naturale dovuta a infermità mentale²²³, o alle decisioni che hanno ritenuto possibile sostituire, mediante un procuratore di propria fiducia, la presenza personale delle parti all'udienza presidenziale, nel caso di loro impossibilità a comparire,²²⁴ oppure a quella decisione che ha attribuito prevalenza alla volontà dei coniugi diretta ad escludere la previsione della rivalutazione dell' assegno, rispetto alla regola fissata dall' art. 5, 7° co., l. div., come modificato dalla l. n. 74/87, norma ritenuta inapplicabile al caso del divorzio su domanda congiunta, sulla base

²²² E. RUSSO, *op. cit.*, p. 1094 ss.). L'autore evidenzia che, nelle ipotesi in cui l'autonomia negoziale è sottratta alle parti, perché viene attribuito un potere ad altri soggetti del rapporto, non può parlarsi di attività negoziale. Secondo questa prospettiva, provvedimenti riguardanti i figli non vengono presi nell'interesse dei genitori, bensì nell'interesse superiore ed esclusivo dei figli stessi; e si tratta di interessi di soggetti terzi, rispetto ai quali, già in ipotesi generale, il negozio non può produrre effetto (art. 1372, comma 2 c.c.). Di conseguenza, per quanto attiene ai rapporti riguardanti i figli -e solo in tal caso-la volontà dei coniugi degrada a mera proposta, o progetto di massima, o comunque ad atto avente rilevanza endoprocedimentale (fondato sull'esistenza della potestà dei genitori), e non può costituire atto negoziale per la mancanza del potere sostanziale di autonomia.

²²³ Cfr. Trib. Monza 23.4.1990, in *N. Giur. Civ. Comm.*, 1991, I, p. 84 ss., con nota di A. MORA, *Questioni in tema di domanda congiunta di divorzio*.

²²⁴ Trib. Verona 2.4.1988, in *Foro It.*, 1988, I, 2391, con nota di F.CIPRIANI, *Sull'audizione dei coniugi nel procedimento camerale di divorzio*.

dell'attribuzione della natura negoziale alla dichiarazione di volontà posta a base di tale procedimento²²⁵.

Attesa la natura di negozio familiare è difficile negare che l'accordo che contiene le condizioni di carattere patrimoniale abbiano natura contrattuale laddove siano volte a regolare gli aspetti economici della dissoluzione del matrimonio. Alcuni in dottrina parlano di veri propri contratti postmatrimoniali²²⁶, mentre la Suprema Corte ha ritenuto a maggior ragione applicabile agli accordi di divorzio la disposizione sui contratti in generale di cui all'art. 1322 c.c.²²⁷, nonché di quelle sulla loro interpretazione (art. 1362 ss. c.c.).²²⁸

²²⁵ Cfr. Trib. Monza 24.10.1988, in *Foro. It.*, 1989, I, p. 542: "l'art. 4, comma 13, l. 898/70 (come modificato dalla Novella) contiene una disciplina speciale, autonoma e compiuta, del c.d. divorzio consensuale, la quale, in linea di principio, si sottrae all'ambito di quella generale dettata per il giudizio ordinario di natura contenziosa. E tale sistematica autonomia non appare ristretta all'aspetto processuale del giudizio (diversa introduzione della domanda, omissione della fase preliminare del tentativo di conciliazione, trasformabilità del rito nell'ipotesi di conflitto con l'interesse della prole), se è vero che ai fini dell'accoglimento della domanda congiunta il Tribunale deve solo verificare i presupposti di legge per la pronuncia di divorzio e valutare la rispondenza sostanziale delle condizioni all'interesse dei figli, omettendo invece qualsiasi valutazione di meritevolezza su rapporti economici tra i coniugi (salva ovviamente l'ipotesi di accordi illeciti), sufficiente essendo il controllo che la domanda« indichi anche compiutamente le condizioni inerenti» a siffatti rapporti. Se, dunque, il regolamento predisposto dalle parti per definire l'assetto dei loro rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio si sottrae per testuale volontà di legge a qualsiasi sindacato di merito da parte del giudice (significativamente imposto invece a 'tutela della prole) e questa regola trova sufficiente giustificazione nel carattere negoziale del loro accordo e nella natura dispositiva del diritto in questione, non è profilabile alcun valido motivo per inserire d'ufficio nella sentenza emessa ex art. 4, comma 13, l. 898/70 una clausola prevista dall'art. 5, comma 7, con riguardo al diverso giudizio contenzioso".

²²⁶ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 700 ss.

²²⁷ Con sentenza n. 2088 del 02-02-2005, in *Mass. Giur. It.*, 2005, la Suprema Corte, in un procedimento per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ribadisce quanto più volte affermato circa il fatto che "l'adempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole, così come nei confronti del coniuge separato, può avvenire con l'attribuzione definitiva di beni, o con l'impegno ad effettuare detta attribuzione, piuttosto che attraverso una prestazione patrimoniale periodica, sulla base di accordi generalmente definiti come contratti atipici, distinti dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, volti a realizzare interessi meritevoli di tutela e costituenti espressioni di libera autonomia contrattuale, ai sensi dell'art. 1322 c.c."

²²⁸ La Corte di Cassazione, in tema di interpretazione degli accordi recepiti nella sentenza di divorzio ha colto l'occasione per rendere esplicito che "l'apprezzamento e

3.2. La causa delle attribuzioni tra coniugi. Impostazione del problema.

Tratteggiata la natura degli accordi con cui si definiscono gli aspetti della cessazione temporanea o definitiva del matrimonio, rilevata l'esistenza di un contenuto essenziale, resta questione centrale quella di individuare la giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali o della costituzione di diritti a favore dei soggetti della crisi, eventualmente pattuiti in sede processuale, al fine di verificarne in primo luogo la legittimità e, di seguito, la disciplina applicabile.

Prima di trattare la questione con specifico riferimento al tema degli accordi di definizione della patologia del rapporto matrimoniale, appare necessario soffermarsi brevemente sulla nozione di "causa" del contratto secondo l'elaborazione più recente della dottrina,²²⁹ per individuare in base a quali criteri è possibile cogliere il fondamento giuridico e quindi per qualificare e interpretare questi particolare tipi di atti.

E' noto che, in base ad una prima impostazione "oggettiva classica", la causa delle attribuzioni patrimoniali, considerata con riguardo alle singole prestazioni, era individuata nella controprestazione. In quest'ottica la causa dell'obbligazione del venditore era quindi il prezzo.

la valutazione dell'accordo medesimo ben possono essere effettuati in applicazione delle norme di cui agli artt. 1362 c.c. e segg., secondo il criterio prescelto dal giudice di merito del comportamento complessivo delle parti e della regola finale dell'art. 1371 c.c., consistente proprio nell'equo temperamento dei loro contrapposti interessi" (Cass. civ. Sez. III, 14-07-2003, n. 10978, in *Mass. Giur. It.*, 2003).

²²⁹ Il fatto che accanto alle diverse teorie sulla causa, si siano affermate anche dottrine anticausalistiche e che i problemi sulla sua definizione siano spesso di difficile soluzione, testimonia che la causa non è facilmente inquadrabile, come l'oggetto o la forma, nella sistematica degli elementi del negozio giuridico.

Si è evidenziato da autorevole dottrina (A. DI MAJO, voce *Causa*, *Enc. dir.* Treccani, Roma, 1990) che diversi sono i problemi connessi a quello della individuazione della causa: 1) Un primo problema è *interno* ad ogni economia di mercato e riguarda la connessione tra gli strumenti giuridici utilizzati e le esigenze dello scambio economico; 2) In secondo luogo la causa risponde alla esigenza di tutelare gli scopi che ciascun contraente persegue; 3) Infine la causa svolge una funzione di controllo sulla libertà contrattuale, rispondendo alla necessità che il fine particolare e intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica.

Secondo una prospettiva soggettiva, invece, essa coincideva con quello scopo ultimo che entra nel contratto come giustificazione che induce la parte a contrarre²³⁰.

Le teorie meno recenti, si sa, hanno visto nella causa "l'elemento giustificativo che rappresenta un minimo di socialità, rispetto all'autonomie dei soggetti privati"²³¹. Così essa era intesa, da un lato, come il punto di riferimento della volontà delle parti, dall'altro, come la base per la giustificazione sociale del contratto. In questa visione, essa si diceva coincidere con lo scopo tipico immanente, la ragione e "funzione economico-sociale" di ogni negozio, da non confondere con lo scopo individuale, che costituisce invece il motivo, quale impulso individuale che induce all'atto. Tale nozione valorizzava certamente l'aspetto oggettivo della causa a scapito però delle finalità perseguite dalle parti, ritenute non determinanti sotto il profilo causale. Intesa come criterio di meritevolezza degli atti di autonomia privata e come ragione in base alla quale l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica all'atto, la causa veniva quindi "oggettivizzata" e tenuta distinta dall'interesse pratico voluto dalla parte che ha dato il suo consenso. Su queste basi, essa finiva per identificarsi con l'utilità sociale dell'operazione negoziale²³². Per questo aspetto, si è detto che le dottrine tradizionali sulla causa riflettono una concezione ideologica tendente a privilegiare il dato sociale, rispetto al libero manifestarsi dell'autonomia privata.

Superata tale impostazione, che aveva portato ad una nozione di causa come mezzo di controllo dell'utilità sociale del contratto, cadeva anche l'idea di causa come schema tipico e astratto riconosciuto dall'ordinamento e veniva sostituita da quella di causa come "ragione

²³⁰ Per una ricognizione delle teorie sulla causa del contratto vedi C.M. BIANCA, in *Il contratto*, III, Milano 2001, p. 447 ss.

²³¹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1986, XXVIII ed. p.166.

²³² A questa impostazione non sono mancate le critiche di chi ha evidenziato il limite di non cogliere adeguatamente la rilevanza soggettiva dell'interesse concreto che determina la volontà privata. Per questa critica vedi E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960 pag. 173 ss.

concreta" del contratto²³³. In tal senso, ciò che va ricercato, al fine della meritevolezza degli interessi perseguiti (art. 1322 c.c.), è il "significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che sono entrate nel contratto"²³⁴. Su questo presupposto assumono fondamentale rilievo, nel procedimento di valutazione e di "controllo causale", gli interessi che, in concreto, le parti hanno inteso soddisfare attraverso la scelta di uno schema contrattuale²³⁵. La rilevanza di carattere essenzialmente pratico della causa ha condotto ad una diversa formulazione della sua nozione in termini di "funzione economico-individuale", intesa quale "funzione che il negozio ha per i soggetti che lo pongono in essere".²³⁶ Con questa impostazione, la ricerca di tale elemento essenziale del contratto²³⁷ passa attraverso due momenti

²³³ Che la tradizionale nozione di causa fosse insoddisfacente è ben evidenziato da C.M. BIANCA *op. cit.* pag. 452, il quale spiega che se il contratto corrisponde alla causa astrattamente determinata per ogni tipo di contratto, non è spiegabile come una vendita possa avere una causa illecita. La causa tipica inoltre non caratterizza tutti i contratti, perchè essa rimane estranea ai contratti atipici, a meno che non si voglia fare una operazione artificiosa consistente nel ricondurre tutti i contratti atipici agli schemi legali. Ma soprattutto, secondo questa obiezione, la nozione di causa tipica porta a trascurare la realtà specifica di ogni singolo contratto, cioè gli interessi reali concretamente perseguiti al di là del modello tipico adoperato. Superato il riferimento alla causa tipica, quale astratta funzione del negozio, è necessario esaminarne la ragione concreta.

²³⁴ Così C.M. BIANCA, *op. cit.* p. 453.

²³⁵ Anche se con argomentazioni diverse, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965, p. 167 e ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 278 e ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 61 e ss.; E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 904 e ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 182 e ss.

²³⁶ così G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 370. Sulla distinzione tra causa e tipo vedi anche G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 1497.

²³⁷ L'opzione tecnico-giuridica sottesa all'impostazione appena accennata è evidente e riveste straordinaria importanza nel processo di funzionalizzazione dei concetti giuridici alla realtà delle singole operazioni contrattuali: si intende evitare che la causa assuma una valenza meramente (od esclusivamente) interna del regolamento contrattuale, accentuando l'indagine diretta ad una valutazione complessiva - e non frammentaria - dell'intero regolamento negoziale. Il "problema" della causa è, infatti, un "problema" pratico che si pone in relazione a determinate situazioni specifiche, nelle quali è possibile affermare che la causa è atipica, ovvero illecita, od ancora inesistente. In tutte le ipotesi ove è possibile discutere di causa atipica (od atipicità causale), di causa inesistente (o inesistenza della causa) e di causa illecita (o illiceità della causa), ci si riferisce non già al tipo negoziale per sé (in quanto il tipo, per sé, non può dar luogo

distinti, quello conoscitivo e quello valutativo. Nella fase della conoscenza, viene in considerazione lo schema tipico voluto dalle parti²³⁸; in quello proprio della valutazione, viene in considerazione il negozio articolato in concreto, affinché l'interprete possa, attraverso un'operazione di confronto, individuare il fondamento causale e la disciplina da applicare nella specifica fattispecie. In questa comparazione spesso non vi è una perfetta coincidenza tra la disciplina del tipo e la disciplina del negozio. Il tipo schematizza una data operazione economica, "cristallizzando" l'assetto di interessi che normalmente essa è volta a realizzare. Ma oltre all'individuazione del tipo è necessario verificare se l'interesse perseguito concretamente sia meritevole di tutela.

Secondo questa teoria è evidente che la funzione economico-sociale, che per lungo tempo si è ritenuta essere la causa giustificatrice di ogni atto di autonomia privata, in realtà finisce con l'identificarsi con il tipo, quale strumento di riconoscimento dell'identità del meccanismo giuridico utilizzato dalle parti. E' abbastanza chiaro, su tali basi, che il problema della causa, in senso proprio, attiene più specificamente al momento valutativo del fenomeno giuridico, in cui possono entrare anche questioni di ordine ideologico, come il rapporto tra la sfera pubblica e quella privata.

In una tale nuova prospettiva in cui la causa deve rilevarsi in concreto²³⁹, diventa determinante l'esame complessivo e unitario dell'operazione economica nei suoi aspetti soggettivi e oggettivi²⁴⁰.

a tali fenomeni), ma al fatto negoziale come si presenta nella vita, nella storia, in rapporto con la situazione specifica, di fatto.

²³⁸ G.B. FERRI, *op. cit.* p. 348 precisa che ogni azione corrispondente ad un tipo è significante, perché l'ordinamento l'ha valutata attraverso una schematizzazione del sistema giuridico.

²³⁹ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.* pag. 452-453: "Abbandonato il riferimento alla causa tipica, quale astratta funzione del negozio, occorre riconoscere nella causa la ragione concreta del negozio. Solo tenendo conto della causa concreta che il contratto è diretto a realizzare, è possibile valutare la meritevolezza dell'interesse perseguito. Tale

L'idea della causa come funzione economico-individuale, che valorizza massimamente gli interessi soggettivamente intesi, rischia però di giungere al risultato opposto di trascurare gli elementi strutturali tradizionali. Si è giustamente sottolineato in dottrina che una accezione troppo ampia ed esclusivamente funzionale della causa, rischierebbe di diventare un inutile strumento operativo²⁴¹. Volendo

valutazione presuppone infatti che si sia accertato quale interesse o complesso di interessi stanno realmente alla base dell' operazione negoziale. Alla causa concreta occorre far riferimento per qualificare il contratto. E' la causa concreta che rileva quale criterio di interpretazione del contratto. E' la causa concreta, infine, che assume il ruolo di criterio di adeguamento del contratto. Solo in relazione all' interesse concreto perseguito dalle parti deve accertarsi se il rapporto possa sopravvivere ad una parziale nullità del contratto". L'autore evidenzia il fatto che tale nozione di causa trova riscontro anche in giurisprudenza (citando la sentenza della Corte Cass. 11 gennaio 1973 n. 63, in *Foro it*, I, 1085).

²⁴⁰ Tale momento valutativo porta all'individuazione di un elemento autonomo ed essenziale del negozio, che non si confonde con altri aspetti, come l'oggetto. Parte della dottrina invece non distingue tra causa e oggetto del contratto (M. GIORGIANNI, voce *Causa*, *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547, afferma ad esempio che la causa come funzione è desumibile dal contenuto del contratto).

La causa, come funzione economico-individuale, è necessariamente caratterizzata da sfumature soggettive. Sta infatti alla libera determinazione delle parti dare rilievo a degli interessi introducendo delle clausole (come quella condizionale) eventuali. Se è vero che, per valutare l'interesse come meritevole di tutela, è imprescindibile il dato oggettivo dell'operazione economica, è anche vero che la valutazione sarà tanto più concreta, quanto più verranno presi in considerazione i caratteri individuali della regola negoziale. Il risvolto più importante di questa concezione più ampia e concreta della causa, consiste nel ritenere la condizione elemento essenziale per l'individuazione e la realizzazione della funzione economico-individuale (e dunque incidente sulla causa), anche se non lo è anche se non lo è sul piano strutturale in quanto elemento accidentale. In dottrina il ruolo della condizione, come elemento di specificazione della causa, è stato evidenziato anche muovendo dalla prospettiva che considera il negozio come un sistema di clausole coordinate. Essa è una clausola che, deducendo un evento nel regolamento, governa l'interesse che il negozio intende perseguire. L'evento dedotto in condizione ha sempre valore causativo di un dato assetto, sia che si avveri, sia che venga a mancare.

Sul fatto che la condizione sia una clausola che incide sempre sulla causa, vedi FRAGALI. *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, in *Giust. Civ.* 1959. I. pag. 316.

²⁴¹ Una rielaborazione del concetto di causa che permette di coordinare il piano strutturale con quello funzionale, si deve alla ricostruzione di A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. Civ.* 1991, p. 229-255. L'Autore critica la posizione della dottrina più recente che attribuisce sempre maggior rilievo all'interesse che le parti intendono realizzare, fino

allora dare il giusto peso all'elemento dell'interesse, la nozione di causa deve essere ricercata come punto di equilibrio tra la struttura, da intendersi come regolamento programmato, e l'interesse contrattuale perseguito con ogni singola operazione economica. La causa è quindi un concetto di "relazione", il frutto di una "combinazione"²⁴², che partecipa sia della struttura, sia dell'interesse, ma che non può ridursi nè esclusivamente all'uno, nè esclusivamente all'altro. Sotto questo profilo, sono quindi incomplete le formule che, o valutano la causa muovendo dalla struttura, cioè dal meccanismo di prestazioni, situazioni soggettive, condizioni e quanto costituisce il materiale interno e obbiettivo dell'atto di regolamento, oppure si limitano alla sola considerazione degli interessi in gioco²⁴³. Dunque il giudizio di meritevolezza si fonda sulla valutazione della "funzione" dell'operazione negoziale in cui vengono in rilievo, da una parte, il

ad identificare la causa con l'interesse sotteso all'operazione. Secondo questa nuova prospettiva il contratto di donazione offre il banco di prova della insufficienza di uno strumento operativo che identifica l'elemento causale con l'interesse concretamente perseguito. Accogliendo, infatti, l'idea di questa coincidenza tra giustificazione causale e interesse, si dovrebbe concludere che lo spirito di liberalità, inteso quale interesse non patrimoniale del donante, svolge il ruolo di causa nella donazione. Ma allora riuscirebbe difficile distinguere dalla liberalità tipica, negozi quali la donazione indiretta o la liberalità d'uso in cui l'arricchimento e l'interesse non patrimoniale sarebbero pur sempre rintracciabili. Ci si chiede allora a che serva aver identificato la causa della donazione nell'interesse non patrimoniale del donante, seguito dall'arricchimento del destinatario, se poi questo insieme di elementi non è da solo sufficiente a distinguere la donazione da altri contratti. L'alternativa è tra il ritenere sufficiente la presenza di tali elementi per individuare la donazione, con la conseguenza inaccettabile che tanto i contratti gratuiti tipici quanto le "donazioni indirette" sono donazioni, e il ritenere che la combinazione di tali elementi non basti da sola ad identificare la donazione. Essendo la seconda alternativa la via da seguire, occorre predisporre un minimo di elementi di giudizio che siano in ogni caso *necessari e sufficienti* per effettuare questa qualifica. Sul punto vedi anche A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. Civ.*, 1976. p. 255-317.

²⁴² In questi termini è definito il concetto di causa come rapporto tra due grandezze, nel presupposto che il negozio è un fatto essenzialmente unitario, da A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, cit. p. 242-244. L'Autore precisa che "la questione della qualificazione causale non occupa l'area destinata ai problemi specifici della volontà e dell'oggetto, ma certamente deve risolversi tenendo conto del complesso degli elementi sostanziali del contratto individuando proprio il *rapporto* che si viene a creare tra interessi concreti da soddisfare e mezzi prescelti, nella loro configurazione pratica, prima ancora che giuridica".

²⁴³ A. CHECCHINI. *op. ult. cit.* p. 235.

meccanismo scelto dalle parti, dall'altra, gli obiettivi da realizzare mediante le pattuizioni. Si deve trattare di un'indagine approfondita, che valuti il negozio complessivamente, distinguendo tra gli interessi che determinano la causa, e gli interessi che ne rimangono estranei, relegati al piano dei motivi, dei quali pur tuttavia bisogna tener conto se si vuole ricostruire la concreta realtà giuridica che costituisce il sostrato dell'atto negoziale²⁴⁴.

Le prime conseguenze pratiche di questa nuova nozione di causa - come causa concreta- in cui gli elementi accidentali del contratto, come la condizione, sono elementi costanti di specificazione della stessa, non ha più senso una netta contrapposizione tra causa e motivi, o meglio vanno riformulati i termini di tale contrapposizione²⁴⁵. Senza voler soffermarsi in questa sede su quest'ultimo spinoso problema, basti dire che, nella considerazione della causa concreta²⁴⁶, anche il motivo, il fine

²⁴⁴ Sulla unitarietà della nozione di causa si sofferma anche C.M. BIANCA. *op. cit.* p. 455: "La nozione di causa quale ragione giustificativa del contratto ha superato la concezione analitica che ravvisava nella causa un requisito dell'obbligazione".

Quanto al "materiale" da valutare nel giudizio di controllo di meritevolezza, assume fondamentale importanza l'interesse convenzionalmente presupposto dalle parti per verificare se essa è congrua rispetto alla struttura negoziale usata. In questo caso, l'interesse non è più semplicemente uno scopo soggettivo proclamato, ma diventa parte del materiale negoziale da valutare e da qualificare. Si può dunque addivenire alla conclusione che la causa esiste se vi è un adeguato rapporto (cioè una congrua corrispondenza) tra strumento formale utilizzato e assetto di interessi perseguito (in questo senso A. CHECCHINI. *op. ult. cit.* p. 245 - n. 67).

²⁴⁵ Avrebbe senso solo quando la nozione di causa restasse ancorata alla accezione oggettiva e funzionale di giustificazione economico-sociale, e quando il motivo si identifica come una forza effettiva o rappresentazione intellettuale, che, influenzando sulla volontà, spinge a compiere un determinato atto negoziale, ma restando relegato al mondo pregiudiziale, è da considerarsi irrilevante.

²⁴⁶ In aderenza alla tesi della causa concreta come rapporto tra interessi e struttura precettiva si articola la teoria della causa come funzione intesa come rapporto tra funzione tipica del modello negoziale scelto dalle parti e significato concreto dell'operazione negoziale. In questo senso vedi G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, p. 202: "A nostro modo di vedere, è possibile instaurare un rapporto tra le due accezioni di causa (quella tipica e quella concreta) che consenta di rilevarne le molteplici interazioni, pur mantenendo distinti gli ambiti in cui esse operano in modo esclusivo. Intesa dunque la prima come rapporto (astratto) tra uno schema strutturale e un modello teorico di assetto di interessi, e la seconda come relazione (concreta) tra una struttura precettiva ed un assetto di interessi storicamente individuati, è indubbio che una prima serie di interferenze potrà riscontrarsi proprio sul piano della qualificazione tipologica. Ma in

ulteriore, diventano materiale valutabile, a determinate condizioni, in relazione alla complessiva operazione economica voluta dalle parti²⁴⁷.

In applicazione delle considerazioni generali di cui sopra, nell'individuazione della causa delle attribuzioni patrimoniali fra coniugi in sede di separazione, il "materiale valutabile" sarà costituito, da un lato, dagli schemi negoziali preferiti dai coniugi (perché più idonei), dall'altro, dai particolari interessi in discussione, tenuto conto del contesto processuale in cui essi vengono attuati e garantiti. In questa valutazione bisogna quindi partire dal dato innegabile che i negozi della crisi familiare realizzano la funzione *a)* di riorganizzare il patrimonio in modo che non venga meno la solidarietà familiare anche nella fase patologica; *b)* di assicurare che il nuovo equilibrio non pregiudichi i diritti dei soggetti che l'ordinamento tutela in via prevalente; *c)* di evitare l'intervento sostitutivo dell'autorità giudiziaria.

La tipologia di atti che realizza lo scopo è molto varia. Si danno infatti accordi che contemplano trasferimenti immobiliari dall'uno all'altro coniuge, anche reciproci, o a favore dei figli, impegni di cessione di beni entro un termine o al realizzarsi di una certa condizione; scioglimenti di comunioni ordinarie sugli immobili, sia con veri e propri atti divisorii, sia mediante cessione incrociata di quote. Nell'intento di far cessare lo

quest'ambito, qualora si proceda al confronto tra lo schema adottato e la concreta finalità dell'operazione posta in essere, si potrà riscontrare che il rapporto tra schema tipico e causa concreta opera, per così dire, in due direzioni opposte: non solo rivelando la capacità individualizzante della causa, ma confermando, altresì, il rilievo funzionale del (ricorso al) tipo". L'Autore applicando tale nozione al tema della condizione ("congegno" idoneo a selezionare gli interessi rilevanti) si chiede in quali casi il condizionamento possa alterare la causa concreta e si propone di valutare il ruolo assunto dal condizionamento sul piano della funzione.

²⁴⁷ Sul rapporto tra causa e motivo vedi E. ROPPO. *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, *Foro it.* 1971. I. 2377, il quale sostiene che bisogna considerare, da un lato, la causa, intesa obiettivamente come tipica funzione economico sociale del negozio, cui si affida la funzione di controllare se le iniziative contrattuali urtino contro i principi politici, economici e sociali dell'ordinamento, sanzionandone eventualmente la illiceità. Dall'altro, la ragione giustificativa del contratto, più ampia e articolata della funzione, col compito di riassumere e attribuire rilevanza a tutti gli interessi (cioè a tutti gli scopi pratici perseguiti dalle parti) la cui considerazione è necessaria per garantire che l'esecuzione del regolamento pattizio sia coerente ai programmi dell'autonomia privata e non finisca per deluderne le aspettative.

svolgimento in comune di un'attività d'impresa, non è raro che in sede di separazione vengano stipulati accordi che contemplano la cessazione del rapporto di partecipazione di un coniuge all'impresa familiare di cui all'art. 230 *bis* c.c. In tal caso la volontà deve essere indicata espressamente negli atti processuali, non essendo affatto l'intervenuta separazione legale causa automatica di cessazione dell'impresa familiare²⁴⁸. Per lo stesso motivo, poiché lo stato di separazione non determina automaticamente la cessazione del fondo patrimoniale²⁴⁹, è

²⁴⁸ L'orientamento prevalente della Corte di Cassazione sul punto è in questo senso e viene confermato anche dai giudici di merito. Quanto all'insegnamento della Suprema Corte vedi Cass. civ. Sez. lavoro, 22-05-1991, n. 5741 secondo cui: "La configurabilità di un'impresa familiare ai sensi dell'art. 230 *bis*, c. c., ove sussiste il presupposto dell'esistenza di un'attività imprenditoriale nella famiglia, non può essere esclusa per il fatto che l'attività di lavoro continuativamente svolta dal coniuge sia stata diretta a soddisfare le esigenze domestiche e personali della famiglia, avendo tale attività rilievo come adempimento di obbligazioni attinenti all'impresa in una sorta di divisione del lavoro o distribuzione dei compiti, o per il fatto che la stessa attività (utile, sia pure mediamente, ai fini della impresa) coincida con quella oggetto di uno degli obblighi o dei doveri di cui agli art. 143 e 147 c. c., restando altresì escluso che la separazione personale dei coniugi costituisca di per sé causa del venir meno dell'impresa familiare ove la separazione stessa non abbia comportato la cessazione dello svolgimento dell'attività lavorativa predetta", in *Fisco*, 1991, p. 5954. La tesi è ben delineata anche da Trib. Ivrea Sez. lavoro, 24-06-2005: "L'intervenuta separazione personale tra i coniugi non comporta, *ipso iure*" ed in assenza di qualunque altro accertamento di fatto sulle diverse modalità di concreto svolgimento dell'attività professionale, l'automatica cessazione dell'impresa familiare già esistente tra i coniugi stessi", in *Fam. e Dir.*, 2006, 1, p. 68 nota di M. MARTINO, *Separazione personale tra cessazione e scioglimento del rapporto di impresa familiare*. L'Autore rileva che Il Tribunale di Ivrea si conforma ad un diffuso orientamento giurisprudenziale e dottrinale, secondo il quale la separazione personale, salvo che determini di fatto una modifica dell'attività lavorativa rilevante *ex art. 230 bis* c.c., non è idonea a determinare lo scioglimento del rapporto di impresa familiare, poiché lascia impregiudicato il requisito, di carattere soggettivo, richiesto dalla norma. Il "titolo dei diritti del collaboratore familiare" dipende infatti dal sussistere di "due elementi costitutivi: il rapporto di parentela o affinità e la prestazione di lavoro." Ai due elementi in parola deve costantemente farsi riferimento anche nella prospettiva della estinzione, o mancata costituzione, del titolo medesimo. Il commentatore evidenzia tuttavia, come lo stesso Tribunale di Ivrea, che altre pronunce hanno deciso in senso difforme, sulla base essenzialmente di due argomenti: il venire meno della comunione di tetto e di mensa, su cui si fonderebbe l'impresa familiare, (che è poi l'argomento fatto proprio dall'INPS nel caso di specie), e la possibilità di applicare anche in via analogica l'art. 2272 n. 2 c.c., il quale prevede lo scioglimento della società semplice per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.

²⁴⁹ Ai sensi dell'art. 171, primo comma c.c., l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio determinano la cessazione del fondo

possibile che i coniugi nel procedimento *ex art. 158 c.c.*, prevedano una "diversa distribuzione" della titolarità dei beni costituiti in fondo patrimoniale (ad esempio ad uno solo di essi, o tutto al terzo disponente)²⁵⁰. Con tali atti di disposizione le parti mirano a raggiungere un nuovo assetto patrimoniale che sarà tanto più stabile quanto più esso sarà rispettoso di tutti gli interessi dei soggetti interessati, con l'utilità pratica -perseguita fortemente dai coniugi- di non dover tornare necessariamente sulle questioni risolte. E proprio nell'ottica di ridurre al minimo i loro rapporti futuri, i coniugi ricorrono spesso ad un'altra categoria di negozi, quelli di natura che sembrano ricalcare lo schema della transazione, nel presupposto di un contenzioso dichiaratamente sorto tra le parti, da definire, o di una situazione potenzialmente litigiosa, da prevenire. Si riconducono a tale tipologia di atti anche semplici dichiarazioni di scienza in ordine alla sistemazione dei rapporti economici tra le parti coinvolte oppure, in qualche caso, vere e proprie rinunce²⁵¹.

patrimoniale. Il legislatore ancora cioè il permanere del vincolo di destinazione al vincolo matrimoniale. Si ritiene per lo più che la previsione della norma contenga un'elencazione tassativa, con la conseguenza che la separazione personale, la quale non incide sull'esistenza del vincolo matrimoniale, non determina la cessazione del fondo. In questo senso vedi R. QUADRI, voce *Fondo patrimoniale*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1988; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, III, Milano, 1996, p.129. E' di questo avviso anche la giurisprudenza di merito, Trib. Savona (Decr.), 24-04-2003 secondo cui "La separazione personale dei coniugi non produce lo scioglimento del fondo patrimoniale", in *Fam. e Dir.*, 2004, p. 67 con nota di M. CAPECCHI, *I limiti allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*. Nel senso che invece la separazione faccia cessare automaticamente il fondo vedi G. CIAN - G. CASAROTTO, voce *Fondo patrimoniale della Famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. III, Torino, 1983, p. 838.

²⁵⁰ La diversa "distribuzione" della titolarità dei beni costituiti in fondo non incide sul profilo funzionale dell'atto costitutivo del fondo e quindi sulla permanenza del vincolo di destinazione. Sul punto vedi R. QUADRI, voce *Fondo patrimoniale*, *cit.*, sub *Titolarità dei beni ed effetto di destinazione*.

²⁵¹ Sulle diverse tipologie di accordi della crisi coniugale vedi G. VILLANACCI, *La separazione non giudiziale*, Torino, 2001, 86-87. "La realtà ci mostra come i coniugi inseriscano sempre più frequentemente nell'accordo di separazione, oltre alle clausole relative al mantenimento dei coniugi e all'affidamento dei figli, negozi giuridici dal contenuto più vario, spesso veri e propri contratti che hanno lo scopo di definire in maniera puntuale singoli rapporti con il coniuge o con i figli: promesse di trasferimento, ma anche trasferimenti effettivi di proprietà o di altri diritti reali su beni

Oggetto di particolare interesse, nel regolamento della crisi familiare, è anche l'uso dell'immobile adibito a residenza familiare. Oltre all'ipotesi di un trasferimento del bene a favore di un coniuge (ad esempio in considerazione della sua qualità di genitore co-affidatario presso la cui abitazione viene fissata quella prevalente dei minori) sono usuali accordi attributivi ad un coniuge di un diritto reale o personale di abitazione anche nella forma dell'assegnazione consensuale di cui all'art. 154, *quater* c.c.²⁵² Nei casi in cui poi la casa coniugale costituisca l'unico patrimonio immobiliare della famiglia e di dimensioni tali da soddisfare alle esigenze abitative di tutti i soggetti della famiglia in crisi, si ritengono ammissibili convenzioni che dispongono di un'assegnazione parziale della casa coniugale²⁵³.

Per concludere, nella rassegna dei possibili atti di natura patrimoniale recepibili (e nell'esperienza giurisprudenziale in effetti concretamente recepiti) nel verbale di separazione consensuale omologato, vanno menzionati anche quegli accordi che vincolano beni al soddisfacimento di determinati interessi sorti con la dissoluzione dell'unità familiare, imprimendo ad un compendio immobiliare un vincolo di destinazione

immobili o mobili. Gli intenti, le modalità e i contenuti possono essere i più diversi: l'adempimento dell'obbligazione di mantenimento; il riconoscimento di pretese economiche avanzate da un coniuge nei confronti dell'altro; il risarcimento del danno (...) o, più semplicemente, l'individuazione di un assetto economico che favorisca il raggiungimento di un accordo, evitando una separazione giudiziale".

²⁵² Sulla particolarità di questo diritto e sui presupposti di una sua costituzione *ope iudicis* si tornerà in seguito.

²⁵³ La giurisprudenza ha da tempo preso in considerazione la possibilità di un'assegnazione solo parziale della casa familiare in tutte quelle situazioni in cui la divisione dell'immobile sia agevole ed i rapporti tra i coniugi o genitori siano tali da garantire e preservare l'interesse dei figli. Di fatto, però, solo raramente tali condizioni sussistono. Sul punto si vedano le pronunce sia di merito, sia di legittimità che, pur confermando la possibilità di un'assegnazione parziale della casa coniugale, ribadiscono i presupposti restrittivi indispensabili per una tale possibile applicazione dell'istituto dell'art. 155 *quater* c.c.: "va respinta l'istanza di assegnazione parziale della casa familiare quando l'incapacità dei coniugi di dialogare e di controllare le proprie reazioni emotive, sconsiglia che essi vivano vicini..." (Corte d'Appello di Cagliari, 26 marzo 2011, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2011, 6, p. 471); "l'assegnazione parziale della casa familiare non può essere disposta laddove il giudice ritenga che la prospettata divisione dell'immobile possa recare disagio psicologico al figlio della coppia per il mutamento della sua condizione abitativa..." (Corte di Cassazione Civile, sezione I, sentenza 18 Giugno 2008, n. 16593 in *Fam. e dir.*, 2008, 12, p. 106).

nelle forme previste dal codice civile (art. 2645 *ter* c.c.) o ricorrendo alle molteplici applicazioni dell'istituto del *trust* ²⁵⁴, di cui si dirà in seguito.

Rispetto ai meccanismi strutturali scelti dalle parti si tratta ora di capire come impostare il problema della causa (concreta) di tali operazioni negoziali, se essa sia da intendersi come causa autonoma di singole operazioni o come causa unitaria di un'operazione più complessa. Secondo la nostra impostazione, lo studio dello schema deve contemporaneamente prendere in considerazione gli interessi in gioco che, nel caso specifico della separazione e del divorzio, hanno una loro portata particolare. In generale, l'interesse dei coniugi è quello di trovare una sistemazione tendenzialmente definitiva delle proprie risorse economiche, che valga a risolvere una volta per tutte²⁵⁵ e in tempi brevi, pretese e aspettative potenzialmente prospettabili al tribunale in forma contenziosa secondo i tempi del giudizio ordinario. In particolare, le ragioni giustificative degli accordi ricomprendono "intenti divisori del patrimonio comune, di mantenimento del coniuge debole, istanze restitutorie di arricchimenti, risarcitorie di pregiudizi, remuneratorie di prestazioni rese o compensative di contributi dati allo svolgimento della vita in comune."²⁵⁶

Nel tentativo di applicare alla fattispecie la nozione di causa, intesa come rapporto tra programma negoziale e scopo concreto perseguito, si si può verificare l'emersione di interessi che si potrebbero definire "tipici della crisi coniugale", materiale quindi "tipicamente valutabile"

²⁵⁴ Nel corso dell'ulteriore sviluppo di questa ricerca, è interessante individuare le diverse possibilità

²⁵⁵ Sulla varietà degli interessi sottesi alle attribuzioni in sede di separazione si sofferma P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita Not.*, 1993, p. 1048 ss. Secondo l'Autore la separazione determina l'insorgere di svariati interessi dei coniugi, aventi natura anche non patrimoniale, ma la causa non si identifica con tali interessi o con la loro sistemazione. Lo strumento scelto dalle parti (attribuzione del bene) per soddisfare il loro interesse troverebbe legittimazione per l'ordinamento giuridico dal fatto che il negozio è stipulato "perché i coniugi si separano".

²⁵⁶ In questo senso vedi G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 243 ss.

ai fini della giustificazione concreta ed individuale dell'operazione negoziale²⁵⁷. Spingendosi per questa strada a cogliere la "funzione" di tali atti, è da tener presente un'altra loro caratteristica specifica che è quella del contesto in cui essi vengono concepiti, ovvero quella della chiusura di un rapporto e della creazione di un nuovo bilanciamento di interessi, su basi non totalmente disponibili. A ciò si aggiunga che, soprattutto laddove il patrimonio familiare è cospicuo e l'adempimento degli obblighi conseguenti alla separazione e al divorzio comporti attribuzioni economicamente rilevanti, l'operazione negoziale complessiva di "assestamento" si articola non in un unico atto ma in una serie di contratti e atti che, pur avendo una loro autonomia strutturale, realizzano una funzione unitariamente intesa²⁵⁸. La pluralità di strumenti utilizzati, evidenzia, sotto il profilo funzionale, il fatto che tutti questi atti, in combinazione tra loro, realizzano un fine ulteriore, quello di creare un assetto stabile, da non ridiscutere in futuro (salva naturalmente l'operatività della clausola implicita *rebus sic stantibus*). E se ciò avvenisse, anche per una sola parte, tornerebbero in discussione tutte le attribuzioni che hanno partecipato alla creazione di questo nuovo equilibrio patrimoniale²⁵⁹.

²⁵⁷ Per usare un'espressione particolarmente brillante, si tratta di interessi certamente idonei a "colorare" -tipicamente- (si aggiunge) la struttura semplice del tipo negoziale posto in essere dai coniugi. è di A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti*, cit. p. 254.

²⁵⁸ In concreto, ad esempio, i coniugi pattuiscono l'assegnazione convenzionale della casa coniugale ad uno di loro e, tenuto conto del peso economico di tale attribuzione, stabiliscono che l'assegnatario ceda le sue partecipazioni societarie all'altro, senza che alcun vincolo di corrispettività sia reso esplicito. Inoltre, per evitare ogni forma di collaborazione o gestione comune "coatta" di un'attività economica, stabiliscono uno scioglimento dell'impresa familiare rispetto ad un coniuge partecipante, al quale, magari, in considerazione di un suo apporto lavorativo assolutamente prevalente, viene ceduta la quota di proprietà dell'altro coniuge, divenendo unico titolare.

²⁵⁹ Si pensi all'ipotesi in cui un coniuge chieda la revisione dell'accordo sul punto dell'assegnazione della casa coniugale. Se, nell'accordo generale, il valore di tale attribuzione costituiva il presupposto di altre "contro-attribuzioni", difficile pensare ad una modifica che riguardi solo la casa, senza che ciò vada ad intaccare altri aspetti economici della sistemazione patrimoniale (ad esempio l'entità di un contributo per il mantenimento che aumenterà a favore del coniuge che dovesse perdere l'assegnazione o che diminuirà se dovesse acquisire il godimento della casa). Ancora,

Questo quadro evoca la figura giuridica del "collegamento funzionale" tra contratti, nozione, sulla quale in questa sede non si vuole indugiare, che però sembra descrivere esattamente la fattispecie, anche se dietro la nozione di "collegamento", si sa, si nascondono diverse definizioni e una serie di situazioni variamente interpretabili. Nella sua essenza fondamentale il collegamento negoziale, tuttavia, dà rilievo alla funzione, allo scopo pratico che le parti intendono realizzare con l'impiego di distinti (ma collegati) schemi contrattuali²⁶⁰. Sulla traccia dell'evoluzione dottrinale in materia, accogliamo l'idea che il collegamento negoziale deve intendersi fondato, da un lato, sull'elemento soggettivo della volontà delle parti (l'intento negoziale o *animus colligandi*), dall'altro, sull'elemento oggettivo della funzione complessa in relazione all'assetto degli interessi, al loro nesso economico o teleologico²⁶¹. Nel caso in esame, appaiono ricorrere sia gli indici di natura soggettiva, sia quelli di natura oggettiva per cogliere quell'unità funzionale, che, a fini pratici, diventa strumento utilizzabile ai fini

ci si chiede cosa ne sia di un trasferimento immobiliare giustificato dalla separazione quando i coniugi si riconcilino e venga meno quindi il presupposto dell'attribuzione. Sulla rilevanza economica dell'assegnazione della casa familiare rispetto ai complessivi rapporti patrimoniali tra coniugi, nella valutazione giudiziale, la quale ha la funzione di attuare l'equilibrio patrimoniale tra i consorti, vedi E. ANDREOLA, *Oneri tributari e pesi economici connessi all'assegnazione della casa familiare*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, p. 941.

²⁶⁰ L'attenzione si sposta così dalla struttura alla funzione dei contratti. In questo senso vedi G. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova Giur. Civ. comm.* 1986, p. 256 ss. L'autore avverte però che l'indagine sul collegamento negoziale non può dare eccessivo rilievo all'elemento soggettivo volontaristico dell'*animus colligandi*. Il problema del collegamento funzionale tra contratti "molto più realisticamente dovrebbe vertere sulla ricerca del complessivo assetto di interessi perseguito dalle parti; una ricerca orientata sia al fine di verificare la compatibilità del regolamento residuo con il significato economico attribuito dai contraenti all'intero affare (problemi di risoluzione, di inadempimento, di nullità parziale) sia al fine di verificare la compatibilità del regolamento predisposto con i valori fondamentali accolti e inderogabilmente imposti alla osservanza dell'autonomia privata (problemi di validità)".

Sulla rilevanza del collegamento tra negozi ai fini della identificazione della causa, vedi A. CHECCHINI, *Collegamento tra negozi a prestazioni corrispettive e nullità per mancanza di causa*, in *Il Fisco*, 2006, p. 19.

²⁶¹ Si sofferma sugli indici di natura soggettiva e oggettiva del collegamento funzionale in relazione alle diverse teorie dottrinali C. COLOMBO, voce *Contratti collegati*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1988.

interpretativi dell'operazione negoziale nel suo insieme, anche quando l'interdipendenza o lo stretto legame tra i singoli atti non sia rilevabile da una clausola *ad hoc*²⁶². Poiché è noto che il fondamento giuridico della rilevanza del collegamento funzionale tra contratti è il potere di autodeterminazione dei privati e che l'autonomia negoziale non si estrinseca solo nelle strutture semplici ma anche in quelle complesse, mediante combinazione di più negozi, funzionalmente legati²⁶³, la crisi del matrimonio sembra un campo in cui il collegamento negoziale può trovare ampi spazi di applicazione. Qui la "combinazione" esiste a doppio titolo, infatti i contratti della crisi coniugale, da un lato, sono collegati all'accordo-base di volersi separare (o divorziare), dall'altro, sono concatenati tra di loro con le conseguenze sulla disciplina e sugli effetti tutte da verificare.

La precisazione in tali termini giova, a nostro avviso, alla ricostruzione del profilo causale delle intese tra coniugi che si separano o divorziano. Resta da capire se, a questo punto, sia legittimo parlare di una "causa comune" a tutti i singoli meccanismi strutturali scelti dalle parti o se questi ultimi conservino una causa autonoma. Il problema è

²⁶² La giurisprudenza accede recentemente ad una nozione di collegamento funzionale in cui concorrono gli elementi soggettivi e oggettivi della fattispecie: "Nel caso di negozi collegati, il collegamento deve ritenersi meramente occasionale quando le singole dichiarazioni, strutturalmente e funzionalmente autonome, siano solo casualmente riunite, mantenendo l'individualità propria di ciascun tipo negoziale in cui esse si inquadrano, sicché la loro unione non influenza la disciplina dei singoli negozi in cui si sostanziano; il collegamento è, invece, funzionale quando i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia negoziale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia. Ai fini della qualificazione giuridica della situazione negoziale, per accertare l'esistenza, l'entità, la natura le modalità e le conseguenze di un collegamento funzionale tra negozi realizzato dalle parti occorre un accertamento del giudice di merito che passi attraverso l'interpretazione della volontà contrattuale e che, se condotto nel rispetto dei criteri di logica ermeneutica e di corretto apprezzamento delle risultanze di fatto, si sottrae al sindacato di legittimità" (Cass. civ. Sez. II, 27-03-2007, n. 7524, in *Contratti*, 2008, 2, p. 132 nota di E. BATTELLI).

²⁶³ In questo senso C. COLOMBO, *op. cit.*

aperto ma sembra che, se la causa si identifica con la funzione del contratto -come rapporto tra struttura e interessi- non si possa prescindere, nella fattispecie della crisi coniugale, da una base di valutazione più complessa ed articolata aggregata da un interesse "unitario e comune" che rende le singole pattuizioni interdipendenti e legate dal presupposto unico della volontà di far cessare temporaneamente o definitivamente il rapporto di coniugio.

3.3. Le possibili qualificazioni secondo gli schemi tradizionali e la teoria della "causa familiare".

Sulla questione centrale e decisiva che riguarda la qualificazione degli accordi conclusi tra i coniugi nella fase patologica del matrimonio numerosi sono i contributi dottrinali e giurisprudenziali. Essi, pur con esiti diversi, muovono dalla consapevolezza che l'indagine si svolge in un ambito operativo in cui "si intrecciano, in un viluppo indissolubile, ragioni patrimoniali, ragioni personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da rapporti pregressi"²⁶⁴.

Se dall'esame delle varie proposte ricostruttive è possibile cogliere, come vedremo, un indirizzo predominante, resta aperto il problema dell'ammissibilità e, in definitiva, dell'utilità operativa di una classificazione unitaria dei "negozi della crisi familiare"²⁶⁵.

²⁶⁴ In questo senso vedi G. DORIA. *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. di fam. e pers. cit.*, p.219.

²⁶⁵ Le soluzioni offerte non consentono di elaborare una qualificazione sotto il profilo causale tale da poter effettuare un inquadramento sistematico delle operazioni negoziali in esame. Quell'intento ulteriore, comune ai contraenti, che attiene alla specifica esigenza di creare un equilibrio -nella crisi- per definire un rapporto di durata, resta sempre sullo sfondo. Si è evidenziato correttamente che detto "intento ulteriore" rappresenta una "componente caratterizzante l'elemento causale, in ogni caso intimamente correlata all'interesse specifico concreto perseguito dalle parti, attesa la peculiare finalità dell'atto di trasferimento, che resta, comunque, differenziato dall'atteggiamento meramente soggettivo che può assurgere, invece, al più, a riserva mentale, non giuridicamente rilevante, così come si assume dai principi generali di

Secondo un orientamento giurisprudenziale di merito risalente, la causa caratterizzante tali accordi sarebbe quella della donazione²⁶⁶. Tale qualificazione però, come pretesa giustificazione generale dei negozi di trasferimento nella separazione e divorzio, si presenta immediatamente ed evidentemente fallace sotto il profilo della ricorrenza dell'*animus donandi* inteso, secondo l'accezione classica, come spontanea volontà di arricchire depauperandosi. Proprio per la carenza, nella specie, di tale indefettibile elemento, unanime è stata la tendenza in dottrina²⁶⁷ e in

diritto. In altri termini, è bene evidenziare che nei casi *de quibus* non sempre la distinzione tra causa e motivi è così netta ed evidente, ove non ci si limiti a considerare la causa come un concetto giuridico immanente ed oggettivo, ma si abbia riguardo ai concreti interessi perseguiti dai contraenti" (V. BARBALUCCA, P. GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano 2012, p. 78).

Le difficoltà di individuare un unico modello operativo e al tempo stesso di valutare adeguatamente tutti gli elementi della fattispecie ha indotto i giudici ad argomentare in termini di atipicità dell'elemento causale di tali contratti, facendo ricorso alla *ratio* di cui all'art. 1322 c.c.

²⁶⁶ In questo senso vedi Trib. Torino 27 maggio 1978; Tribunale di Alba 27 maggio 1978; Tribunale S. Maria Capua Vetere, 19 settembre 1972; Tribunale di Pistoia 26 maggio 1979.

²⁶⁷ La difficoltà di ricondurre in astratto la fattispecie allo schema della donazione è pacificamente evidenziata in dottrina. In senso critico vedi infatti C. MANZINI, "Spirito di liberalità" e controllo giudiziario della causa donandi, in *Contr. e Impresa*, 1985, pp. 409 e ss.; V. MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, cit. p. 194; A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, p. 130 (nota a Cass.23.12.1988, n. 7044, in *Giur. It.*, 1990, p. 1319); V. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, cit. pp. 1051.

Si sofferma sulla nozione di "spirito di liberalità" G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit. p. 211, il quale precisa che "lo spirito di liberalità -nella donazione- deve essere inteso come la comune rappresentazione dell'assenza di una qualunque forma di risultato economico seriamente valutabile, logicamente correlato all'arricchimento dell'*accipiens* voluto in sé e per sé dalle stesse parti attraverso la programmazione di una determinata prestazione". Su queste basi, l'Autore ritiene evidente che gli accordi traslativi conclusi tra i coniugi in occasione della separazione o del divorzio non possono essere ricondotti al concetto di donazione. Ciò perché essi, pur non essendo caratterizzati da un controprestazione a carico del coniuge beneficiario, tendono ad attuare la regolazione del complesso quadro dei rapporti patrimoniali nella fase della separazione e del divorzio. Né può essere evocato il concetto di "atto di liberalità non donativo", perché l'atto attributivo a favore del coniuge beneficiario si giustifica nell'esigenza (comune ad entrambi i coniugi) di disciplinare una serie di rapporti giuridici e non quello di realizzare una liberalità.

Per una ricognizione delle pronunce sull'esclusione della giurisprudenza, a partire da quelle degli anni sessanta a quelli più recenti vedi G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 638 ss.: "se vi è un punto che sembra trovare concordi la giurisprudenza -tanto di legittimità che di merito- e la dottrina, questo è costituito

giurisprudenza²⁶⁸ a negare, in generale, il carattere liberale dei trasferimenti in sede di separazione e di divorzio. A tale conclusione si è giunti anche in base alla diversa considerazione che la fattispecie in esame non può essere ricondotta agli atti a titolo gratuito, poiché, si osserva, il coniuge che compie l'attribuzione riceve un vantaggio dall'atto dispositivo che soddisfa il proprio interesse alla "sistemazione" e alla creazione di un nuovo equilibrio patrimoniale²⁶⁹. L'esclusione della natura donativa delle attribuzioni ha un'immediata evidente rilevanza sulla stabilità degli atti, sotto il profilo della loro assoggettabilità all'azione di riduzione da parte dei legittimari lesi, alla revocabilità dell'attribuzione (articoli 800 e seguenti c.c.), all'azione revocatoria o ancora all'azione di garanzia per evizione.

Ben più accreditata e più seguita è invece la tesi della funzione transattiva degli atti di disposizione tra coniugi. La Corte di Cassazione, con una "pronuncia pilota" degli anni novanta, ha fissato un orientamento interpretativo destinato a lasciare il segno sulla ricostruzione causale delle intese negoziali della crisi coniugale²⁷⁰. Il

dalla corale negazione (quanto meno in linea tendenziale) del carattere liberale delle attribuzioni effettuate in occasione di separazione o divorzio, in quanto configuranti atti in cui non sono ravvisabili non solo l'*animus donandi*, ma neppure il titolo gratuito".

²⁶⁸ Cfr. Cass. 15 maggio 1991 n. 2788, in *Corr. Giur.* 1991, p. 891; Cass. 2003 n. 12939, in *Fam. e dir.* 2004, p.196; App. Torino 9.5.1980, in *Giur.It.*, 1981, I, p.19. Tribunale di Salerno 4 luglio, in *Fam. e dir.* 2007, p. 63.

²⁶⁹ "Un tale vantaggio non è ravvisabile unicamente sotto il profilo personale o esistenziale, ma rappresenta anche un vantaggio di natura economico-patrimoniale...[esso] in ogni caso inerisce alla disciplina dei rapporti di ordine economico-patrimoniale tra coniugi separandi o divorziandi...ovvero può realizzare (in via indiretta), con maggiore intensità il mantenimento nei confronti dei figli a carico del genitore. (G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit. p. 241-242.

²⁷⁰ Cfr. Sent. Corte di Cassazione del 15 maggio 1991 n. 2788, in *Foro It.*, 1991, I, 1787, che qualifica espressamente come transazione il trasferimento effettuato in sede di divorzio, quando l'assegno sia convenuto in unica soluzione. Conforme Cass. 5 settembre 2003 n. 12939, in *Corriere Giur.*, 2003, 12, p. 1555 (L'accordo con il quale le parti, nel giudizio di divorzio, convengono la corresponsione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione, mediante trasferimento in favore del coniuge beneficiario del diritto di proprietà su di un immobile, configura un negozio di natura transattiva ed aleatoria, la cui efficacia è subordinata all'approvazione da parte del tribunale, con la conseguenza che, passata in giudicato la sentenza di divorzio, le vicende che possono influire sulla disciplina dell'assegno periodico di divorzio non incidono su detto

caso riguarda due coniugi in contrasto sull'adempimento di una scrittura in cui la moglie si obbligava a trasferire, gratuitamente, un appartamento in corso di costruzione e, tra l'altro, di proprietà di terzi, al marito, con l'impegno da parte di questo ultimo, di trasmetterlo in proprietà ad uno dei figli, quando lo avesse ritenuto opportuno; nella scrittura era previsto che, se la moglie non avesse mantenuto l'impegno, entro i tre anni, la stessa avrebbe dovuto trasferire in proprietà al marito un altro appartamento a lei intestato. Per contro, il marito si era impegnato a rinunciare alla domanda di addebito della separazione, da lui precedentemente proposta, nonché a non promuovere altre iniziative giudiziali in ordine all'accertamento della proprietà della casa familiare e del negozio gestito dalla moglie. La Cassazione, dava atto che il giudice di secondo grado aveva correttamente qualificato il negozio come transazione e affermava che, nel caso, esisteva un'oggettiva situazione di contrasto che le parti avevano inteso comporre attraverso reciproche concessioni. Più precisamente, secondo i Giudici della Corte di Legittimità "è ben possibile che l'accordo con il quale i coniugi pongono fine alla convivenza possa racchiudere una pluralità di pattuizioni, oltre quelle integranti il contenuto tipico e consistenti nel consenso a vivere separati ed in tutte le altre clausole eventualmente necessarie al fine della instaurazione del nuovo regime di vita. Esso può, invero, riguardare anche negozi, che pur trovando sede ed occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in questa, in quanto non sono direttamente collegati ai diritti ed agli obblighi derivanti dal matrimonio: tali negozi costituiscono espressione di libertà contrattuale e ben possono essere qualificati come transazione". Nel caso esaminato, quindi, la pattuizione era stata ritenuta compatibile con la previsione normativa di cui all'art. 1965 c.c., la quale, appunto,

negozio, cosicché il diritto di proprietà oggetto di cessione resta acquisito definitivamente al patrimonio dell'ex coniuge beneficiario dell'alienazione e, pertanto, in caso di decesso di quest'ultimo, il diritto si trasferisce agli eredi).

presuppone una lite che può sorgere o una situazione di contrasto già delineata, che deve fungere da riferimento alle reciproche concessioni attraverso le quali le parti intendono comporla²⁷¹.

Alla ricostruzione in termini di transazione si sono tuttavia opposte le seguenti obiezioni, alcune riferibili al caso deciso dal Supremo Collegio, altre valedoli in generale.

La prima evidenza che le diverse pattuizioni che compongono l'accordo nel caso contemplato dalla Corte (impegno della moglie a trasferire al marito, impegno del marito a trasferire ai figli), sono correlate, in ogni caso, all'evento separazione, come "condizioni" della stessa, ovvero come fattispecie che la sostanziano, non potendo valere come meri motivi. In altre parole, alla base, vi è l'intento di regolare lo stato di separati e non solo quello di definire una lite. Per questo lo schema della transazione non sarebbe sufficiente a descrivere la fattispecie visto che essa non ci sarebbe stata se non in connessione con il regolamento di uno *status* di separazione. Quindi, la causa transattiva non "coprirebbe" la finalità più complessa perseguita effettivamente dai coniugi.

La seconda obiezione muove dalla considerazione che, nel caso in esame, non esisteva una vera e propria lite²⁷². Non solo, si è evidenziato

²⁷¹ L'insegnamento della Suprema Corte è stato seguito da quella parte della dottrina la quale afferma che tutte le pattuizioni aventi ad oggetto la regolazione dei rapporti economici tra coniugi e stipulate in occasione della separazione e del divorzio, avrebbero carattere transattivo. In questo senso vedi A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit. p. 1326, il quale prende spunto da una vicenda giudiziaria decisa con sentenza della Cassazione n. 7044 del 23 dicembre 1988 ("Il contratto con cui, in pendenza del giudizio di separazione, il marito si impegna a trasferire dei beni immobili alla moglie e ai figli e quest'ultima rinuncia a costituirsi parte civile nel procedimento penale a carico del marito, non costituisce una donazione, ma un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità, volto a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi", Cass. n. 7044/1988 cit., in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1320).

²⁷² E' noto che la funzione della transazione, secondo la previsione dell'art. 1965 c.c., consiste nel superamento e nella composizione di una controversia specifica ed attuale

in generale che l'esistenza del requisito della "lite" nei casi di separazione che si presentano all'interprete, non può desumersi dal semplice dato formale dell'esistenza di un processo in cui gli accordi operano, e che, anzi, l'esistenza di un vero e proprio specifico contenzioso non è così frequente, soprattutto nelle ipotesi di separazione consensuale, dove le parti vantano reciproche pretese di carattere economico, sulla base dei diritti che sorgono proprio da tale nuovo *status* disciplinato dagli art. 155 ss c.c. In questo quadro, gli accordi sono volti a regolare tutti i rapporti intercorrenti tra i coniugi, senza che sia tecnicamente individuabile una *res litigiosa*, neanche potenziale²⁷³. Inoltre, in chiave di una sistemazione generale dei rapporti, non esistono sempre delle "reciproche concessioni" tra i coniugi²⁷⁴. Nelle ipotesi più ricorrenti, viene infatti previsto il

(già sottoposto, o non ancora, alla cognizione del giudice) attraverso reciproche concessioni che le parti si fanno per impedire il sorgere di qualunque controversia avente ad oggetto le situazioni giuridiche soggettive che hanno costituito oggetto delle rispettive pretese e contestazioni. Sui presupposti essenziali e sulla funzione della transazione vedi S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Comm. del codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi; E. DEL PRATO, voce *Transazione*, in *Enc. del diritto*, XIV, Milano 1992, p. 830; F. ARANGIO, voce *Transazione*, *Enciclopedia giuridica* Treccani, Roma, 1994; F. CARRESI, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, Torino 1954, p. 65; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Transazione e solidarietà*, Padova 2002, p. 29, precisa che affinché ricorra la funzione della transazione è sufficiente che sussistano le reciproche concessioni finalizzate alla composizione della lite, non essendo essa condizionata dal fatto che l'atto transattivo modifichi o meno la situazione originaria (il riferimento è alla funzione tipica come concetto distinto da quello della causa concreta, secondo l'impostazione di G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, cit. p. 202).

²⁷³ G. DORIA, *op. ult. cit.* p. 250, rileva giustamente che "la veste giudiziaria non è che la forma necessaria dell'accordo convenzionale tra i coniugi. In queste forme "consensuali" non vi è lite, anzi convergenza di volontà per il conseguimento dello *status*". L'Autore evidenzia inoltre l'ambiguità delle pronunce giurisprudenziali che ricorrono alla figura della transazione laddove non precisano rispetto a quali interessi o pretese l'accordo traslativo si ponga come atto con funzione transattiva. Secondo questa critica appaiono inoltre contraddittorie le decisioni che riferiscono la funzione transattiva a tutti i rapporti intercorrenti tra i coniugi, dopo aver aderito alla tesi che ammette una molteplicità di atti negoziali autonomi nella fattispecie della separazione (vedi sent. Cass. 15 maggio 1991 n. 2788 cit.).

²⁷⁴ Questa è secondo alcuni la critica fondamentale: "In realtà l'obiezione fondamentale, per effetto della quale occorre concludere che, almeno di regola, i contratti della crisi coniugale si sottraggono alla causa transattiva, deriva dall'impossibilità (quanto meno in linea di massima) di riscontrare, nei negozi in oggetto, la presenza di concessioni reciproche. Ciò si verifica, in maniera più evidente,

trasferimento di un bene dall'uno all'altro coniuge ovvero ai figli, senza che l'altro conceda alcunché.

Infine, in terzo luogo, si obietta che l'effetto estintivo-preclusivo di un'operazione transattiva, che quindi è tendenzialmente definitiva, mal si concilia con la clausola *rebus sic stantibus*, la quale invece caratterizza tipicamente i rapporti patrimoniali della separazione e del divorzio rendendoli sempre rivedibili e quindi instabili²⁷⁵. Più specificamente la

in tutti gli accordi nei quali si prevede l'unilaterale trasferimento di diritti su uno o più beni mobili o immobili" (G. OBERTO, *op. ult. cit.* p.678).

²⁷⁵ Quella parte della dottrina che insiste a ricondurre nel modello legale transazione, gli accordi in esame, (A. LA SPINA. *Accordi di separazione ed assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, in *Riv. Dir. Civ.* 2010, II, p. 453 ss., in particolare p. 462 ss.) ha cercato di superare le obiezioni sopra evidenziate, in sintesi, in base alle seguenti osservazioni.

1) Con riferimento alla struttura, le reciproche concessioni sarebbero evidenti ogni qualvolta l'accordo preveda la sistemazione di un assetto patrimoniale più complesso rispetto al solo obbligo di mantenimento. Ma anche quando esso abbia ad oggetto, esclusivamente, la corresponsione *una tantum* dell'assegno (o in danaro, o con trasferimento di diritti), esso determina, necessariamente, in sé la rinuncia di ciascuna parte alle proprie potenziali pretese, nonché, inevitabilmente, la risoluzione anticipata di una futura lite giudiziaria. In base a questa impostazione non sarebbe necessario che le contrapposte posizioni siano delineate con nettezza: è sufficiente che vi siano prospettazioni confliggenti, sicché le parti possono, sulla base di pretese che esse intendono come probabili, porre in essere un regolamento transattivo che realizzi, oggi, una soluzione di compromesso di quella lite che potrebbe sorgere domani. In definitiva, l'interesse a transigere, come interesse ad evitare un futuro giudizio, non presupponendo nemmeno la *res dubia*, sarebbe la giustificazione portante del negozio di trasferimenti di diritti patrimoniali e, perciò, la separazione ed il divorzio ne rappresentano l'occasione.

2) Sull'asserita incompatibilità dell'efficacia preclusiva della transazione con l'operatività della clausola *rebus sic stantibus*, si rileva che l'operatività della suddetta clausola non si pone in contrasto con l'effetto preclusivo conseguente al negozio transattivo. Tale effetto, si dice, identico a quello della sentenza passata in giudicato, consiste nel rendere indipendente la nuova situazione giuridica dalla situazione giuridica anteriore. Quindi, tanto la transazione, quanto il giudicato sono fatti che determinano una soluzione di continuità tra la situazione giuridica precedente e quella successiva. Considerato, allora, che il dato qualificante tale efficacia consiste, proprio, nel rendere irrilevante l'indagine sulla situazione anteriore, l'effetto preclusivo della transazione non pone problemi di compatibilità con il principio secondo il quale le statuizioni aventi ad oggetto rapporti patrimoniali tra coniugi separati o divorziati sono soggetti alla clausola del *rebus sic stantibus*. In relazione al giudicato, infatti, il diritto alla revisione è, espressamente, condizionato (*ex art. 156 c.c. e art. 9 l. div.*) alla sopravvenienza di giustificati motivi che determinano l'insorgenza di nuovi e diversi interessi, ferma restando l'irrelevanza della situazione giuridica precedente interessata dall'evento preclusivo transattivo (in questo senso vedi Cass. 26 febbraio 1988 n. 2043, in *Mass. Giur. It.*). Infatti, il principio secondo il quale il giudicato è soggetto alla clausola del *rebus sic stantibus* è tipico dei rapporti di durata, nei quali è assimilabile la fattispecie del pagamento dell'assegno di mantenimento, con

dottrina ha evidenziato che manca l'effetto preclusivo tipico della transazione, considerato che esso è previsto in via eccezionale soltanto nell'ipotesi specifica prevista dalla legge (art. 5, ottavo comma Legge div., secondo cui soltanto l'accordo di corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile, ove ritenuta equa dal Tribunale, rende improponibili per il futuro ulteriori pretese economiche da parte del beneficiario)²⁷⁶. A ciò si sono aggiunti, in generale, i dubbi legati al fatto che i diritti che sorgono per effetto della separazione o del

cadenza periodica della prestazione: dunque, in detta fattispecie, la statuizione può essere modificata sulla base di fatti sopravvenuti alla sua formazione. In questo modo la natura transattiva delle pattuizioni stipulate tra i coniugi comporta un effetto preclusivo solo in merito alle situazioni antecedenti alle stesse, mentre resta salva la possibilità per le parti di intraprendere i procedimenti di cui agli artt. 710 c.p.c. e 9 l. sul divorzio.

Resta da capire se la transazione abbia ad oggetto solo il dovere di mantenimento o sia, a sua volta, come previsto dal comma 2 dell'art. 1965 c.c., finalizzata ad estinguere, creare o modificare anche rapporti diversi da quello in contestazione attuale o potenziale. I sostenitori della tesi della natura transattiva ammettono che con tali accordi si possano comporre tutta una serie di conflitti di interessi che hanno origine nel pregresso rapporto matrimoniale, oltre che la sola questione del mantenimento, proprio perché lo schema transattivo è un modello ad ampio spettro. In tal senso, lo schema transattivo può sostanziarsi in una *datio in solutum* fondata sulla reciproca concessione di una prestazione istantanea (somma di denaro o trasferimento di diritti), offerta ed accettata in luogo di una prestazione periodica. (Cfr. E. DEL PRATO, Voce *Transazione*, cit., p. 817 ss.).

3) Infine, ai dubbi di indisponibilità dei diritti in materia di crisi coniugale, si oppone che l'art. 160 c.c. resta riferibile solo alla fase fisiologica del rapporto matrimoniale, poiché dopo la separazione non vi sarebbe più spazio per l'operatività del principio di solidarietà familiare, per cui i rapporti patrimoniali successivi tra i coniugi devono, piuttosto, considerarsi come un comune rapporto di credito tra soggetti indipendenti. Per questa strada, la teoria della natura transattiva degli accordi in esame si spinge fino a considerare l'ammissibilità di una transazione, non solo relativa alla fase della separazione, ma anche in ordine alle pretese del futuro divorzio valutato, evidentemente, non già come mera ipotesi, ma come stadio successivo della crisi coniugale, programmato, fin dalla stessa separazione, in quanto palesemente inevitabile.

²⁷⁶ Si è evidenziato in dottrina (G. DORIA, *op. ult. cit.* p. 262) che la transazione presenta un grado di efficacia molto intenso sul piano sostanziale. Ciò consente di prescindere dalle situazioni giuridiche pregresse in modo tale da assorbire ogni ulteriore loro effetto. L'accordo traslativo in parola, invece, non può avere efficacia preclusiva perché l'obbligo legale è inderogabile ed irrinunciabile. Sull'effetto tipico della transazione si sofferma G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.* p. 115 "La particolarità della transazione sembra [...] consistere nella circostanza che, pur producendo essa un effetto estintivo costante relativo alla tutela giurisdizionale di situazioni giuridiche difformi da quella definita nel regolamento transattivo in relazione alla pretesa e alla contestazione, gli altri effetti che tale contratto determina sono variabili in relazione all'effettivo modo di essere della situazione originaria che viene modificata nel limite in cui diverge da quella stabilita nel contratto stesso".

divorzio, non sono tutti disponibili, ciò che costituisce invece presupposto di transigibilità.

Secondo una diversa prospettiva, numerose pronunce della Suprema Corte definiscono le attribuzioni tra coniugi come dazioni in pagamento, la cui causa consisterebbe nell'interesse del coniuge trasferente ad adempiere e quindi ad estinguere, in una sola volta, l'obbligo di mantenimento, che dovrebbe essere, di regola, periodicamente adempiuto²⁷⁷. In sostanza, la prestazione mediante erogazione *una tantum*, viene intesa come prestazione facoltativa eseguita in luogo dell'originaria prestazione periodica di pagamento dell'assegno, dovendosi escludere il ricorso allo schema della vendita, causalmente incompatibile con una fattispecie, in cui non c'è un prezzo da versare da parte del coniuge cessionario del bene²⁷⁸.

In senso più ampio, con riferimento agli atti di attribuzione tra coniugi, si è parlato di negozi con *causa solutoria*, soprattutto nell'ambito dei rapporti con la prole²⁷⁹. L'attività negoziale dispositiva troverebbe la

²⁷⁷ In merito, va segnalata la sentenza della Corte di Cassazione del 17 giugno 1992 n. 7470. Il caso si basa sulla qualificazione di una scrittura privata tra due coniugi, separati di fatto, con la quale il marito si obbligava a versare alla moglie una somma mensile per il mantenimento della medesima e del figlio, nonché a "donare" alla stessa, a titolo di "anticipata successione", un appartamento. Tali impegni venivano rispettati; tuttavia, la moglie dopo circa un anno dalla scrittura privata, presentava al Tribunale una domanda di separazione consensuale. Il marito aderiva alla richiesta, purché fosse dichiarato non obbligato a versare alcunché di mantenimento. Il Tribunale negava l'omologa - non rappresentando i coniugi una comune volontà, bensì un consenso condizionato da parte del marito - ed a seguito del successivo contrasto intercorso tra i contraenti, il marito chiedeva che venisse dichiarata nulla la donazione per mancanza di causa. La Corte di Appello, con decisione confermata dalla Suprema Corte, escludeva la *causa donandi* e qualificava la fattispecie come valido "contratto traslativo", volto a regolare le modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento gravante sul marito.

Per la tesi della dazione di pagamento cfr. L. BARBIERA, *Il Divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 331.

²⁷⁸ A proposito della cessione immobiliare con funzione estintiva, qualcuno ha evocato la figura della novazione oggettiva, intesa come modo di estinzione dell'obbligazione di mantenimento diverso dall'adempimento, con costituzione di una nuova obbligazione con *aliquid novi* (per la tesi della novazione oggettiva, C. M. BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Comm. Dir. It. Della Fam.* a cura di Cian Oppo Trabucchi, VI, I, Padova, 1993, p. 359).

²⁷⁹ A tal proposito, la sentenza della Suprema Corte n. 9500 del 1987, in *Mass. Giur. It.* 1987, affronta il problema della qualificazione di un contratto con il quale un padre

propria giustificazione causale all'esterno dell'atto di attribuzione, che sotto tale aspetto assume funzione di adempimento dell'obbligazione di mantenimento posta dalla legge, rispettivamente a carico di un coniuge a favore dell'altro o dei figli, per effetto della separazione o del divorzio. Ma se la causa di un determinato atto negoziale può legittimamente essere rinvenuta all'esterno, ciò può avvenire solo quando le parti abbiano formalmente ed espressamente indicato l'obbligazione -di fonte legale o negoziale che sia- cui intendono adempiere (*expressio causae*)²⁸⁰. Sulla base di questo elemento in particolare la teoria della causa solutoria esterna ha offerto una serie di

aveva "donato" alla figlia minore un bene immobile in esecuzione di un obbligo assunto nel verbale di separazione con la moglie (madre della minore), al fine di assolvere nei confronti della figlia all'obbligo di mantenimento su di lui gravante. Successivamente, il donante e, precisamente dopo quindici anni dal rogito, non essendosi ancora avuta l'accettazione, si era recato nuovamente dal notaio ed aveva dichiarato di "revocare la donazione". La figlia, allora conveniva il padre innanzi al Tribunale, sostenendo che l'atto in esame non poteva essere qualificato come "donazione", in quanto aveva carattere oneroso (in relazione al dovuto mantenimento) e che l'immobile doveva considerarsi trasferito definitivamente a seguito dell'atto unilaterale del padre, attuato in adempimento dell'obbligo assunto. Al termine di una lunga vicenda giudiziaria la Corte di Cassazione, accogliendo le ragioni della figlia, qualificava l'obbligo del padre assunto nel verbale di separazione come contratto preliminare a favore di terzo ed il successivo atto di trasferimento come pagamento traslativo perfezionatosi ai sensi dell'art. 1333 c.c. con il mancato rifiuto.

Più recentemente la Cassazione è tornata sulla natura solutoria della pattuizione contenente l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in favore di quest'ultimo, la piena proprietà di un bene immobile, per dire che non è soggetta né alla risoluzione per inadempimento, a norma dell'art. 1453 c.c., né all'eccezione d'inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 c.c., non essendo ravvisabile, in un siffatto accordo quel rapporto di sinallagmaticità tra prestazioni che è fondamento dell'una e dell'altra, atteso che il mantenimento della prole costituisce obbligo ineludibile di ciascun genitore, imposto dal legislatore e non derivante, con vincolo di corrispettività, dall'accordo di separazione tra i coniugi. (Cass. civ. Sez. II, 17-06-2004, n. 11342 in *Gius*, 2004, p. 3868).

²⁸⁰ La formale enunciazione dello scopo perseguito dagli autori dell'atto è uno degli elementi indefettibili che caratterizza la categoria dei negozi a causa esterna. L'assunto è del tutto pacifico in dottrina: "il problema specifico della *"causa esterna"* è quello di un atto di attribuzione che abbisogna necessariamente di essere integrato mediante indicazione, richiamo o menzione di tale causa, cioè di un determinato momento di imputazione, attraverso il quale soltanto l'atto, e l'attribuzione con esso operata, riceve il proprio concreto significato giuridico, non desumibile dalla regola negoziale per sé valutata (A. LENER, *"Expressio causae"* e astrazione processuale, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli 1972, p. 765).

spunti critici²⁸¹.

Si è innanzitutto rilevato che raramente, nei contratti di cui si discute, le parti fanno espresso richiamo alla causa esterna al fine di giustificare le attribuzioni effettuate o previste. In ogni caso, anche a prescindere dalla mancanza della espressa enunciazione dello scopo solutorio, è da ritenersi comunque nulla -per mancanza di causa- l'attribuzione compiuta in favore del coniuge che, teoricamente, non avrebbe diritto al mantenimento in quanto parte economicamente più forte. Non avendo il trasferimento alcuna giustificazione, al *tradens* sarebbe concesso di agire con l'azione di ripetizione dell'indebito per ottenere la restituzione del bene dimostrando che non vi erano le condizioni affinché l'*accipiens* avesse diritto al mantenimento. Inoltre, l'obbligazione di mantenimento dovrebbe essere sempre, previamente determinata nel suo preciso ammontare (*ope iudicis* o per convenzione delle parti) affinché ricorra la funzione solutoria²⁸². Di conseguenza, ove questa manchi, sarebbe nullo il contratto per mancanza di causa (esterna)²⁸³.

Per contrastare questa obiezione si è dovuto ricorrere alla figura dei "negozi determinativi di obblighi legali", per mezzo dei quali le parti,

²⁸¹ Per una critica alla tesi della causa solutoria vedi G. DORIA, *op. ult. cit.* p. 279 ss.; G. OBERTO, *op. ult. cit.* p. 665.

²⁸² Per tutte le riserve sopra evidenziate la causa solutoria può sussistere quando di volta in volta sussistano le seguenti condizioni. a) la funzione di adempimento di altra obbligazione deve essere dichiarata espressamente dalle parti; b) queste ultime hanno l'onere di offrire elementi sufficienti per dimostrare la propria posizione patrimoniale o il titolo del diritto al mantenimento; c) devono, altresì, documentare il valore degli immobili da trasferire (per esempio, con relazione notarile) per consentire al giudice di valutare, ai fini dell'omologazione, se ciò che si trasferisce o si promette di trasferire è congruo in relazione allo scopo del mantenimento e se la *datio* possa considerarsi estintiva dell'obbligo.

²⁸³ La causa solutoria non può giustificare il caso in cui il trasferimento avviene a favore del coniuge non avente diritto al mantenimento. Ciò vale anche nel caso in cui il trasferimento abbia ad oggetto beni di valore superiore a quello che potrebbe essere la capitalizzazione dell'assegno di mantenimento. Per il valore eccedente sembra più un atto che scopo di liberalità. La ricostruzione in termini generali come atti solutori con causa esterna non è in realtà idonea a spiegare ipotesi molto frequenti.

prima verificano e accertano l'esistenza di un obbligo legale scaturente da una determinata situazione giuridicamente rilevante e, successivamente, ne determinano il contenuto²⁸⁴. L'ammissibilità di tale schema è collegata alla controversa figura del negozio di accertamento²⁸⁵. Anche a voler concedere la sua ammissibilità, come negozio dichiarativo, esso non potrebbe essere riferito agli accordi traslativi, i quali, più che rimuovere un'incertezza in ordine ad una situazione giuridica preesistente, compiono veri e propri effetti dispositivi idonei a modificare la situazione giuridica precedente.

Una parte della dottrina, vista l'insufficienza delle soluzioni prospettate, ha cercato di approfondire il profilo causale degli accordi traslativi, da un lato, tenendo conto del quadro composito degli interessi che i coniugi intendono realizzare²⁸⁶, dall'altro, ricercando l'intenzione prevalente della parti, dato da cui partire nell'operazione di qualificazione. Si è così evidenziato che non sempre le sistemazioni patrimoniali dei coniugi in crisi consentono di individuare un'intenzione prevalente o sono espressamente qualificate dalle parti. Per la ricostruzione del profilo causale si dovrà così considerarsi il particolare "momento" in cui gli atti vengono conclusi e la pluralità

²⁸⁴ La categoria è modellata sull'esempio dato dalla dottrina processualistica delle sentenze "determinative", la cui efficacia è subordinata alla persistenza dei presupposti di fatto che ne hanno costituito la base negoziale. Il giudicato formatosi in base a tali sentenze fa stato *rebus sic stantibus*. Sull'inadeguatezza del modello e sulla incompatibilità dell'adempimento in unica soluzione, mediante trasferimento, rispetto alla clausola *rebus sic stantibus*, vedi M. JEVA, *Trasferimenti mobiliari e immobiliari in sede di separazione e divorzio*, in *Riv. Notar.* 1995, I, 471 ss.

²⁸⁵ Sul tema vedi più approfonditamente E. RUSSO, *Negoziato giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, divorzio, nullità*, in *Dir. fam.* 1989, 1088; ID., *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le Convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 228 ss.

²⁸⁶ G. DORIA, *op. ult. cit.*, p. 291: "Tali interessi emergono sotto l'aspetto sostanziale dei rapporti personali (esistenziali o economico-patrimoniali) tra coniugi ovvero sotto il profilo giuridico formale, il cui assetto non è, però, rimesso alla adozione di uno strumento *ex lege* "necessario" e la cui natura è, in massima parte, diversa rispetto agli interessi direttamente e specificamente presi in considerazione dal legislatore in sede di disciplina dell'assegno di mantenimento, di assegnazione della casa coniugale e di affidamento della prole".

degli interessi rilevanti in occasione della separazione e del divorzio. La ragione di "attuare un regolamento dei (complessi e delicati) rapporti di natura familiare che sorgono in occasione della separazione e del divorzio, indica la funzione oggettiva, ravvisabile nell'accordo traslativo, la cui causa può, dunque, definirsi *causa familiare* (per distinguerla da altri profili causali che pur possono caratterizzare l'atto dispositivo), sicuramente degna di tutela in considerazione della (astratta) meritevolezza degli interessi perseguiti".²⁸⁷ L'idea nasce dalla considerazione della complessità dei rapporti personali e patrimoniali maturati durante un più o meno lungo periodo di comunanza di vita, di affetti e di interessi. Il fondamento specifico della *causa familiare* starebbe dunque nella disciplina particolare del "campo" del diritto di famiglia e nella sostanziale previsione di tali atti da parte della legge, segnatamente di quella fiscale²⁸⁸.

Secondo alcuni, la tesi peccherebbe di eccessiva genericità e finirebbe per non offrire un valido strumento operativo²⁸⁹. Si può obiettare innanzitutto che il fondamento legale di ogni tipo di pattuizione conclusa in sede di separazione e divorzio, ben prima che nella legislazione fiscale, trova una propria previsione in numerose disposizioni del codice civile, della legge speciale in tema di

²⁸⁷ G. DORIA *op. ult. cit.*, p. 301 ss. : "Codesta *causa familiare* rappresenta, di per sé, la ragione giuridico-economica dell'atto traslativo; e vale dunque a giustificare l'atto attributivo anche se in esso non si ravvisano i "requisiti" di alcun tipo contrattuale. Il fondamento specifico della *causa familiare* sta nella disciplina particolare del "campo" del diritto di famiglia e nella sostanziale previsione di tali atti da parte della legge. [...] Discende da ciò che il rapporto con l'effetto di *status* è puramente *esterno* (presupposto di efficacia) e ciò vale ad attribuire ai trasferimenti operati una "normale" stabilità indipendente dalle vicende di *status*".

²⁸⁸ Nel senso di una configurabilità di una causa autonoma dei negozi di separazione e divorzio vedi anche P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni tra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, cit. p. 1052 ss. L'Autore individua nella separazione la causa dell'attribuzione, poiché in questa sede vengono in considerazione svariati e particolari interessi aventi natura anche non patrimoniale: "La causa non va dunque identificata in tali interessi o nella loro sistemazione: lo strumento scelto dalle parti (attribuzione del bene) per soddisfare i loro interessi trova legittimazione per l'ordinamento giuridico dal fatto che il negozio è concluso "perché i coniugi si separano".

²⁸⁹ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, *op. ult. cit.* p. 703.

scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché nella legge processuale. Secondariamente, il richiamo ad una generica "causa familiare" in quei termini non costituisce un criterio di definizione causale distinto rispetto alle pattuizioni tra coniugi nella fase fisiologica del matrimonio, nè coglie la specificità della fattispecie. Qui non solo i coniugi hanno il potere di determinare l'assetto patrimoniale della propria vita postmatrimoniale, ma possono far dipendere da tale assetto il loro stesso consenso alla separazione o al divorzio. Se non viene messo in giusta relazione il consenso alla separazione rispetto all'assetto in concreto creato, non si vede come questo negozio possa differire dalla stipula di una convenzione matrimoniale, la quale, pur nella fase fisiologica dell'unione, potrebbe dirsi anch'essa sorretta da una "causa familiare" in senso ampio. Secondo questa critica ciò che emerge come segno distintivo sotto il profilo causale, è il particolare interesse perseguito dalle parti di definire le pendenze di un rapporto nel rispetto dei doveri di contribuzione e di solidarietà postmatrimoniale, quando la dissoluzione familiare è imminente.

3.4. La tipicità dei "contratti della crisi coniugale" secondo la giurisprudenza.

Ancora sotto l'influenza della concezione istituzionale della famiglia e nel dogma della indissolubilità del vincolo coniugale, autorevole dottrina si era posta il problema di individuare la causa degli accordi diretti a disciplinare le conseguenze di una possibile pronuncia di annullamento del matrimonio. Il fondamento di tali atti veniva individuato nell'esigenza di attuare un regolamento di rapporti per definire quelle pretese reciproche che inevitabilmente si presentano al termine della convivenza. Il meccanismo utilizzato si diceva essere

quello di un vero e proprio contratto atipico²⁹⁰. La tesi traeva dall' art. 1322 c.c.

La Corte di Cassazione, in più pronunce, dimostrava di aderire - espressamente o implicitamente- alla tesi dell'atipicità. Già negli anni sessanta ipotizzava tale soluzione ancorché con riferimento ad un contratto collegato all'adempimento dell' obbligo di mantenimento²⁹¹.

In una successiva decisione degli anni ottanta la Suprema Corte enunciava la teoria di un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, non necessariamente collegato al preesistente obbligo di mantenimento²⁹². Tale impostazione veniva ribadita poco dopo in

²⁹⁰ "Farei (...) perno sull'art. 1322 c.c., soggiungendo che siamo in un caso in cui è palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche: la funzione economico-sociale del contratto è quindi evidente, anche se non siamo di fronte ad un tipico negozio causale. Circa il *quantum* dell'obbligazione e l'addossarla all'uno od all'altro dei coniugi, è materia in cui l'autonomia delle parti agisce in pieno, dandosi insindacabilità del giudice nel valutare se ci sia stata o meno generosità di chi si è obbligato, se avrebbe potuto dare una somma minore" (A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1967, p. 530).

²⁹¹ In questo senso vedi sent. Cass. 7.6.1966, n. 1495 in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 2220. "Potrebbe anche, ove non fosse provata quella volontà diretta alla estinzione, anche parziale, dell' obbligo in danaro, parlarsi di un contratto atipico di cessione di immobile a titolo totale o parziale di mantenimento: contratto oneroso, lecito con causa lecita, rientrando nei fini propri dell' ordinamento giuridico che l'obbligo di mantenimento sia corrisposto nel modo più consono secondo la volontà e gli interessi di entrambe le parti; contratto che rientrerebbe nell' ampia categoria delle convenzioni che possono essere stipulate tra i coniugi al momento della separazione e che trovano la loro origine e la loro ragion d'essere nell' adempimento dell' obbligo di mantenimento, convenzioni le quali, in via generica, sono state riconosciute valide sempre che trovino la loro ragion d'essere nel soddisfacimento dell'obbligo di mantenimento e sempre che non eccedano i bisogni del coniuge da mantenere, nel qual caso esse darebbero luogo, per la eccedenza, a liberalità vietate".

²⁹² Sent. Cass. 11.5.1984, n. 2887, *cit.*: "L'attribuzione gratuita di beni di proprietà dell'un coniuge all' altro disposta in occasione e in dipendenza della separazione personale, nell' ambito della disciplina del relativo regime, avendo a riconoscibile causa non tipici ed esclusivi scopi di liberalità, ma invece l'esigenza dell' assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati, non integra il contratto di donazione che a norma dell'art. 782 del codice civile deve essere fatto per atto pubblico a pena di nullità, ma un diverso contratto atipico, con propri presupposti e proprie finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina, e per ciò, quando abbia

relazione ad una scrittura privata, redatta in pendenza del procedimento penale a carico del marito per il reato di maltrattamenti, con cui quest'ultimo si era obbligato a trasferire in favore dei figli la nuda proprietà ed in favore della moglie l'usufrutto di alcune unità immobiliari²⁹³.

Questo filone interpretativo è confermato anche in pronunce più recenti²⁹⁴ nelle quali si sottolinea la meritevolezza dell'accordo con cui i

a oggetto beni immobili, validamente stipulabile mediante scrittura privata (art. 1350 del codice civile)".

²⁹³ Sent. Cass. 23.12.1988, n. 7044, *cit.*: "...detta scrittura era peraltro volta a conseguire il regolamento dei rapporti patrimoniali del nucleo familiare e fu realizzata in pendenza del giudizio di separazione dei coniugi. In tale situazione deve essere ritenuto che l'atto non contenesse una donazione (avente come causa tipici ed esclusivi scopi di liberalità e non la esigenza di regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi) bensì un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità (in senso conforme, Cass. 115.84 n. 2887) validamente stipulabile anche quale pattuizione preliminare a norma dell'art. 1351 c.c. (così anche Cass. 5.7.84 n. 3940; e Cass. 22.4.82 n. 2481, con le quali si è ritenuto che ciascuno dei coniugi abbia il diritto a condizionare il proprio assenso alla separazione personale ad un conveniente assetto dei propri interessi economici, per cui è valido il contratto preliminare con il quale uno dei coniugi abbia promesso di trasferire all'altro la proprietà di uno o più immobili)".

La questione della qualificazione in termini di tipicità o atipicità del contratto veniva invece volutamente evitata dalla successiva sentenza Cass. 11.11.1992, n. 12110 (in *Giur. It.*, 1993, I, p. 1303) – che tuttavia dà atto della posizione della Corte – laddove ha ritenuto il problema irrilevante al fine della soluzione del punto di diritto in questione, ovvero la domanda circa la necessità o meno del rispetto della forma solenne: "La natura «attributiva» del negozio è stata, dunque, ragionevolmente ritenuta, e non è essenziale stabilire se essa sia riconducibile al modello divisorio in senso stretto o non piuttosto, come lo stesso resistente ipotizza, ad una figura di contratto atipico, mediante il quale i coniugi, senza versamento di corrispettivo, si attribuiscono certi beni, anche immobili, ad integrazione del regolamento stabilito in funzione della separazione".

²⁹⁴ Vedi ad esempio Cass. civ. sez. i, 22-11-2007, n. 24321, *cit.* in *Fam. e Dir.* con nota di G. CASABURI, *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità ed impugnazione*: "l'accordo mediante il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili (e, segnatamente, come nella specie, di quello che costituisce la casa familiare), dà vita ad un contratto atipico, il quale, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 c.c. nonché caratterizzato da propri presupposti e finalità senza risultare, del resto, necessariamente collegato alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della donazione, risponde, di norma, ad un originario spirito di sistemazione, in occasione appunto dell'evento di "separazione consensuale".

coniugi operano delle attribuzioni patrimoniali non necessariamente collegate ad un corrispettivo. I giudici di legittimità evidenziano qui il fondamento nell'esigenza di soddisfare "uno spirito di sistemazione personale e patrimoniale" in occasione della separazione e del divorzio. Per questo ultimo aspetto, tali decisioni, espressamente favorevoli alla tesi del contratto atipico, si conformano ad un datato e consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che insiste sul concetto di "realizzazione di un assetto, personale e patrimoniale, dei paciscenti" come obiettivo e funzione degli accordi della crisi coniugale²⁹⁵. In numerose decisioni di legittimità è persistente il riferimento all'interesse dei coniugi a dare ai propri rapporti un determinato "assetto" per il periodo successivo a quello della crisi della loro unione²⁹⁶.

Proprio di fronte al consolidarsi di tale opinione sulla finalità di sistemazione, comune ai coniugi, parte della dottrina si è chiesta se, in luogo di una varietà molto ampia di possibili accordi innominati, non sia possibile ricostruire la fattispecie individuando una vera e propria causa tipica del negozio patrimoniale della crisi coniugale., di un vero e proprio contratto, cioè, di soluzione della crisi coniugale o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali. In effetti si è andato affermando un indirizzo interpretativo che ravvisa in tali negozi una

²⁹⁵ Cfr. Cass. 25.10.1972, n. 3299, *Giust. Civ.*, 1973, I, p. 221.

²⁹⁶ Sottolinea il continuo riferimento, come *leitmotive*, della Cassazione, alla necessità dei coniugi di effettuare una sistemazione patrimoniale e personale in conseguenza della dissoluzione della famiglia, G. OBERTO, (*I contratti della crisi coniugale*, cit. p.)...- che richiama alcune sentenze in tal senso (Cass. 5.7.1984, n. 3940, *Dir. Fam. e Pers.*, 1984, 922; Cass. 23.12.1988, n. 7044; Cass. 15.5.1997, n. 4306, *Fam. e Dir.*, 1997, 417, con nota di Caravaglios).

Nell'ambito della teoria del contratto atipico si colloca anche l'idea che nell'accordo con il quale i coniugi disciplinano i propri rapporti patrimoniali per il tempo della separazione un contratto con causa mista, in cui si realizzi "una sintesi di due cause entrambe onerose ossia di quella della transazione con quella del contratto innominato di trasferimento, che, fondendosi l'una nell'altra, danno vita ad una causa nuova", consistente, per l'appunto, "nello scambio tra le prestazioni caratteristiche di ciascuno dei tipi contrattuali concorrenti" (in questo senso vedi V. METAFORA, *Quando Amleto veste la toga: la contraddittoria giurisprudenza del tribunale di Napoli in tema di separazione dei coniugi*, in *Dir. Giur.* 1992, p. 292 ss.).

causa tipica di definizione della crisi coniugale che giustificerebbe ogni forma di costituzione e trasferimento di diritti di contenuto patrimoniale compiuti, con o senza controprestazione, nell'imminenza e in occasione della separazione e del divorzio²⁹⁷. La tipicità deriverebbe dal fatto che determinate e specifiche disposizioni di legge li prevedono. Per questo, si ritiene, si potrebbe parlare di "*contratto tipico della crisi coniugale* o di *contratto postmatrimoniale*." Esso sarebbe quel contratto, a titolo oneroso, che viene stipulato dai coniugi per regolare i reciproci rapporti patrimoniali sorti nel corso della loro relazione esistenziale, condizionando la definizione consensuale della crisi coniugale proprio al regolamento di tali rapporti, da attuarsi in modo articolato, con la previsione di prestazioni unilaterali, reciproche, di carattere sia obbligatorio, sia reale, periodiche o istantanee. In questa prospettiva, pur non essendo necessaria una formale *expressio causae*, gli atti sorretti da questo intento sono giustificati. Ne consegue che un atto attributivo o un trasferimento immobiliare nel verbale di separazione personale non richiederebbero ulteriori specificazioni²⁹⁸.

Le norme che fondano la tipicità di tali accordi, in base a questa impostazione, sono quelle che dispongono sul rito speciale della separazione e del divorzio nel cui ambito queste intese vengono concepite. Gli artt. 711 c.p.c. e 4 l. sul divorzio e, specificamente, la

²⁹⁷ Si è detto della teoria della "causa familiare", G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit. p. 231 ss.; della "causa della separazione" secondo P. GIUNCHI, *I trasferimenti dei beni tra i coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e leggi fiscali*, cit. rispetto alle quali la teoria della "causa tipica di definizione della crisi coniugale" (G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. 473 ss.) individua i riferimenti normativi cui possono essere ricondotti tali accordi.

²⁹⁸ La teoria evidenzia che, se la tipicità del contratto postmatrimoniale deriva dalla previsione legale della sua ammissibilità, non si può non considerare che la sede tipica è quella della separazione o del divorzio e quindi una sede processuale in cui esiste un controllo giudiziale certo, quando gli accordi sono recepiti nel verbale di separazione consensuale o nella sentenza del divorzio a domanda congiunta, o eventuale, quando si tratti di patti integrativi, attuativi o modificativi degli accordi omologati o recepiti in sentenza di cessazione degli effetti del matrimonio. Pare invece che da questa categoria tipizzata restino esclusi i contratti conclusi prima della celebrazione delle nozze in vista dell'eventuale crisi coniugale.

terminologia adottata dal legislatore che si riferisce alle "condizioni della separazione consensuale" rapporti economici" (art. 4 l. div.), introducono un tipo negoziale ritenuto dall'ordinamento lecito ed idoneo allo scopo²⁹⁹. In senso contrario alla configurabilità di una causa tipica si potrebbe obiettare che la legge non prevede un minimo di disciplina della fattispecie³⁰⁰. In realtà, tenendo distinte le ipotesi, a seconda del tipo di accordo, o del procedimento in cui esso viene concluso (quello di separazione o di divorzio) la disciplina sembra potersi ricavare dal sistema mediante applicazione diretta delle norme sui contratti nelle forme e secondo le modalità previste dal codice di rito³⁰¹.

²⁹⁹ Per tali "condizioni", infatti, sarebbero da intendersi, non solo le regole di condotta destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni tra i coniugi nel periodo successivo alla separazione ed al divorzio, bensì anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendano ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale, tenuto conto, altresì, dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione ad un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali (in tal senso, Cass. 5 luglio 1984 n. 3940; Cass. 15 marzo 1991 n. 2788; Cass. 22 gennaio 1994 n. 657, *cit.*).

³⁰⁰ "In realtà parlare di tipicità in questi casi non sembra aggiungere nulla [...] in quanto, se pure si voglia ritenere che le norme richiamate menzionino la causa individuata, certamente non può dirsi che le stesse dettino una sia pur minima disciplina della fattispecie" (P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 622.). Sul punto si è per contro rilevato come tali accordi, costituenti condizioni della separazione o del divorzio, saranno applicabili tutte le regole per queste ultime dettate dal codice civile, così come da quello di rito. Sul piano degli effetti varrà il principio della sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus*; tali contratti, inoltre dovranno intendersi come efficaci ex art. 158 c.c. (salvo patto contrario) al momento dell'omologa della separazione (o della pronunzia della sentenza di divorzio). Ancora, sul piano della forma, varrà il principio per cui queste intese, costituendo oggetto del contenuto eventuale dell'intesa di separazione, potranno essere inserite a verbale d'udienza di separazione consensuale (artt. 158 c.c. e 708 c.p.c.) o di divorzio su domanda congiunta (art. 4, sedicesimo comma, l. div.) con tutte le relative conseguenze previste dalle disposizioni in tema di pubblicità mobiliare ed immobiliare (art. 2657 c.c.) e dalla normativa fiscale (art. 19, l. 6 marzo 1987, n. 74). (In questo senso vedi G. OBERTO, *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, in *Fam. e dir.* 2007, p. 64 (commento alla sentenza del Tribunale di Salerno 4.7.2006).

³⁰¹ Ad esempio, se il trasferimento immobiliare viene effettuato in adempimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge determinato in unica soluzione ai sensi

La teoria della tipicità è stata recepita in una sentenza della Suprema Corte del 23 marzo 2004 n. 5741 che rappresenta storicamente la prima pronuncia di un orientamento, ad oggi consolidato, che inquadra unitariamente gli accordi separatizi o divorzili sul piano funzionale e li considera espressione di uno schema negoziale tipico secondo le leggi vigenti in materia³⁰². Il caso esaminato dal Supremo Collegio era quello di un creditore che aveva convenuto in giudizio due coniugi separati, dopo aver scoperto, in sede di espropriazione immobiliare, che una quota di beni che si volevano assoggettare ad esecuzione era stata ceduta dal marito alla moglie con atto recepito e omologato nel verbale di separazione consensuale. Il creditore procedente aveva quindi agito in giudizio per ottenere la dichiarazione giudiziale di inefficacia nei suoi confronti (o la nullità) dell'atto traslativo. In particolare, poiché la cessione era stata effettuata in periodo sospetto rispetto alle iniziative del creditore in sede esecutiva, egli affermava che gli immobili erano stati sottratti alla garanzia generica patrimoniale e che sussisteva quindi l' *eventus damni* ed il *consilium fraudis*. In via subordinata, assumeva che il trasferimento in questione era inquadrabile come atto a titolo gratuito -quindi donazione- e doveva conseguentemente dichiararsi nullo per difetto dei requisiti di forma di cui all'art. 782 c.c. Dopo che i giudici di merito nel doppio grado del giudizio avevano deciso in modo divergente sulla questione preliminare dell'ammissibilità dell'azione revocatoria, la Corte, cassando la sentenza del giudice d'Appello, sul punto dell'inammissibilità dell'azione *ex art. 2901 c.c.*, fissava un criterio ermeneutico di grande chiarezza e di portata innovativa: "Gli accordi di separazione personale tra coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro, concernenti beni immobili e

dell'art. 5, ottavo comma, L. div., l'efficacia preclusiva è prevista specificamente da una norma eccezionale, con la conseguenza sono precluse ulteriori rivendicazioni economiche. Se, viceversa, l'accordo è omologato in sede di separazione consensuale, l'efficacia preclusiva non può operare, perché non contemplata specificamente dalla legge.

³⁰² Sentenza Cass. civ. Sez. I, 23-03-2004, n. 5741, in *Arch. Civ.*, 2004, p.1026.

beni mobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di un corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della 'donazione', rispondendo allo specifico e più originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento 'separazione' o 'divorzio'; tale spirito sfugge, in quanto tale, da un lato, alle connotazioni classiche dell'atto di donazione vero e proprio (tipicamente estraneo ad un contesto caratterizzato dalla dissoluzione, piuttosto che da ragioni di affettività), e dall'altro, a quelle di un atto di vendita (attesa l'assenza di un prezzo corrispettivo). Pertanto esso svela la sua 'tipicità' propria, che di volta in volta può colorarsi dei tratti dell'obiettivo onerosità, piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell'eventuale ricorrenza o meno nel concreto dei connotati di una sistemazione 'solutoria-compensativa', più ampia e complessiva, di tutta quella ampia serie di possibili rapporti anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della convivenza matrimoniale (spesso lunga)".

Poco dopo la Cassazione ribadiva il principio e accedeva alla tesi della tipicità della fattispecie, a proposito di un'azione revocatoria esperita contro una pattuizione di trasferimento attuativa di un accordo di separazione³⁰³. In senso conforme all'ammissibilità dell'azione

³⁰³ Cfr. Cass. civ. III sez., 14.3.2006, n. 5473, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 371, con nota di M. MARTINO, *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale* (Questa Corte ha già autorevolmente chiarito (Cass. n. 5741 del 2004) che gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della "donazione", e - tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all'actio revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. - rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale" (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), il quale, sfuggendo - in quanto tale - da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di "donazione" vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto - quello della separazione personale - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di

revocatoria (fallimentare) i giudici di legittimità si pronunciavano con riferimento ad un accordo in cui il coniuge, poi fallito, assegnatario della casa coniugale secondo le condizioni della separazione consensuale omologata, a modifica di esse, aveva costituito a favore dell'altro coniuge –per tutta la durata della sua vita- il diritto di abitazione sulla casa familiare al posto del versamento di un assegno mensile, a suo tempo pattuito quale contributo alle spese per il reperimento di una nuova soluzione abitativa. In questo caso la Cassazione ricalcava la concezione privatistica della separazione consensuale e considerava esperibile il rimedio del curatore *ex art. 67 L. Fall.*, non trattandosi di una revocatoria "della separazione" ma di una revocatoria "nella separazione". L'impugnativa mira infatti a colpire non la separazione in sé, ma "il segmento della fattispecie complessa in cui si annida il *vulnus* alle aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio".³⁰⁴ Sullo stesso

vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua "tipicità" propria la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettivo onerosità piuttosto che di quelli della "gratuità", in ragione dell'eventuale ricorrenza - o meno - nel concreto, dei connotati di una sistemazione "solutorio-compensativa" più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale. Dal condivisibile precedente sopra menzionato si evince che, nei casi come quello di specie, il giudice di merito, in considerazione della "tipicità" del rapporto, deve accertare se, in concreto, la cessione del bene sia avvenuta a titolo gratuito oppure a titolo oneroso".

³⁰⁴ Cfr. Cass. civ. III sez., 12.4.2006, n. 8516, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 375. La sentenza riafferma la validità dei trasferimenti in sede di separazione sulla base di un proprio tralazio convincimento, concludendo tuttavia per l'atipicità, con propri presupposti e finalità, dei contratti con cui si opera la sistemazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi: "Questa Corte ha costantemente riconosciuto la validità delle clausole dell'accordo di separazione che, nel quadro della complessiva regolamentazione dei rapporti fra i coniugi, prevedano il trasferimento di beni immobili (Cass., 15 maggio 1997, n. 4306; Cass., 11 novembre 1992, n. 12110) con particolare riguardo ai riflessi fiscali, Cass., 20 maggio 2005, n. 11458; Cass., 22 maggio 2002, n. 7493), ovvero la costituzione di diritti reali minori, tra cui, *in primis* per quanto al presente interessa, il diritto di abitazione (cfr., in tal senso, già la remota Cass., 12 giugno 1963, n. 1594) clausole che presentano, peraltro, una loro propria "individualità", quali espressioni di libera autonomia contrattuale delle parti interessate (cfr. Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897), dando vita, nella sostanza, a veri e propri contratti atipici, con particolari presupposti e finalità, non riconducibili nè al

argomento, ovvero sulla declaratoria di inefficacia relativa degli atti traslativi lesivi delle ragioni dei terzi, la Cassazione, richiamando il proprio orientamento consolidato sulla natura negoziale delle pattuizioni in sede di separazione e sull'irrilevanza -ai fini della revocatoria- della loro inscindibilità rispetto all'accordo della separazione nonché del fatto che il trasferimento si presenti come attuativo di un obbligo legale derivante dallo *status* di separazione, ha precisato che la cognizione del giudice deve riguardare anche il contenuto obbligatorio degli accordi separatizi, nonostante sia stato espressamente impugnato soltanto il contratto di cessione immobiliare attuativo degli accordi stessi³⁰⁵. La precisazione presuppone un'impostazione che individua la causa tenendo presente la pluralità di strumenti negoziali utilizzati e le modalità concrete di attuazione degli interessi perseguiti.

paradigma delle convenzioni matrimoniali nè a quello della donazione, ma diretti comunque a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. (Cass., 17 giugno 2004, n. 11342; Cass., 11 novembre 1992, n. 12110; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500; Cass., 27 ottobre 1972, n. 3299; con riguardo altresì a clausola inserita in un accordo per la separazione di fatto, Cass., 17 giugno 1992, n. 7470)".

³⁰⁵ Cfr. Cass. civ. III sez., 13.5.2008, n. 11914, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 1468, con nota di D. PECORIELLO, *Causa del trasferimento immobiliare tra i coniugi in esecuzione dell'accordo di separazione ed ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria* ("I principi di cui sopra trovano conferma in una giurisprudenza ormai consolidata. Si è precisato che l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria fallimentare ai sensi della L. Fall., art. 67 e 69, non trovando tale azione ostacolo nè nell'avvenuta omologazione dell'accordo di separazione, che lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione; nè nell'ipotetica inscindibilità di tale pattuizione dal complesso delle altre condizioni della separazione; nè, infine, nella circostanza che il trasferimento immobiliare o la costituzione del diritto reale minore siano stati pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in considerazione non già la sussistenza dell'obbligo in sè, di fonte legale, ma le concrete modalità del suo assolvimento (Cass. civ., Sez. 1^a, 12 aprile 2006 n. 8516. Nello stesso senso, fra le altre, Cass. Civ., Sez. 3^a, 26 luglio 2005 n. 15603)").

Anche la giurisprudenza di merito, recependo l'insegnamento della ultima Cassazione come regola ormai acquisita, ribadisce, a vario titolo, la funzione *solutorio-compensativa* degli accordi della crisi coniugale³⁰⁶.

In conclusione, alla luce di quanto emerge dai contributi dottrinali e dalle pronunce giurisprudenziali, la tendenza è quella di attribuire a tali accordi un'autonoma giustificazione causale e agli atti traslativi collegati una specifica funzione *estintiva* (anche se non sempre preclusiva) di carattere soddisfacente rispetto agli obblighi contributivi. L'adempimento traslativo e le reciproche compensazioni costituiscono le modalità attuative di quello spirito di "sistemazione" dei rapporti personali e patrimoniali, voluta dai coniugi in alternativa al contenzioso giudiziale e con il minimo spazio per l'esercizio per il potere di controllo del giudice.

³⁰⁶ Cfr. Trib. Catanzaro Sez. II, Sent., 09-05-2011, in *Corriere del Merito*, 2011, p. 914. Il giudice si era occupato del caso in cui il marito non aveva adempiuto all'impegno assunto dal marito in sede di separazione di "donare" con apposito atto, la casa coniugale, nonché tutti gli altri averi (terreni e due ulteriori unità abitative), ai figli, riservandone l'usufrutto per sé e per la moglie. Quest'ultima lo aveva convenuto in via ordinaria per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre. Il tribunale, richiamava espressamente l'insegnamento della nota massima della cassazione (Cass. n. 5473 del 2006 *cit.*) e affermava che "l'adempimento dell'obbligo di mantenimento di un coniuge nei confronti dell'altro coniuge ovvero nei confronti del figlio minore può essere realizzato con l'attribuzione definitiva di beni od anche con l'impegno ad attribuirli, anziché per mezzo di una prestazione patrimoniale periodica". In senso conforme vedi Trib. Milano, 22-07-2010, in *Foro Padano*, 2011, 1, p. 174; Trib. Padova Sez. II, 05-03-2009 (massima redazionale *La legge plus on line Ipsoa*), in tema di presupposti dell'azione revocatoria ordinaria, richiamata la tesi della Cassazione sulla funzione tipica degli atti attributivi tra coniugi, affermava: "nella fattispecie concreta, questo Tribunale ritiene che la cessione in esame costituisca un atto a titolo gratuito, atteso che nel verbale di omologa è genericamente richiamata la mera "finalità di riequilibrare la situazione economica" tra i coniugi, senza alcuno specifico riferimento all'attività lavorativa prestata dalla moglie nell'azienda familiare, né alla quantificazione economica di tale presunto corrispettivo e dei relativi criteri di calcolo". Ancora, conformemente all'insegnamento della Suprema Corte, il Trib. Reggio Emilia Sez. I, 26-03-2007, in *Fam. e Dir.*, 2008, p. 616, ha ammesso la validità di un vincolo di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* con funzione solutoria degli obblighi familiari: "È valido, in quanto avente causa lecita, l'accordo tra coniugi, raggiunto in sede di verbale di separazione consensuale, con il quale l'uno trasferisce all'altro, in adempimento dell'obbligo di mantenimento dei figli minori, diritti reali immobiliari, con l'impegno di quest'ultimo a non alienarli prima del raggiungimento della maggiore età dei beneficiari e di destinarne i frutti in loro favore; detto accordo, ove trascritto ai sensi dell'art. 2645-ter c.c., è opponibile 'erga omnes'".

Lo spirito, condiviso dai coniugi, di costituire un nuovo assetto economico spiega perché la causa degli atti attributivi e la conseguente disciplina possano essere individuate solo in relazione alla complessa regolamentazione dei rapporti patrimoniali, rispetto alla quale tutti gli atti devono intendersi in modo unitario. inscindibilità delle pattuizioni tra loro collegate, come condizioni del consenso a vivere separati.

3.5. Il regime fiscale degli atti collegati alla causa di separazione o divorzio.

Le considerazioni svolte sulla causa dei contratti tra coniugi in sede di separazione e divorzio rilevano anche sulla disciplina del loro trattamento tributario.

Il regime fiscale dei trasferimenti tra coniugi in sede di separazione e di divorzio è stato regolato, per molto tempo, dall'art. 8, lettera f), della Tariffa, parte prima, di cui al Testo Unico dell'Imposta di Registro del 26 aprile 1986 n. 131³⁰⁷. Tale disposizione riconosceva alla fattispecie un trattamento di favore prevedendo l'applicazione in misura fissa per la sola imposta di registro e solo per quei trasferimenti -definiti "attribuzioni"- attuati tra i soli coniugi (o in cui essi erano destinatari degli effetti), contenuti in un atto giudiziario e aventi ad oggetto beni patrimoniali "già facenti parte della comunione tra i coniugi".

Erano quindi esclusi dall'agevolazione tributaria tutti gli altri trasferimenti che, pur avendo causa nella separazione o nel divorzio, avevano una forma diversa dall'atto giudiziario, perché stipulati davanti al notaio, ovvero in altre forme, o che indicavano nei terzi i

³⁰⁷ D.P.R. 26 Aprile 1986, n. 131, che assoggetta all'imposta di registro ("*Atti soggetti a registrazione in termine fisso*") gli atti dell'autorità giudiziaria ordinaria e speciale "*f*) aventi per oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la separazione personale, ancorché recanti condanne al pagamento di assegni o attribuzioni di beni patrimoniali, già facenti parte della comunione legale tra coniugi".

destinatari delle attribuzioni, come, nella maggior parte dei casi, i figli. Sulla base di queste ragioni di mera convenienza economica si era diffusa nella prassi la tendenza a concludere i trasferimenti immobiliari nella sede giudiziale³⁰⁸.

Con la riforma del divorzio nel 1987, l'art. 19 della legge n. 74 del 6 marzo, introdusse, tra le altre novità, un nuovo regime fiscale che avrebbe abrogato l'articolo 8, lettera f), della Tariffa, parte prima, di cui al Testo Unico dell'Imposta di Registro, oramai incompatibile con la diversa previsione, secondo cui l'esenzione opera per "tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di divorzio" e non solo per l'imposta di registro ma anche per tutte le altre imposte e tasse³⁰⁹.

Poiché la disposizione era volutamente limitata dal Legislatore alla sfera dello scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, cominciarono a serpeggiare i dubbi sulla legittimità costituzionale di tale limitazione per la mancata previsione di analoga agevolazione in un ambito molto simile e parimenti collegato ad uno stato di crisi del rapporto matrimoniale. Con sentenza n. 176 del 15 aprile 1992, la Corte Costituzionale, adita dalla Commissione Tributaria di primo grado di Milano,³¹⁰ dichiarò illegittimo l'art. 19, ma solo nella

³⁰⁸ Lo sottolinea P. GIUNCHI, *Gli atti "relativi" ai procedimenti di separazione personale e di divorzio, tra forma e imposizione fiscale*, in *Notariato*, 2003, p. 277: "l'economica ragione per la quale i negozi relativi alla crisi del matrimonio abbiano continuato ad allocarsi nell'accogliente contenitore del verbale presidenziale che spesso assume la indebita veste di un lasciapassare fiscale".

³⁰⁹ Art 19 legge n. 74 del 1987: "Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli articoli 5 e 6 della legge 1 dicembre 1970 n. 890, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa".

³¹⁰ Sent. Corte Costituzionale n. 176 del 1992: "è costituzionalmente illegittimo l'art. 19, l. 6 marzo 1987, n. 74, in relazione agli art. 4, d. p. r. 26 ottobre 1972, n. 635 e 1, tariffa allegata, nella parte in cui non comprende nell'esenzione dal tributo anche le iscrizioni

parte in cui non comprendeva nell'esenzione dall'imposta di registro anche le iscrizioni di ipoteca effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge nel giudizio di separazione.

Questo fu solo un primo passo perché la piena equiparazione tributaria per tutti gli altri atti, documenti e provvedimenti relativi alla separazione si ebbe con la pronuncia della Consulta del 10 maggio 1999, n. 154³¹¹. In quella sede era dichiarato illegittimo l'art. 19 della legge n. 74 del 1987, nella parte in cui non estendeva l'intero sistema di agevolazione alla separazione, per contrasto con gli artt. 3, 29, 31 e 53 della Costituzione. Nella decisione erano resi espliciti "il parallelismo, le analogie, la complementarietà funzionale dei procedimenti di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e del procedimento di separazione dei coniugi". Ciò che induceva a ritenere ingiustificata una diversificazione del profilo tributario, poiché "l'esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale che motiva e giustifica il beneficio fiscale con riguardo agli atti del giudizio divorzile, è ancor più evidente [...] nel giudizio di separazione, sia perché in quest'ultimo la situazione di contrasto tra i coniugi - ai quali occorre assicurare una se non più ampia, almeno pari tutela - presenta una maggiore asprezza e drammaticità rispetto alla fase già stabilizzata dell'epilogo divorzile, sia in considerazione di agevolare e promuovere nel più breve tempo, una soluzione idonea a garantire l'adempimento

di ipoteca effettuate a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge nel giudizio di separazione, per contrasto con i parametri della ragionevolezza e della uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in quanto comporta una disparità di trattamento di situazioni omogenee in relazione ad un profilo fiscale identico".

³¹¹ Corte Cost. 10 maggio 1999, n. 154: "L'art. 19 l. 6 marzo 1987 n. 74, secondo cui tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa, è costituzionalmente illegittimo - per violazione dell'art. 3 Cost., sia sotto il profilo del principio di uguaglianza, sia sotto il profilo di ragionevolezza, nonchè degli artt. 29, 31 e 53 Cost. - nella parte in cui non estende l'esenzione in esso prevista a tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi.

delle obbligazioni che gravano, ad esempio, sul coniuge non affidatario della prole".³¹²

La portata dell'esenzione fiscale di cui all'art. 19 della legge n. 74 del 1987 è dunque stata chiarita con la citata storica sentenza della Corte Costituzionale n. 154 del 1999, la quale ha precisato i limiti del regime fiscale vigente, in relazione a più aspetti: *a)* quali sono le imposte e le tasse oggetto della normativa; *b)* a quali atti (negozi o contratti) si applica; *c)* quale sia l'ambito soggettivo di applicazione del citato regime.

Quanto al primo punto, la sentenza della Consulta ha chiarito il significato da attribuire all'espressione "*ogni altra tassa*", precisando che il riferimento va interpretato in senso atecnico e quindi ampio. Rientrano, pertanto, nel trattamento di favore, oltre alle tasse e alle imposte di bollo e di registro, le imposte ipotecarie e catastali, quella sul valore aggiunto ed ogni altra imposta diretta o indiretta che possa avere attinenza con i trasferimenti in questione, purchè essi siano connessi ai procedimenti che, nascendo dalla crisi del matrimonio, tendono a dare nuova sistemazione agli interessi patrimoniali della famiglia. Per questo motivo, l'esenzione non può riguardare quelle imposizioni fiscali che traggono il loro presupposto da ragioni impositive diverse rispetto al citato interesse specifico (in tal senso, restano escluse dal trattamento di favore l'imposta comunale sugli immobili che dal 10 gennaio 2012 è stata sostituita dall'IMU e quella sui redditi fondiari).

³¹² Ricompreso nell'agevolazione fiscale era anche il pagamento del Contributo Unificato, dovuto per l'instaurazione dei procedimenti di separazione e di divorzio, coerentemente con i principi di cui alla citata sentenza n. 154/1999 della Consulta, per garantire e agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale in tali settore. Con il d.l. n. 98 del 6 luglio 2011 in tema di revisione delle spese di giustizia, è stato introdotto tale obbligo anche per tali procedimenti, in evidente contrasto con i principi costituzionali che hanno indotto a dichiarare costituzionalmente illegittima la limitazione dell'esenzione dei cui all'art. 19 legge 74/87.

Quanto alla tipologia di atti, il trattamento di favore deve riguardare tutti "gli atti, documenti e provvedimenti" relativi alla procedura del divorzio e della separazione. Ponendo l'attenzione sul termine "atti", esso va interpretato nel senso che il Legislatore ha voluto consentire l'accesso al trattamento di favore a tutti i negozi o contratti stipulati tra i coniugi che comportino disposizioni di diritti reali su beni immobili. Deve tuttavia sempre trattarsi di "atti" "relativi" al procedimento di divorzio e di separazione. Ci si chiede a questo punto, anche alla luce dei principi fissati dalla citata sentenza della Consulta del 1999, cosa si intenda con l'espressione "relativi" al procedimento. In prima battuta, sembrerebbe lecito far confluire nella disposizione normativa tutti quei negozi o contratti, ad effetti reali su immobili, in qualsiasi modo collegati ai procedimenti di separazione e di divorzio e, dunque, anche quelli, semplicemente, occasionati dalla separazione e dal divorzio. La Corte Costituzionale ha però evidenziato che deve trattarsi di atti sorretti da una funzione di tutela economico-patrimoniale della famiglia, dai quali "emergono quelle ragioni e quelle finalità di inerenza al procedimento che giustificano il particolare trattamento fiscale".³¹³ Ciò che quindi rileva a tal fine è la causa del negozio, la quale deve consistere nella funzione di attuare un regolamento economico in attuazione degli obblighi familiari e con lo scopo ulteriore di definire ogni questione patrimoniale legata alla convivenza matrimoniale. Rientra in tale tipologia, ad esempio il trasferimento di un bene attuato ai fini dell'adempimento dell'obbligo al mantenimento. Non rileva invece la semplice connessione temporale o la casuale contemporaneità tra l'attribuzione patrimoniale e il procedimento di separazione o divorzio. E' sempre possibile infatti che, in occasione della crisi familiare, siano compiuti atti traslativi, con causa tipica ma estranei alla

³¹³ P. GIUNCHI, *Gli atti "relativi" ai procedimenti di separazione e divorzio*, cit., p. 278.

più ampia causa di sistemazione patrimoniale che giustifica il trattamento di favore³¹⁴.

Altro dato importante, desumibile dalla norma, è che tali atti non devono necessariamente essere inseriti in un atto o provvedimento giudiziale. Se l'atto è relativo ad un procedimento finalizzato a risolvere la crisi –e quindi perciò stesso attinente al processo di separazione- è indifferente che esso sia concluso davanti al giudice o formalizzato in un secondo momento davanti al notaio.

Quanto ai soggetti per cui opera il regime agevolato, il problema è se esso si riferisce solo ai negozi in cui i coniugi sono parti, o anche a quelli in cui essi sono semplicemente destinatari degli effetti, o, ancora, se esso possa comprendere anche i trasferimenti che interessano figli (siano essi parte o terzi destinatari degli effetti). Il punto è chiarito sempre dalla Corte Costituzionale,³¹⁵ la quale, nell'estendere il beneficio fiscale alla separazione, ha elaborato la tesi secondo cui i negozi in questione sono strumenti finalizzati a dare sistemazione agli interessi, non solo dei coniugi, ma dell'intera famiglia e dunque anche della prole. A tal fine, la Consulta fa espresso riferimento proprio agli artt. 29 e 31 della Costituzione, eliminando ogni dubbio sulla necessità di considerare oggetto del regime agevolato anche i trasferimenti a favore della prole.

Nonostante questa posizione sia molto chiara, ad oggi la materia non è ancora dipanata, a causa di prassi applicative disomogenee

³¹⁴ In tal caso essi dovrebbero essere tassati, scontando le normali imposte ad essi afferenti (sul punto vedi Cass. 22 maggio 2002 n. 7493: "Questa Corte, poi, ha statuito che le agevolazioni in questione "operano con riferimento a tutti gli atti e convenzioni che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare sotto il controllo del giudice, i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, ivi compresi gli accordi che contengono il riconoscimento o il trasferimento della proprietà esclusiva di beni mobili ed immobili all'uno o all'altro coniuge" (Cass. 2347/2001). Lo stesso principio vale per i procedimenti di separazione personale. Naturalmente, l'esenzione non opera quando si tratti di atti ed accordi che non siano finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione, ma siano soltanto occasionalmente generati dalla separazione stessa (Cass. 15231/2001)." La Corte evoca qui un concetto di "causalità necessaria" tra atti traslativi e separazione personale.

³¹⁵ Cfr. Corte Cost., 10-05-1999, n. 154 *cit.*

dell'Autorità amministrativa (le direzioni dell'Agenzia delle Entrate e dell'Autorità finanziaria) nel territorio nazionale³¹⁶. Recentemente l'Agenzia delle Entrate, con Circolare n. 27 del 21 giugno 2012, ha stabilito che l'esenzione dell'art. 19 deve ritenersi applicabile ad accordi di natura patrimoniale non soltanto direttamente riferibili ai coniugi, ma anche ad accordi aventi ad oggetto disposizioni negoziali in favore dei figli, "purché il testo dell'accordo omologato dal Tribunale preveda esplicitamente che l'accordo patrimoniale a beneficio dei figli sia elemento funzionale e indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale". Fermo il valore limitato della circolari amministrative nella gerarchia delle fonti, il criterio interpretativo suggerito tradisce un'impostazione che, non solo considera i negozi della crisi coniugale come negozi "a causa esterna" -rispetto alla quale gli atti attributivi hanno natura necessariamente solutoria-, ma, addirittura, considera la *expressio causae* (lo specifico richiamo alla causa esterna) una condizione per la stessa esistenza della causa di questi negozi³¹⁷.

³¹⁶ Al riguardo, è da segnalare la Risoluzione n. 151/E del 15 ottobre 2005, emanata dall'Agenzia delle Entrate - Direzione Generale, la quale riproduce il parere di una Direzione Regionale che ha ritenuto non spettare il trattamento di favore alla cessione di diritti su immobili da uno dei coniugi al figlio, nel corso dell'accordo giudiziale, affermando che l'atto per il quale era richiesta l'omologazione riguardava un soggetto terzo (il figlio), non rientrante tra quelli per i quali opera il beneficio (cioè i coniugi). Ancora, nella Circolare 16 marzo 2000 n. 49/E, nella quale l'Autorità finanziaria, contravvenendo alla regola dell'irrelevanza della sede in cui viene perfezionato il negozio, precisa che "Lo stesso trattamento di favore deve essere applicato agli atti posti in essere in esecuzione degli accordi assunti in sede di separazione, perchè tali accordi risultano formalizzati nel provvedimento di separazione e ad esso connessi", provvedendo, così, ad accordare il beneficio fiscale solo a quegli atti di trasferimento attuati direttamente in sede giudiziale o effettuati in esecuzione di un preliminare, sempre che anche quest'ultimo contratto sia formalizzato nella suddetta sede (in tal senso, un negozio di trasferimento, anche se posto in essere ai fini solutori dell'obbligo di mantenimento, ma formalizzato innanzi a un notaio prima dell'omologazione e, semplicemente, richiamato nell'accordo di separazione, verrebbe a non godere dei benefici fiscali in esame).

³¹⁷ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. civ. Sez. Unite, 02-11-2007, n. 23031) ha precisato la limitata efficacia sul piano normativo delle circolari amministrative: "Deve ritenersi esclusa la natura e l'efficacia di atto normativo alle circolari esplicative emanate in materia tributaria (nella specie, dall'Agenzia delle Entrate) - con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per l'esame diretto e del giudice ordinario in punto di vaglio per la disapplicazione, in

Secondo il criterio interpretativo suggerito dalla Circolare, l'indice di riconoscimento della giustificazione causale è dunque l'espresso riferimento alla funzione dell'atto attributivo, come modalità "indispensabile" della risoluzione della crisi. Sembra un passo indietro rispetto all'elaborazione più recente della dottrina e della giurisprudenza civilistica, sulla sussistenza di una causa autonoma e tipica degli atti compiuti in sede di separazione e divorzio con funzione solutorio-compensativa di tutti i rapporti patrimoniali tra coniugi, che esiste a prescindere da una dichiarazione espressa del collegamento agli interessi da regolare in sede di crisi coniugale.

Per restare in tema di trattamento fiscale degli atti attributivi conclusi in tale ultima sede, e per completezza, si evidenzia l'ulteriore questione di grande rilevanza pratica, quella della decadenza dalle agevolazioni "prima casa" in seguito a negozi di trasferimento tra i coniugi. Molto frequente è l'ipotesi in cui un coniuge trasferisce all'altro o ai figli, nell'ambito della sistemazione degli assetti patrimoniali in pendenza della crisi, un immobile di sua esclusiva proprietà o in comunione (con l'altro coniuge). Se all'atto dell'acquisto dell'immobile il coniuge aveva goduto delle agevolazioni fiscali relative all'acquisto della prima casa, si pone un problema nel caso in cui egli ceda l'immobile *de quo* all'altro coniuge o al figlio, per esempio, ai fini solutori dell'obbligo di mantenimento, nel quinquennio dall'acquisto e senza provvedere, entro un anno, all'acquisizione di altro immobile.

Secondo la disciplina fiscale ordinaria ci si troverebbe di fronte ad un'ipotesi di decadenza dalle agevolazioni fiscali per l'acquisto della

qualità di atto di imposizione generale, - essendo detti provvedimenti dotati unicamente di efficacia interna all'Amministrazione emittente ed assumendo veste di istruzione, ordine di servizio, direttiva impartita agli uffici ed all'organico. Esse sono pertanto destinate ad esercitare una funzione direttiva degli uffici dipendenti insuscettibile di incidere in alcun modo sul rapporto giuridico tributario disciplinato dalla riserva di legge, con esclusione di poteri o facoltà discrezionali accordati all'Amministrazione finanziaria". La regola è confermata anche da successive pronunce delle singole Sezioni (Cass. civ. Sez. V, 06-08-2008, n. 21154).

prima casa, con il conseguente obbligo del pagamento dell'imposta di registro e della relativa sovrattassa. In considerazione del fatto che però l'operazione di trasferimento è stata effettuata in pendenza di un giudizio di separazione o di divorzio, immediatamente prima o dopo lo stesso, o, addirittura, all'interno dello stesso, come strumento di sistemazione dell'assetto patrimoniale conseguente alla crisi, si ritiene che l'accordo rientri tra gli "atti relativi al procedimento di separazione o di divorzio" di cui all'art. 19 della legge n. 74 del 1987. Di conseguenza, l'operazione negoziale non resta sottoposta al regime ordinario, ma rientra tra le operazioni per le quali vale il regime fiscale agevolato. La conclusione è avvalorata anche dalla citata recente Circolare 21 giugno 2012, n. 27/E, secondo cui il regime di favore può trovare applicazione anche al fine di escludere il verificarsi della decadenza dalle agevolazioni "prima casa" fruite in sede d'acquisto, qualora, in adempimento di un obbligo assunto in sede di separazione o divorzio, uno dei coniugi ceda la propria quota dell'immobile all'altro, prima del decorso del termine quinquennale. La decadenza dell'agevolazione è esclusa a prescindere dalla circostanza che il coniuge cedente provveda o meno all'acquisto di un nuovo immobile. Non ci risultano sul punto pronunce giurisprudenziali di legittimità³¹⁸.

Visto il quadro della legislazione vigente sul trattamento fiscale degli atti attributivi della crisi coniugale, si spiegano le ragioni di una larga diffusione di questo tipo di contrattazione tra i coniugi, che può nascondere tuttavia "motivazioni recondite"³¹⁹, dalla frode fiscale alla

³¹⁸ Possono segnalarsi solo poche decisioni di commissioni tributarie provinciali. Tra queste, merita attenzione una delle più recenti, quella della Commissione Tributaria Provinciale di Torino del 12 gennaio 2010, n. 1 che risolve la questione nei termini riferiti. Si segnala, anche, la decisione della Commissione Tributaria Provinciale del Veneto-Treviso del 4 dicembre 2007, n. 98 che accoglie, anch'essa, il ricorso del contribuente, ritenendo prevalente l'art. 19 della legge 74 del 1987 sulla normativa fiscale ordinaria.

³¹⁹ Sulle motivazioni recondite della prassi, sul pericolo della frode alla legge, della frode ai creditori e dell'elusione fiscale si sofferma M. IEVA, *Trasferimenti mobiliari e immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, cit. p. 471.

frode ai creditori. Sotto questo ultimo profilo, è chiaro come tali atti non sfuggano ai rimedi della revocatoria ordinaria e fallimentare e a quelli in tema di illiceità o di mancanza della causa.

SOMMARIO: 4.1. L'inidoneità del fondo patrimoniale a soddisfare le esigenze che si manifestano nella fase patologica del matrimonio. 4.2. Costituzione di diritti e trasferimenti immobiliari tra coniugi nel verbale di separazione consensuale. Idoneità del titolo per la trascrizione. 4.3. Trasferimenti immobiliari a favore della prole. 4.4. Costituzione di vincoli di destinazione nella fase patologica del matrimonio. 4.5. Casi di applicazione del *trust* in funzione di adempimento degli obblighi contributivi dei coniugi. 4.6. Il *trust* come garanzia di destinazione abitativa della casa familiare.

4.1. L'inidoneità del fondo patrimoniale a soddisfare le esigenze che si manifestano nella fase patologica del matrimonio.

Prima di esaminare i diversi tipi di accordi o contratti dei coniugi conclusi in sede processuale in funzione di una sistemazione tendenzialmente stabile dei loro rapporti patrimoniali, è necessario soffermarsi sul fatto che nel nostro ordinamento mancano istituti specifici idonei a garantire che determinate risorse siano dedicate alla tutela degli interessi e dei diritti che sorgono con la separazione personale o con il divorzio.

Nel quadro del regime patrimoniale della famiglia, l'istituto che è stato pensato per realizzare questa funzione in costanza di matrimonio è il fondo patrimoniale, disciplinato dagli articoli 167 ss. del codice civile. Attraverso tale strumento –come è noto– è consentito vincolare uno o più beni mediante la destinazione degli stessi ai bisogni della famiglia³²⁰. Il vincolo costituisce un patrimonio separato,³²¹ infatti i beni ricompresi nel fondo possono essere aggrediti solo in relazione ai debiti contratti per i bisogni della famiglia³²², pur con delle attenuazioni, e sono sottoposti allo speciale regime circolatorio di cui all'art. 169 c.c.

³²⁰ Nel senso che l'atto costitutivo del fondo patrimoniale sia riconducibile ai "negozi di destinazione", vedi V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, III, Milano, 1996, p. 23 ss.; R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*. Napoli 2004, p. 284.

³²¹ Sul punto vedi G. OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, in scritti giuridici. *Persona e famiglia*, V, Padova, 1992, p. 293 ss.; R. QUADRI, voce *Fondo patrimoniale*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1989.

³²² La portata effettiva della norma (art. 170 c.c.) è molto discussa e per la sua formula molto ampia qualcuno ritiene che siano inclusi anche i debiti contratti nell'esercizio dell'attività economica della famiglia. In questo senso vedi E. RUSSO, *Il fondo*

Il regime di amministrazione, per espresso rinvio dell'art. 168, terzo comma, c.c., è quello della comunione legale³²³. Stante la piena e diretta applicabilità delle relative regole (art. 180 c.c.), la gestione dei beni costituiti in fondo, richiede la collaborazione e la volontà di entrambi i coniugi per il compimento degli atti di disposizione e di straordinaria amministrazione, per la validità dei quali è necessario il consenso di tutti e due (art. 184 c.c.).

Alla luce di questo ci si chiede quale sia la sorte del fondo quando sopravvenga la crisi della coppia con la separazione personale o il divorzio. Partendo da quest'ultima ipotesi, è facile verificare come la legge preveda espressamente le conseguenze del divorzio sul fondo patrimoniale. L'art. 171 c. c. contempla infatti, fra i casi di cessazione del fondo, anche lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio³²⁴. La norma elenca i tre casi in cui "la destinazione del fondo termina": l'annullamento, lo scioglimento, la cessazione degli effetti civili del matrimonio. In dottrina si ritiene per lo più che l'elencazione sia tassativa³²⁵, anche se le incertezze interpretative

patrimoniale, in *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 113.

³²³ Nel senso che il rinvio alle norme sull'amministrazione della comunione legale sia inderogabile vedi C.M. BIANCA, *Diritto civile, II*, Milano 2005, p. 145.

³²⁴ Sulle cause di cessazione del fondo e in generale sull'istituto vedi G. CIAN-G. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, III, Torino, 1982, p. 825 ss.; G. GABRIELLI, *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982, p. 293ss; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, *Le convenzioni matrimoniali, Fam. e impresa*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, VI, Milano, 1984, p. 83 ss.; F. CARRESI, *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 43 ss.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. Schlesinger, Milano, 1992; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, in *Dir. fam., Tratt.* a cura di G. Bonilini-G. Cattaneo, vol. II, Torino, 1997, p. 343 ss.; M. L. CENNI, *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da P. Zatti, vol. III. Milano, 2002, p. 551 ss.

³²⁵ Sulla tassatività dell'elencazione vedi V. DE PAOLA, *op. cit.* p. 129. Nel senso che la separazione personale costituisca causa di cessazione del fondo solo in caso di mancanza di figli vedi G. CIAN-G. CASAROTTO, *op. cit.* p. 838; in giurisprudenza Tribunale Minori Perugia, 20 marzo 2001, in *Riv. not.*, 2001, p. 1189 ss.

derivano dall'ultimo comma dell'art. 171 c.c., secondo cui, se non vi sono figli minori, si applicano le disposizioni sullo scioglimento della comunione (art. 191 c.c.). In questo caso, e solo in mancanza di prole minorenni, dovrebbero comportare la cessazione del vincolo di destinazione la dichiarazione di assenza o di morte presunta di un coniuge, l'annullamento e la cessazione degli effetti del matrimonio per divorzio, la separazione personale, la separazione giudiziale dei beni, il mutamento convenzionale del regime patrimoniale e il fallimento³²⁶.

Secondo l'interpretazione più restrittiva del regime di cessazione del fondo patrimoniale, è irrilevante l'ipotesi della separazione personale in presenza di figli minori³²⁷, nel qual caso rimarrebbe la destinazione dei beni ai bisogni della famiglia anche quando i coniugi sono già stati autorizzati a vivere separatamente e resterebbe un regime di amministrazione congiunta relativamente agli atti maggiormente rilevanti sotto il profilo economico³²⁸.

Anche in caso di divorzio la presenza di figli minori è decisiva per la sopravvivenza del vincolo: una sorta di ultrattività temporanea fino al compimento della maggiore età dei figli (art. 171, secondo comma, c.c.).

³²⁶ La formulazione dell'art. 171 c.c. lascia irrisolto il problema dell'ammissibilità dello scioglimento consensuale del fondo. Secondo una parte della dottrina, muovendo dal carattere tassativo dell'elencazione ivi contenuta, sarebbe preclusa all'autonomia privata dei coniugi la possibilità di determinare convenzionalmente la cessazione del fondo patrimoniale, in ragione dell'interesse dei terzi interessati alla durata del vincolo (in questo senso vedi V. DE PAOLA, *op. cit.* p. 23 ss.; R. PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, in *Riv. Dir. civ.* 1980, II, p. 563; in giurisprudenza vedi Tribunale di Savona, 24 aprile 2003, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 67, con nota di M. CAPECCHI, *I limiti allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*).

Secondo una diversa prospettiva più diffusa, invece, lo scioglimento convenzionale del fondo sarebbe ammissibile sulla base del generale potere dei coniugi di modificare le convenzioni matrimoniali (la tesi è prospettata in particolare da G. GABRIELLI, *op. cit.* p. 318; in giurisprudenza Tribunale di Vicenza, 10 giugno 1985, in *Riv. Notariato*, 1985, II, 1200; Tribunale di Roma, 14 marzo 2002, in *Riv. Not.* 2003, p. 722).

³²⁷ Si è detto che, secondo una parte della dottrina, essa opererebbe come causa di cessazione del fondo solo in assenza di figli (G. CIAN-G. CASAROTTO, *op. cit.* p. 838).

³²⁸ Sull'irrilevanza della separazione personale come causa di cessazione del fondo patrimoniale, vedi Tribunale di Savona, 24 aprile 2003, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 67, con nota di M. CAPECCHI, *I limiti allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*, *cit.*

Il che significa che le regole di amministrazione congiunta, nei limiti di cui all'art. 180 c.c., rimangono ancora tendenzialmente applicabili nell'interesse dei figli minori, anche quando i coniugi sono già divorziati e non sussiste più alcun vincolo matrimoniale. Gli atti di disposizione, quelli eccedenti l'ordinaria amministrazione e la costituzione di diritti personali di godimento restano pertanto soggetti alla necessità del consenso di entrambi i coniugi e sul regime di amministrazione può intervenire anche il giudice³²⁹ su istanza della parte interessata³³⁰. In definitiva, la presenza della prole minorenni determina un effetto differito della cessazione.

Nonostante i meccanismi di "ultraefficacia" della destinazione del patrimonio vincolato a far fronte ai bisogni della famiglia, è chiaro che il fondo, nella fase patologica del rapporto matrimoniale, presenta dei limiti di funzionamento che si spiegano con la *ratio* stessa dell'istituto. Il legislatore infatti ha voluto ancorare il permanere del vincolo di destinazione alla effettività del vincolo matrimoniale. E' quindi fatale che l'atto istitutivo di cui all'art. 167 c.c. con la separazione o con il divorzio non risponda più stabilmente alla funzione che gli è propria. Ciò, sia con riferimento all'amministrazione dei beni, sia con riferimento alla permanenza nel fondo di tutti i beni vincolati.

E' possibile, anzi molto probabile, che quando i coniugi cessano la convivenza, temporaneamente o definitivamente, siano indotti, anche in presenza di figli minori, a cedere i beni del fondo. Come è noto, essi

³²⁹ Si tratta del Tribunale per i Minorenni in base all'art. 38, primo comma, *disp. Att. c.c.*

³³⁰ La formula utilizzata dal Legislatore è generica, ma la dottrina ha offerto delle possibili interpretazioni anche alla luce dell'art. 171, terzo comma, cod. civ. Poiché i provvedimenti, che spetta al giudice adottare, debbono salvaguardare l'interesse dei figli, si è giunti ad individuarli, innanzitutto, nell'attribuzione, totale o parziale, dell'amministrazione dei beni al genitore affidatario della prole, quindi nella adozione di cautele dirette a garantire la buona amministrazione e l'impiego dei frutti per il loro mantenimento.

ne possono disporre a determinate condizioni, in base all'art. 169 c.c., secondo cui, se non è stato espressamente consentito nell'atto costitutivo, sono alienabili i beni del fondo purchè sussista il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, il giudice autorizzi la vendita sotto condizione della necessità o utilità evidente per il minore³³¹.

La derogabilità del regime previsto dalla legge per gli atti di disposizione dei beni conferiti nel fondo patrimoniale mediante apposita pattuizione, toglie, in generale, efficacia precettiva assoluta al vincolo di indisponibilità sui beni del fondo. Ciò vale a maggior ragione se si considera che, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, sarebbe addirittura valida la clausola dell'atto costitutivo che esclude la necessità dell'autorizzazione giudiziale per la vendita dei beni costituiti in fondo, pur in presenza di figli minori³³². La tesi minoritaria più restrittiva, maggiormente

³³¹ "Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli di necessità o di utilità evidente" (art. 169 c.c. sull'alienazione dei beni del fondo). L'inciso iniziale della norma, che consente all'autonomia privata di derogare alle regole di legge con una previsione generale nell'atto costitutivo, ha indotto la dottrina a sottolineare il carattere tenue del vincolo di indisponibilità (G. GABRIELLI, *op. cit.* p. 304; F. CORSI, *op. cit.* p.84).

³³² In questo senso vedi Tribunale di Pisa 9.11.2005, in *Riv. Notariato*, 2007, p. 659: "Anche in presenza di figli minori, nel caso in cui si intenda alienare o costituire vincoli reali su beni immobili compresi nel fondo patrimoniale ex art. 169 c.c., l'autorizzazione giudiziale deve essere richiesta solo se le parti nell'atto costitutivo non abbiano espressamente consentito tali atti di disposizione sulla base del solo consenso dei coniugi costituenti". Conforme Tribunale di Verona 30.5.2000, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2001, I, p. 170, con nota di R. QUADRI, *Alienazione di beni costituiti in fondo patrimoniale e autorizzazione giudiziale*: "Con riguardo all'alienazione dei beni conferiti in fondo patrimoniale, l'atto costitutivo può valere ad escludere la necessità dell'autorizzazione anche in presenza di figli minori".

Nel senso del carattere inderogabile della disposizione normativa che prevede l'autorizzazione del giudice in presenza di figli minori vedi in dottrina G. CIAN-G. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, *op. cit.*, p. 834. In giurisprudenza vedi Tribunale di Savona 24.4.2003, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 67: "Per quanto in passato la giurisprudenza si sia espressa a favore di tale possibilità, questo Tribunale è di diverso avviso, in quanto la funzione dell'autorizzazione giudiziaria prevista dall'art. 169 c.c. è evidentemente rivolta ad accertare che gli atti di alienazione dei beni del

condivisibile perché più coerente con il sistema, insiste sulla necessità dell'autorizzazione evidenziando il rischio di veder pregiudicati gli interessi dei minori laddove sorgesse un conflitto di interessi tra genitori e figli sulla scelta di vendere i beni oggetto del fondo; e tale conflitto si può radicare proprio in occasione della crisi familiare in cui i genitori pensano più allo scioglimento del fondo che alla sua amministrazione congiunta.

Il potere riconosciuto all'autonomia privata dei coniugi di derogare al vincolo di indisponibilità sui beni del fondo consente un'ampia possibilità di distrazione dei beni già nella fase fisiologica del matrimonio. In mancanza di apposita previsione normativa, oltretutto, non è assolutamente pacifico che il ricavato della vendita debba essere reinvestito per i bisogni della famiglia³³³. Il rischio dello "svuotamento"

fondo non pregiudichino gli interessi dei minori, come si desume dalla circostanza che l'autorizzazione è richiesta solo in presenza di figli minori. Se, dunque, tale autorizzazione non tutela gli interessi dei genitori, ma anzi interessi potenzialmente in conflitto con gli stessi, non si vede come l'art. 169 c.c. possa essere interpretato nel senso di ritenere che un accordo tra due soggetti (i genitori) possa produrre l'effetto di privare un soggetto estraneo all'accordo (i figli) di una forma di tutela (l'autorizzazione giudiziale) prevista dall'Ordinamento". La decisione accoglie dunque l'interpretazione più restrittiva dell'art. 169 c.c. già proposta dalla dottrina. L'argomento principale si basa sulla considerazione che ammettere la possibilità per i genitori di sottrarre gli atti di alienazione dei beni conferiti nel fondo patrimoniale equivarrebbe a riconoscere la possibilità di svuotamento della stessa funzione del fondo patrimoniale in quanto la possibilità di alienare liberamente i beni conferiti nel fondo di fatto equivale a far venire meno il vincolo di destinazione che è poi la funzione del fondo patrimoniale.

³³³ Parte della dottrina, argomentando dalla *ratio* dell'istituto e in particolare dalla tutela dell'interesse dei figli, giunge ad affermare un potere-dovere del giudice di disporre il reimpiego del ricavato della vendita (F. SANTOSUOSSO, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. al Codice Civile*, Torino, 1983, p. 117 ss.; T. AULETTA, *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 211; M. CEOLIN, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, p. 96, il quale ravvisa nella specie un'ipotesi di surrogazione obbligatoria). In giurisprudenza segue questa impostazione Tribunale di Lecco, 1.10.2002, in *Riv. del Notariato*, 2003, ii, p. 488: "Nel caso in cui per l'alienazione di un bene costituito in fondo patrimoniale sia necessaria l'autorizzazione del Tribunale ordinario, a causa della presenza di figli minori e della mancata previsione di una deroga nell'atto costitutivo di tale convenzione matrimoniale, l'autorità giudiziaria ha il potere e il dovere di predisporre il reimpiego del ricavato nell'acquisto di un bene anch'esso sottoposto al vincolo di

del patrimonio destinato è reale e la garanzia dell'attuazione dei bisogni della famiglia resta solo eventuale.

Se, per i dubbi sulla portata effettiva del vincolo di indisponibilità di cui all'art. 169 c.c., il fondo patrimoniale dimostra in generale la propria debolezza, è evidente, a maggior ragione, la sua insufficienza nella fase patologica del matrimonio³³⁴. Di qui la necessità di trovare strumenti alternativi di fonte negoziale che garantiscano l'attuazione degli obblighi di contribuzione e di solidarietà familiare anche dopo la cessazione della convivenza.

La giurisprudenza di merito, nell'evidenziare la debolezza di tale vincolo di destinazione, ha talvolta suggerito l'adozione di strumenti più idonei addirittura nella piena vigenza del rapporto matrimoniale.

Sul punto sembra particolarmente significativo, per la portata innovativa e per la completezza delle argomentazioni, un provvedimento del Tribunale di Padova del 2008³³⁵ che, ai sensi dell'art.

fondo patrimoniale" (conforme Tribunale di Genova, 26 gennaio 1998, in *Nuova Giur. Civ. comm.*, 1999, i, 215).

Per la tesi contraria alla configurazione di un obbligo di reimpiego del ricavato e del conseguente potere dovere del giudice in tal senso vedi G. GABRIELLI, *Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. Dir. civ.* 1981, I, p. 48; nello stesso senso vedi Tribunale di Lecco, 5 dicembre 2002, in *Riv. del Notariato*, 2003, II, p. 449.

³³⁴ In realtà questo regime patrimoniale viene spesso impiegato per finalità diverse e ben meno nobili da quelle per le quali il legislatore lo ha introdotto, e cioè, soprattutto, con l'intenzione di proteggere il patrimonio dall'esecuzione dei terzi. Sono moltissimi i casi posti all'attenzione dell'autorità giudiziaria nei quali si è esperita l'azione revocatoria da parte dei creditori del costituente.

³³⁵ Tribunale di Padova, decreto 2 settembre 2008, in *Trust e attività fiduciarie*, 2008, p. 628, con nota di I. BITONTI, Estromissione dei beni dal fondo patrimoniale in favore di un trust, la quale evidenzia: "Alcune brevi conclusioni possono essere tratte dalla pronuncia che precede. Emerge in primo luogo come i giudici italiani stiano valorizzando sempre di più il trust come strumento di tutela e di protezione della famiglia e dei soggetti minori. La peculiarità del caso in esame deriva dal fatto che il provvedimento richiesto non dipende dalla separazione personale dei coniugi, ma si inserisce nella ordinaria vita matrimoniale degli stessi; il valore aggiunto del trust risulta quindi a primo impatto meno evidente, e il fondo patrimoniale, che per le sue peculiari caratteristiche viene spesso accostato al trust, appare perfettamente compatibile con tutti gli elementi della fattispecie. Tuttavia, l'utilizzo di un procedimento a confronto, da cui emergono i limiti di applicabilità del fondo rispetto all'istituto giuridico del trust, conduce ancora una volta il giudice a ritenere che il trust, a differenza del fondo patrimoniale, può effettivamente assicurare una reale

169 c.c., aveva autorizzato, per la prima volta in Italia, la riduzione dell'oggetto del fondo patrimoniale, in presenza di figli minori, consentendone l'estromissione e il "reimpiego" in un *trust* ³³⁶. In quel caso i coniugi avevano costituito un fondo patrimoniale, destinando a far fronte ai bisogni della loro famiglia alcuni beni immobili. Successivamente un coniuge aveva istituito un *trust* regolato dalla legge di Jersey, avente le seguenti finalità. La prima, quella di meglio assicurare ai propri discendenti, nelle mutevoli e non prevedibili contingenze di vita, la migliore e più efficace garanzia di protezione e tutela patrimoniale, affinché essa non risentisse delle future vicende personali ed economiche del disponente. La seconda, quella di prevenire possibili dissensi fra i discendenti medesimi o qualunque loro atto di disposizione patrimoniale. Su queste basi i coniugi chiedevano al giudice, ai sensi dell'art. 169 cod. civ., in presenza di figli minori, l'autorizzazione a ridurre l'oggetto del fondo patrimoniale mediante estromissione dallo stesso di alcuni dei beni immobili ed in particolare quelli adibiti ad abitazione familiare, al solo fine di trasferire gli stessi ai *trustee* del *trust* istituito da coniuge. Il Tribunale, sentito il Pubblico Ministero, e preso atto del parere favorevole del Giudice Tutelare, riconosceva in quel caso l'utilità evidente ed autorizzava l'operazione richiesta.

Il valore della pronuncia sta nell'avere recepito la tesi che il reimpiego nel *trust* assicura una maggiore continuità della destinazione, che resta sottratta ad eventi contingenti, quali il venir meno del fondo patrimoniale per una delle cause previste dalla legge. Il giudice aveva inoltre accolto l'idea che, diversamente da quanto avviene con il vincolo

tutela del patrimonio e dei bisogni della famiglia sia durante la sua fase patologica che fisiologica (come in questo caso) e persino oltre i limiti di esistenza della famiglia stessa".

Per un commento del provvedimento vedi anche B. FRANCESCHINI, *Fondo patrimoniale e trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, p. 19 ss.

³³⁶ Torneremo in seguito sulla specificità di questo istituto di *common law* e sulle sue modalità di impiego nel diritto di famiglia.

di cui all'art. 167 c.c., con il *trust* è possibile una piena programmazione delle risorse patrimoniali della famiglia, potendo il *trust* avere ad oggetto anche denaro, quote sociali non rappresentate da titoli, strumenti finanziari diversi dai titoli di credito ed ogni altro bene mobile e permettendo la devoluzione delle utilità ai beneficiari secondo le loro necessità durante la vita del *trust*, nonché l'attribuzione finale dei beni al termine dello stesso.

Infine la decisione sottolineava le maggiori garanzie offerte dal *trust* rispetto al fondo patrimoniale in cui i coniugi non sono gravati da alcuna obbligazione fiduciaria, potendo "confondere la posizione gestoria con quella dominicale, decidendo discrezionalmente circa l'amministrazione e la disposizione dei beni del fondo"³³⁷.

Il provvedimento offre numerosi spunti di riflessione sul rapporto tra fondo patrimoniale e *trust* in costanza di matrimonio,³³⁸ quando non

³³⁷ In concreto, nell'atto istitutivo, ad ulteriore garanzia dei beneficiari, erano state poste rilevanti limitazioni alla discrezionalità del *trustee* per quanto attiene ai poteri gestionali, essendo richiesto il consenso preventivo del guardiano per il compimento degli atti potenzialmente più pericolosi, e precisamente l'alienazione dei beni inclusi nel fondo in *trust*, la costituzione di garanzie reali o di vincoli sugli stessi, - l'attribuzione del godimento degli stessi a soggetti diversi dal disponente, dal coniuge o dai beneficiari attuali, il rilascio di garanzie personali e la richiesta di finanziamenti. Nelle motivazioni del decreto, era posto in particolare risalto anche il fatto che il vincolo di destinazione che caratterizza il fondo patrimoniale è alquanto attenuato. Da un lato, infatti, si diceva, ricade sui coniugi l'onere di provare la conseguenza da parte del creditore dell'estraneità del debito contratto ai bisogni della famiglia, dall'altro, e soprattutto, gli stessi coniugi possono "violare" il fondo patrimoniale. I coniugi conservano un ampio margine di discrezionalità in relazione ai beni del fondo. Ciò è particolarmente evidente (per il caso dei frutti dei beni costituiti in fondo patrimoniale, per i quali non sono previsti meccanismi pubblicitari idonei a rendere evidente ai terzi il vincolo di destinazione. L'impiego e la disposizione dei frutti è rimessa pertanto ai rapporti interni tra i coniugi e non è controllabile. Inoltre in sede di costituzione del fondo patrimoniale, i coniugi possono escludere ai sensi dell'art 169 cod. civ. la necessità dell'autorizzazione giudiziale per l'alienazione degli stessi beni del fondo, sottraendosi pertanto al controllo dell'autorità giudiziaria sulla conformità dell'operazione alla finalità e sul successivo impiego del ricavato agli effettivi bisogni della famiglia.

³³⁸ I rapporti tra fondo patrimoniale e *trust*, in particolare in relazione alla sostituzione del primo con il secondo, hanno formato oggetto di altri tre provvedimenti giurisprudenziali che precedono il decreto del Tribunale di Padova, ma in tema di

vi sono ancora i presupposti per la cessazione del vincolo matrimoniale, materia nella quale esistono ulteriori spazi per ricorrere a forme alternative di vincoli di destinazione sul patrimonio familiare.

4.2. Costituzione di diritti e trasferimenti immobiliari tra coniugi nel verbale di separazione consensuale. Idoneità del titolo per la trascrizione.

Nel codice civile e nella legge di divorzio non esistono norme specifiche che consentono espressamente la possibilità di costituire o cedere in sede processuale diritti reali immobiliari fra i coniugi.

separazione personale tra i coniugi. Primi in ordine temporale sono due decreti emessi in pari data (23 ottobre 2002) dal Tribunale di Firenze (in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, p. 406 e *idem* 2003, p. 387). In un caso, due coniugi consensualmente separati e con un figlio minore chiedevano al Tribunale di Firenze la modifica delle condizioni di separazione già a omologate e di essere pertanto autorizzati ad istituire un *trust* regolato dalla legge inglese, di durata trentennale, in cui far confluire i beni costituiti in fondo patrimoniale durante il matrimonio. Ciò al fine di tutelare maggiormente il figlio attraverso il mantenimento del vincolo di destinazione su tali beni anche dopo il raggiungimento della sua maggiore età, in considerazione dell'intenzione dei coniugi di addivenire a divorzio, con conseguente scioglimento del fondo patrimoniale. Il Tribunale, conformemente al parere reso dal Pubblico Ministero, dichiarava inammissibile il ricorso, motivando che le richieste dei coniugi esulavano dal contenuto tipico degli accordi di separazione, che riguardano l'affidamento dei figli, il contributo dei genitori al mantenimento degli stessi e l'eventuale assegno a favore del coniuge economicamente più debole (al contrario, il Tribunale Milano [decreto 8 marzo 2005, in *Trust e attività fiduciarie*, 2005, p.585] e il Tribunale Pordenone [decreto 20 dicembre 2005, in questa Rivista 2006, p. 247] hanno ritenuto omologabili gli accordi di separazione che includevano l'istituzione di un *trust*). Nel secondo caso sottoposto al Tribunale di Firenze, il giudice si limitava ad affermare che il procedimento camerale di cui agli articoli 710 e 711 cod. proc. civ. non è la sede idonea per ottenere l'autorizzazione all'operazione prospettata dai ricorrenti, ma nulla diceva in senso contrario alla legittimità dei *trust* interni, riconoscendoli quindi in modo implicito. Anche qui i coniugi, separati consensualmente, con una figlia minore, adivano il Tribunale ai sensi degli articoli 710 e 711 cod. proc. civ. al fine di modificare le condizioni di separazione già omologate chiedendo l'autorizzazione a trasferire i beni costituiti in fondo patrimoniale al *trustee* di un *trust* istituito dal marito durante il matrimonio. Il Tribunale di Firenze, dichiarato il ricorso inammissibile per estraneità delle richieste dalla causa degli accordi in sede di separazione, esaminava comunque il ricorso, anche alla luce dell'art. 169 c.c., come se i coniugi avessero chiesto al Collegio di essere autorizzati ad alienare i beni del fondo patrimoniale.

L'ammissibilità di tali atti di disposizione si ricava dal sistema ed è confermata dall'orientamento della dottrina e della giurisprudenza, ormai da tempo assolutamente concordi, al punto che alcuni riferimenti normativi di diritto sostanziale e processuale sembrano riconoscerla implicitamente.

Solo in materia fiscale alcune disposizioni menzionano espressamente i trasferimenti immobiliari in sede di separazione. In tema di imposta di registro, si è visto che l'originario art. 8, lettera f) della tariffa allegata al d.p.r. 26.4.1986, n. 131,³³⁹ limitava la previsione dei trasferimenti all'ipotesi in cui l'attribuzione avesse ad oggetto beni già facenti parte della comunione e che fosse disposta dal coniuge tenuto al mantenimento in favore dell'altro a tacitazione di tale obbligo legale. Con la riforma del divorzio nel 1987, (art. 19 della legge n. 74 del 6 marzo) si è introdotto un nuovo regime fiscale, estensibile anche alla separazione e abrogativo del precedente articolo 8, lettera f), della Tariffa, parte prima, di cui al Testo Unico dell'Imposta di Registro, secondo cui l'esenzione opera per "tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di divorzio" e non solo per l'imposta di registro ma anche per tutte le altre imposte e tasse³⁴⁰.

In tema di separazione consensuale, che è tipicamente la sede in cui l'autonomia negoziale dei coniugi può produrre accordi traslativi, i riferimenti normativi su cui fondare l'ammissibilità dei trasferimenti sono costituiti: 1) dal capoverso dell'art. 158 c. c., che prevede un "accordo relativamente al mantenimento e all'affidamento dei figli"; 2) dall'art. 711, terzo comma, c. p. c. che non solo fa riferimento alle "condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole", ma dà

³³⁹ Testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, *cit.*, secondo cui gli atti dell'autorità giudiziaria ordinaria e speciale, aventi per oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la separazione personale, ancorché recanti condanne al pagamento di assegni o attribuzioni di beni patrimoniali, già facenti parte di comunione fra coniugi, scontano l'imposta di registro in misura fissa.

³⁴⁰ Per i profili fiscali degli atti attributivi tra coniugi vedi paragrafo 5 del capitolo III.

un'indicazione di forma, ammettendo la ricevibilità nell'atto processuale del verbale presidenziale; 3) dal successivo quinto comma della stessa norma, il quale, nello stabilire la possibilità di modificare le condizioni di separazione consensuale, ne riconosce la sussistenza e l'efficacia *rebus sic stantibus*; 4) dalla nuova formulazione dell'art. 155, quarto comma, c.c., che, nell'enunciare i criteri legali seguiti dal giudice nella determinazione delle prestazioni di mantenimento, privilegia la definizione negoziale avente ad oggetto gli adempimenti degli obblighi contributivi.

Sulla base di tale quadro normativo, il problema è quello di verificare se e a quali condizioni il verbale di separazione consensuale sia dotato di efficacia reale. La questione dell'idoneità traslativa non si traduce in un quesito sulla forma, poiché solo quando sia accertata l'attitudine del verbale a ricevere negozi reali immobiliari, e quindi ne sia dimostrata la loro validità strutturale, può porsi la questione formale.

Sul piano sostanziale, si è detto che, accanto all'accordo-base di vivere separati, i coniugi possono concludere accordi eventuali, inserendo condizioni ulteriori, che disciplinano i loro rapporti patrimoniali³⁴¹.

³⁴¹ Sulla configurabilità di un contenuto eventuale degli accordi di separazione vedi per tutte Cass. Civ. I, 15.5.1997, n. 4306, in *Nuova Giur. Civ. comm.* I, 1999, p. 278 (con nota di A.C. ZANUZZI, *I trasferimenti immobiliari tra i coniugi in sede di separazione consensuale*, cit.): "Sono pienamente valide le clausole dell'accordo di separazione che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento [...] L'accordo di separazione ha un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati - ed un contenuto eventuale, costituito dalle pattuizioni necessarie ed opportune, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, a seconda della situazione familiare (affidamento dei figli; assegni di mantenimento; statuizioni economiche connesse). Nel contenuto eventuale dell'accordo di separazione rientra quindi ogni statuizione finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione, comprese quelle attinenti al godimento ed alla proprietà dei beni, il cui nuovo assetto sia ritenuto dai coniugi stessi necessario in relazione all'accordo di separazione e che il Tribunale - con l'omologazione - non abbia considerato in contrasto con interessi familiari prevalenti rispetto a quelli disponibili di ciascuno di essi".

Quanto al contenuto dell'accordo, la migliore dottrina ammette la competenza del giudice a documentare dichiarazioni negoziali quando esse siano causalmente connesse con il provvedimento giudiziario di omologazione degli accordi di separazione, negando tale competenza per quelle dichiarazioni negoziali che abbiano invece con il provvedimento un semplice nesso di contestualità³⁴². In base a questa prospettiva, possono essere recepiti nel verbale di separazione solo quei negozi che sono funzionali alla regolamentazione degli interessi sorti con la crisi della famiglia (divisioni, transazioni, trasferimenti di quote societarie)³⁴³, per i quali si parla appunto di negozi aventi causa nella

La sentenza non fa che confermare l'orientamento già proprio al Suprema Corte e favorevole alla "validità di clausole inserite nell' accordo di separazione, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di singoli beni mobili od immobili (Cass., 11.11.1992, n. 12110, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 304) ovvero ne operino il trasferimento in favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento (Cass., 25.10.1972; n. 3299, in *Mass. Giur. It.*, 1972) o, ancora, impegnino uno dei coniugi a compierlo (Cass., 21.12.1987, n. 9500, in *Mass. Giur. It.*, 1987).

Sul punto non ci sono particolari argomenti dimostrativi, poiché la Corte si limita a richiamare una propria precedente decisione (Cass., 25.9.1978, n. 4277, *cit.*) e, come in quest'ultima, ad affermare che avendo "l'accordo di separazione un contenuto essenziale - il consenso dei coniugi a vivere separati - ed un contenuto eventuale, costituito dalle pattuizioni necessarie ed opportune; in relazione al regime di vita separata, a seconda della situazione familiare (affidamento dei figli assegno di mantenimento, statuizioni economiche connesse)" ... "rientra pertinentemente nel contenuto eventuale dell'accordo di separazione ogni statuizione finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione, comprese quelle attinenti al godimento ed alla proprietà dei beni, il cui nuovo assetto sia ritenuto dai coniugi stessi necessario in relazione all'accordo di separazione e che il Tribunale con l'omologazione - non abbia considerato in contrasto con interessi familiari prevalenti rispetto a quelli disponibili di ciascuno di essi".

³⁴² M. IEVA, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, *cit.* p. 454.

³⁴³ In tal senso la stessa Corte di Cassazione ha riconosciuto a ciascuno dei coniugi "il diritto a condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto dei propri interessi economici; sempre che in tal modo non si realizzi una lesione di diritti inderogabili" (Cass., 5.7.1984, n. 3940, in *Dir. Fam.* 1984, p. 922, *cit.*). Consentire ai coniugi di subordinare l'adesione alla procedura consensuale ad un favorevole accordo non significa legittimare una prassi che fa del consenso alla separazione merce di scambio, rendendo l'inserzione di una certa clausola anziché di un'altra all'interno dell'accordo - che è pur sempre una fattispecie negoziale, fermo il limite della disponibilità dei diritti in gioco - il corrispettivo del consenso prestato all'adesione alla procedura consensuale (da parte di colui che da tale pattuizione trarrebbe vantaggio) nel limite del rispetto dell'ordine pubblico e delle norme

separazione, perchè determinati dalla necessità di definire un nuovo assetto patrimoniale in ragione della crisi coniugale³⁴⁴. La loro funzione, come si è detto, si realizza tipicamente mediante il ricorso ad una pluralità di atti collegati ed interdipendenti³⁴⁵. Sono quindi “condizioni” recepibili nel verbale di cui al terzo e quinto comma dell'art. 711 c. p. c. tutte le pattuizioni, patrimoniali e non, cui i coniugi intendono subordinare la scelta della composizione consensuale degli interessi che sorgono con la crisi del matrimonio. Ciò costituisce il criterio discriminante tra negozi che possono essere contenuti nel verbale ai fini dell'efficacia traslativa dell'atto processuale. E' un criterio non utilizzabile *ex ante*, ma verificabile *ex post* in base al rapporto tra la concreta struttura negoziale utilizzata in funzione “solutorio-compensativa” dei diritti patrimoniali familiari³⁴⁶.

In sintesi, è l'indagine sulla giustificazione causale dell'effetto traslativo che coglie l'interesse del dante causa a porre in essere una delle condizioni dell'accordo di separazione consensuale, globalmente considerate, in funzione di un nuovo regolamento di interessi nella fase della separazione.

In questo senso devono essere interpretate le affermazioni della Corte di Cassazione laddove essa ammette la possibilità di includere nell' accordo di separazione tutte le “pattuizioni necessarie ed opportune in relazione al regime di vita separata” che rientrino

imperative, alla cui osservanza è deputato il controllo di omologazione, resta comunque ineliminabile.

³⁴⁴ Sulla ricostruzione dei negozi della crisi familiare sotto il profilo causale vedi quanto già argomentato nel capitolo III. Resta esclusa da tale categoria quella dei negozi a cui i coniugi addivengono indipendentemente dalla crisi matrimoniale e che concludono con il pretesto della separazione; pattuizioni, cioè, che essi avrebbero concordato anche a prescindere dalla crisi del matrimonio e che possono essere unificate sotto la denominazione di negozi aventi solo occasione nella separazione.

³⁴⁵ Sul punto vedi cap. III, paragrafi 2, 3 e 4.

³⁴⁶ L'espressione è della Corte di Cassazione nella nota Sentenza Cass. civ. Sez. I, 23-03-2004, n. 5741, *cit.*

pertinentemente nel contenuto dell'accordo di separazione quali statuizioni finalizzate a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione, comprese quelle attinenti al godimento e alla proprietà dei beni, il cui nuovo assetto sia dai coniugi stessi ritenuto necessario in relazione all' accordo di separazione ³⁴⁷.

Premesse le dovute precisazioni sulla “recettività sostanziale” del verbale in relazione alla causa delle dichiarazioni negoziali in esso documentabili, resta aperto il problema della natura del verbale presidenziale e della sua idoneità formale al trasferimento di diritti immobiliari.

La questione è controversa. La giurisprudenza ha offerto diverse soluzioni riconducibili a due opposti filoni interpretativi: quello di legittimità, che prevalentemente ritiene idoneo il verbale omologato agli effetti delle cessioni immobiliari (o alla costituzione, estinzione e alienazione di diritti reali immobiliari in genere), in quanto considerato atto pubblico ai sensi dell'art. 2699 c.c., e quello maggioritario dei giudici di merito, contrario a tale qualificazione³⁴⁸.

La dominante giurisprudenza di legittimità, seguita da alcune Corti di merito³⁴⁹ e da buona parte della dottrina³⁵⁰, ritiene dunque che

³⁴⁷ In questo senso vedi il *leading case* di cui alla sentenza Cass. Civ. I, 15.5.1997, n. 4306, *cit.*

³⁴⁸ La problematica riguarda il verbale presidenziale (art. 158 c.c.; art. 711 c.p.c.), quello dell'udienza collegiale di cui alla procedura di divorzio congiunto; i verbali delle udienze di precisazione delle conclusioni relativi alle procedure di separazione e divorzio giudiziali, definite sulla base delle conclusioni congiunte delle parti; il verbale dell'udienza di cui al procedimento *ex art.* 710 c.p.c., in caso di ricorso congiunto dei coniugi.

³⁴⁹ Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, *cit.*; Cass. 2 luglio 2010 n. 15780, in Riv. Not. 2010, 6, 608; Corte App. Milano 12 gennaio 2010; Corte App. Milano 17 febbraio 2011; Corte App. Firenze 10 ottobre 2008, Trib. Salerno 7 aprile 2006.

³⁵⁰ Sulla questione dell'idoneità del verbale di separazione a contenere negozi traslativi di diritti immobiliari la dottrina è divisa. Per l'opinione favorevole si vedano: P. GIUNCHI, *I trasferimenti di beni tra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, *cit.* p. 1048 ss.; *Idem*, *Il trattamento fiscale delle attribuzioni*

l'accordo concluso dai coniugi nelle sedi processuali tipiche e finalizzato al trasferimento immobiliare, non solo sia da riconoscersi legittimo ma, in quanto inserito nel verbale di udienza, redatto da un ausiliario del giudice, a norma dell'art. 126 c.p.c., debba, altresì, considerarsi recepito in un atto pubblico, ai sensi dell'art. 2699 c.c., costituendo, in quanto tale, in seguito all'omologazione (o alla sentenza) che lo rende efficace, titolo idoneo per la trascrizione³⁵¹. In altri termini, gli accordi così formalizzati, avrebbero efficacia non solo *inter partes* ma sarebbero anche opponibile ai terzi, in quanto trascritti³⁵². L'assunto si

tra coniugi nella separazione personale e nel divorzio, in *Il Fisco*, 1994, p. 986 ss.; M. IEVA, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e divorzio*, cit. p. 471 ss.; G. OBERTO, *I trasferimenti immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, 155; G.F. CONDÒ, *Ancora sulle attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio*, in *Vita not.*, 1990, P. 1425. In senso critico, argomentando da una pretesa distinzione tra atti pubblici negoziali (quelli notarili) e atti pubblici non negoziali o processuali (tra cui il verbale di separazione consensuale), ritenendo questi ultimi inidonei a produrre effetti reali: A. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. notar.*, 1990, p. 1409 ss.; *Idem*, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale e nel divorzio consensuali*, 1992, p. 598; *Idem*, *Una questione sempre più controversa: le attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. notar.*, 1994, p. 555, in cui rileva l'incompetenza del Presidente del Tribunale a ricevere e documentare dichiarazioni negoziali diverse dall'accordo di separazione in senso stretto (...) con il quale i coniugi dichiarano di voler porre fine alla convivenza e disciplinano gli aspetti economici strettamente connessi al nuovo status.; R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, nota alla sentenza Cass. 15 maggio 1997 n. 4306, cit., in *Fam. e dir.*, 1997, p. 417 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Milano, 1991, p. 238 ss.; S. VAGLIO, *La forma necessaria per i trasferimenti dei beni immobili tra coniugi separandi o divorziandi la trascrizione ed il trattamento fiscale*, in *Federnotizie*, 1995, 19 ss., e in *Fam. e dir.*, 1994, 685.

³⁵¹ La soluzione della Corte di Cassazione si allinea all'orientamento, prevalente in dottrina e giurisprudenza, che attribuisce pubblica fede fino a querela di falso alle dichiarazioni ricevute dal cancelliere, quale ausiliario del giudice, e risultanti dal processo verbale di cui all'art. 126 c. p. c., (Cass., 6.3.1996, n. 1784, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1997, I, p. 119; Cass., 19.12.1991, n. 13671, in *Mass. Giur. It.*, 1991; Cass., 8.3.1988, n. 2349, in *Mass. Giur. It.*, 1988; Cass., 9.3.1984, n. 1639, in *Mass. Giur. It.*, 1984; Cass. 7.4.1981, n. 1971, in *Mass. Giur. It.*, 1971) al quale, pertanto, deve riconoscersi natura di atto pubblico.

³⁵² Il giudice di legittimità (nella citata sentenza n. 4306/1997) ha stabilito che i trasferimenti di diritti reali immobiliari, se connessi "alla convenzione diretta a regolare il regime di separazione facendone parte, ne seguono validamente la forma, senza che possa distinguersi tra trasferimenti onerosi e gratuiti, non assumendo tale distinzione rilievo, in quella sede, sotto il profilo formale, essendo l'atto disciplinato,

giustifica per il fatto che il cancelliere (così come il giudice), è un pubblico ufficiale e che l'attività relativa all'udienza rientra nell'esercizio di una pubblica funzione. Un serie di norme del codice di rito confermerebbero il suo potere certificativo che attribuirebbe quindi la natura di atto pubblico al verbale³⁵³.

Dalla natura di atto pubblico si fa discendere la sua idoneità alla trascrizione. Il principio fissato dalla Cassazione è, in definitiva, che l'accordo di separazione "in quanto inserito nel verbale di udienza, redatto da un ausiliario del giudice a norma dell'art. 126 c. p. c. e diretto a far fede di ciò che in esso è attestato, deve ritenersi assuma la forma di atto pubblico, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2699 cod. civ. costituendo, in quanto tale - dopo l'omologazione che lo rende efficace -

in via esclusiva, dalla normativa speciale dell'art. 126 c.p.c." Tale norma di rito sarebbe quindi la fonte di una regola formale speciale in materia. L'irrilevanza della distinzione tra trasferimenti onerosi e gratuiti, -da ascriversi, secondo la Corte alla specialità della disciplina di cui all' art. 126 c.p.c.- consente che nel verbale siano documentati atti di natura diversa. La precisazione della Corte secondo cui il trasferimento è disciplinato "*in via esclusiva*" dalla normativa speciale dell' art. 126 c. p. c. richiede, inoltre, che si chiarisca se con tale espressione il Collegio abbia inteso affermare il verbale quale forma *ad substantiam* delle condizioni (traslative) della separazione -le quali, quindi, dovrebbero rivestire tale forma a pena di nullità - ovvero se all' espressione stessa debba attribuirsi carattere pleonastico, costituendo essa, con l'aggettivo *speciale*, riferito alla disciplina formale dell' accordo di separazione di cui all'art. 126 c. p. civ. - solamente un'endiadi. Per una valutazione critica delle argomentazioni della Corte vedi A.C. ZANUZZI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale*, cit.

³⁵³ Mentre la competenza generale a certificare è riconosciuta unicamente ai notai, i quali a norma dell' art. 1 dell'Ordinamento del notariato (1. 16.2.1913, n. 89) sono "istituiti per ricevere gli atti», tutti gli altri pubblici ufficiali devono essere autorizzati all' esercizio della funzione di certificazione, secondo quanto espressamente richiesto dall' art. 2699 cod. civ." Le norme che fonderebbero tale potere di certificazione sono: l'art. 130 c.p.c. che identifica nel cancelliere il soggetto cui compete la redazione del verbale da effettuarsi sotto la direzione del Giudice. Vi sono altre disposizioni del codice di rito correlate: l'art. 57 comma primo, c.p.c. per il quale "Il cancelliere documenta a tutti gli effetti, nei casi e nei modi previsti dalla legge, le attività proprie, quelle degli organi giurisdizionali e delle parti"; l'art. 44 disp. att. c.p.c., secondo il cui disposto "oltre che nei casi specificamente indicati dalla legge, il cancelliere deve compilare processo verbale di tutti gli atti che compie con l'intervento di terzi interessati. Nel processo verbale fa risultare le attività da lui compiute, quelle delle persone intervenute nell'atto e le dichiarazioni da esse rese"; infine l'art. 126 c.p.c. che prevede che il cancelliere debba sottoscrivere il processo verbale che deve, altresì, contenere "le dichiarazioni ricevute".

titolo per la trascrizione, a norma dell'art. 2657 c. c., dove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari”³⁵⁴.

Si rende a questo punto necessario chiarire se il verbale di separazione sia di per sè titolo per la trascrizione, ovvero se necessiti, a tal fine, della successiva omologazione da parte del Tribunale. Ci si chiede cioè quale sia il momento in cui tale convenzione dei coniugi acquisti effettivamente pubblica fede. E’ noto che, affinché ad un atto sia riconosciuta certezza giuridica è necessario che esso sia sottoposto ad un controllo di validità che escluda la sua contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume³⁵⁵. All'udienza presidenziale il giudice effettua, si è detto, un primo controllo di validità delle condizioni della separazione, ultimato poi in sede di omologazione³⁵⁶. Se si ritiene che quest’ultimo sia il momento che con-

³⁵⁴ Cfr. Cass. 4306/1997 *cit.*

³⁵⁵ Cfr. art. 28,1. 16.2.1913, n. 89 (Ordinamento del notariato) vieta al notaio di «ricevere atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico».

³⁵⁶ Numerosi sono gli adempimenti da curare solitamente ai fini dell’idoneità traslativa dell’accordo: l’indicazione dei dati catastali del bene (clausola obbligatoria ai sensi del d.l. 78/2010 comma 14 art. 19); la dichiarazione di conformità della planimetria depositata in catasto con lo stato di fatto dell’immobile (clausola obbligatoria ai sensi dell’art. 29 comma 1-bis, l. 27 febbraio 1985 n. 52); l’indicazione i confini; gli estremi dell’abitabilità o agibilità (per i fabbricati); la provenienza giuridica del bene; la dichiarazione dell’alienante relativa alla garanzia della (eventuale) libertà del bene da vincoli, pesi o trascrizioni pregiudizievoli; la descrizione della situazione urbanistica del bene (solo per i fabbricati, clausola obbligatoria ai sensi dell’art. 40 l. 28 febbraio 1985 n. 47 e successive modifiche); la dichiarazione relativa alla certificazione energetica (solo per i fabbricati, clausola obbligatoria ai sensi dell’art. 6 comma 2-ter del d.lgs. 192/05, come modificato da ultimo dal d.lgs. 3 marzo n. 28/2011); in caso di vendita di terreni, è necessario fare riferimento nell’atto e allegare allo stesso il certificato di destinazione urbanistica (clausola obbligatoria ai sensi dell’art. 18 legge 28 febbraio 1985 n. 47 art. 18 e successive modifiche); in caso di vendita di terreni, l’inserimento della clausola relativa alla presenza o meno sul bene dei vincoli di cui alla legge 22 novembre 2000 n. 353, in materia di incendi boschivi; la dichiarazione delle parti *ex* artt. 46, 47 e 48 del d.p.r. 28 dicembre 2000 che tra le stesse non vi è stato e non vi è movimentazione di denaro e che il trasferimento è attuato per causa solutoria, a titolo di mantenimento o alimenti; l’indicazione della volontà di voler godere dei benefici fiscali di cui all’art. 19 della legge n. 74 del 1987 (in quanto trattasi, generalmente, di operazioni che hanno causa solutoria, finalizzata al mantenimento).

sente l'attribuzione di pubblica fede, la documentazione in forma pubblica non potrebbe aversi con il verbale di udienza, bensì soltanto con il decreto di omologa da parte del Tribunale. Diversamente, se si ritenesse sufficiente il controllo di validità in sede presidenziale ai fini dell'attribuzione di pubblica fede alle condizioni di separazione, il verbale d'udienza sarebbe di per sé idoneo immediatamente alla trascrizione, ovviamente sotto condizione sospensiva del decreto di omologazione³⁵⁷. Sarebbe quindi subito possibile procedere alla trascrizione, sebbene *sub condicione* (ex art. 2659, ultimo comma cod. civ.), producendosi l'effetto traslativo solo con il decreto collegiale. Tra i sostenitori della trascrivibilità del verbale di separazione contenente negozi traslativi immobiliari è pacifico che il titolo per la trascrizione è comunque è costituito dal verbale e non dal decreto di omologazione,

³⁵⁷ Sull'efficacia traslativa immediata del verbale d'udienza o del verbale omologato l'orientamento dei Tribunali di merito non è affatto omogeneo. I Tribunali che la escludono, a prescindere dalla ricostruzione del titolo sul piano giuridico, sono spinti da ragioni di semplice opportunità e convenienza. In merito al profilo dell'eventuale nullità dell'atto, attesa la complessità degli adempimenti che devono precedere e accompagnare un'operazione di trasferimento immobiliare, alcuni giudici accedono all'idea che le parti otterrebbero maggiori garanzie di tutela quando detto trasferimento fosse curato da un notaio. Infatti, al giudice, a rigore, non compete alcun obbligo di verifica, né tanto meno alcuna responsabilità circa la correttezza della descrizione dei dati catastali dell'immobile, dell'effettiva titolarità dei beni trasferiti o dell'esistenza di oneri e vincoli sugli stessi. Ciò comunque "non può costituire elemento di preclusione dell'omologabilità degli accordi finalizzati al trasferimento di immobili ove le parti forniscano con proprie autocertificazioni e conseguente assunzione di ogni responsabilità, tutti quei dati e quelle dichiarazioni necessari per espressa volontà di legge all'attuazione del trasferimento immobiliare" (in questo senso vedi App. Milano 12 gennaio 2010, *cit.*).

In conclusione è corretto che la redazione dell'accordo sia rimessa completamente ai coniugi, i quali dovranno attivarsi con la massima diligenza, affinché l'accordo non sia viziato da nullità, provvedendo ad inserire tutte le dichiarazioni e i riferimenti indefettibili per la validità dello stesso. E' opportuno quindi che, qualora si intenda provvedere, in sede processuale, alla formalizzazione di un tale accordo, le parti si facciano, previamente, assistere da un notaio che provveda ad indicare loro tutti gli adempimenti necessari per l'efficacia traslativa per evitare il rischio di una nullità dell'accordo.

poiché l'atto che determina il trasferimento e contiene la volontà delle parti è il primo, non il secondo che è atto giudiziale di controllo³⁵⁸.

La prevalente giurisprudenza di merito e una parte della dottrina³⁵⁹ ritengono invece che i trasferimenti immobiliari concordati dai coniugi nell'ambito degli accordi di separazione e di divorzio non possano essere effettuati mediante il verbale d'udienza il quale non potrebbe qualificarsi né come atto pubblico, né come scrittura privata autenticata, né tanto meno potrebbe valere come titolo idoneo alla trascrizione. Si tratterebbe in tal caso di una semplice scrittura privata, in quanto sussiste il requisito minimo della forma scritta (artt. 1350 e 2702 c.c.), la cui efficacia *inter partes* è sottoposta, al decreto di omologazione. Per l'efficacia nei confronti dei terzi resterebbe necessaria la ripetizione del contratto nella forma dell'atto pubblico notarile o in un'altra equipollente, ai sensi dell'art. 2657 c.c.³⁶⁰

³⁵⁸ In questo senso vedi M. IEVA, op. cit., p.480; G. OBERTO, *Ancora sulle intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale: a neverending story*, in *Fam. e dir. cit.* p. 589.

³⁵⁹ Tra tutte vedi, Trib. Bergamo 19 ottobre 1984; Trib. Napoli 16 aprile 1997; Trib. Napoli 21 settembre 2001; Trib. Verbania 6 luglio 2002; Trib. Bari 10 aprile 2008; Trib. Firenze 20 febbraio 2009; Trib. Milano 6 marzo 2009; Trib. Milano 16 dicembre 2009; Trib. Nola 28 settembre 2011. In dottrina, R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, cit.; S.VAGLIO, *I verbali di separazione e divorzio sono inidonei per i trasferimenti immobiliari fra coniugi*, cit.; A. BRIENZA, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, cit.

³⁶⁰ La tesi è espressa nella sentenza Trib. Napoli decreto 16 aprile 1997, in *Fam. e dir.* 1997, p. 420 ss.: "Nel giudizio di omologazione degli accordi tra coniugi separandi il giudice non può avere il compito di determinare l'effetto traslativo reale derivante da accordi coniugali aventi per oggetto trasferimenti immobiliari, poiché l'ambito della giurisdizione non comprende l'attività di ricevimento degli atti negoziali ed il suddetto effetto può essere realizzato solo nelle forme dell'atto pubblico di cui all'art. 2699 c.c. o in via contenziosa davanti al giudice".

Nello stesso senso, il decreto del Tribunale di Milano del 7 febbraio 1992, in *Dir. Fam. e pers.*, 1993, p. 170 (con nota critica di G.B. NAPPI, *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali) tra coniugi separandi o divorziandi*), precisa che "salvo casi particolari, espressamente previsti dalla legge, la possibilità che il provvedimento giurisdizionale tenga luogo del contratto di trasferimento, è esclusa dal nostro ordinamento, poiché l'ambito della giurisdizione non comprende l'attività di ricevimento di atti negoziali". Il Tribunale di Milano esclude che il giudice sia

La tesi contraria si fonda sull'idea che il verbale di separazione (o quello collegiale del divorzio congiunto) non sarebbe atto pubblico sostanziale ai sensi dell'art. 2699 c.c., ma un atto pubblico processuale, perciò inidoneo alla trascrizione, ai sensi dell'art. 2657 c.c.³⁶¹ Lo confermerebbe in primo luogo il fatto che tutte le norme che evocano il potere certificativo del cancelliere sono norme di rito, dedicate tipicamente agli atti processuali. Ma, la differente natura dell'atto pubblico sostanziale di cui all'art. 2699 c.c., rispetto a quella dell'atto pubblico processuale, propria del verbale di udienza, sarebbe evincibile da ulteriori e significative considerazioni.

Il disposto dell'art. 2699 c.c., infatti, si riferisce all'atto pubblico come a quel "documento redatto con le richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto, è formato". Si evincerebbe quindi che: *a)* il notaio non deve essere autorizzato a ricevere l'atto pubblico, in quanto egli è già istituito per legge; *b)* per gli altri pubblici ufficiali è necessario che vi sia una norma espressa che li autorizzi, che li abiliti ad attribuire pubblica fede al documento, da redigersi con quelle formalità che la fonte del potere stesso deve prevedere. Per quanto riguarda il cancelliere e il giudice, non esiste invece alcuna norma che attribuisca a questi il potere di ricevere atti pubblici³⁶².

chiamato ad esercitare il potere certificativi e attributivo della pubblica fede alle dichiarazioni negoziali delle parti recepite nel verbale.

³⁶¹ Sull' "artificiosità" della distinzione tra atto pubblico negoziale e atto pubblico non negoziale vedi G. OBERTO, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano 2000, p. 154 ss.

³⁶² Secondo questa prospettiva, non possono attribuirsi alla sentenza di divorzio, non solo a domanda congiunta ma anche giudiziale, gli effetti di cui all'art. 2908 c.c., che restano riferibili, esclusivamente, alle sentenze che definiscono un contenzioso e che, per espressa volontà di legge, sono idonee alla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici, con la loro conseguente trascrivibilità, se vertenti su diritti reali immobiliari (es. art. 2932 c.c.). Nè si potrebbe equiparare tale provvedimento alle sentenze di cui all'art. 2651 c.c., norma che prevede la trascrizione delle sentenze da cui risulti estinto per prescrizione o acquistato per usucapione,

Superando gli argomenti ora citati, sembra di poter concludere che la natura di atto pubblico del verbale di separazione omologato (e della sentenza di divorzio) non possa essere messa in discussione, considerato che esso è proprio uno di quegli atti tipici trascrivibili nei registri di stato civile, dove possono essere inseriti, ai fini dell'opponibilità ai terzi, senza distinzione alcuna tra atti di fonte negoziale e quelli di fonte processuale, solo gli atti pubblici che attengono allo stato e al regime patrimoniale dei coniugi.

Che l'opportunità consigli ai giudici di astenersi da un pregnante controllo sulle condizioni di validità dei trasferimenti immobiliari non può pregiudicare in astratto l'immediata efficacia traslativa e l'idoneità alla trascrizione del verbale omologato, che presenti i requisiti di validità. Nulla esclude che il verbale sia predisposto con l'assistenza tecnica del notaio (art. 2699 c.c.) nell'interesse della sicurezza e regolarità della circolazione giuridica dei beni.

4.3. Trasferimenti immobiliari a favore della prole.

Vista l'insufficienza e l'inidoneità degli istituti tradizionali a realizzare gli interessi della famiglia nella fase patologica del rapporto

ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione, uno dei diritti indicati dai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643 c.c., poiché tale previsione si riferisce a quelle sentenze che accertano l'acquisto di un diritto reale immobiliare, in virtù di fattispecie diverse da quelle contrattuali (es. accessione). Qualora il legislatore abbia voluto attribuire tale potere all'autorità giudiziaria lo ha fatto attraverso espresse previsioni. Ecco perché i sostenitori della tesi contraria, ritengono che l'effetto del trasferimento immobiliare non possa realizzarsi direttamente in sede processuale ma solo all'esito dell'espletamento dello schema bifasico che consente l'adempimento delle obbligazioni assunte in sede processuale mediante il ricorso allo strumento di cui all'art. 2932 c.c.

matrimoniale³⁶³, sorge l'interesse a effettuare attribuzioni di beni a favore della prole in sede processuale.

Quello dei trasferimenti immobiliari a favore dei figli è un capitolo molto importante dell'autonomia negoziale nella crisi familiare e presenta ulteriori aspetti problematici rispetto alla fattispecie in cui i soggetti della sistemazione patrimoniale sono solo i coniugi. Nell'esaminare gli aspetti controversi della questione è necessario partire innanzitutto dal dato oggettivo della mancanza di specifiche disposizioni di legge che qualificano e legittimano tali atti attributivi. L'ammissibilità di questi ultimi è stata pertanto elaborata e costruita dalla giurisprudenza, anche sulla base di alcuni importanti contributi dottrinali.³⁶⁴

Il primo problema nasce dalla previsione generale che, in tema di mantenimento dei figli, attribuisce al giudice il potere di stabilire la corresponsione di un assegno periodico, al fine di realizzare il principio di proporzionalità. Secondo la legge il contributo al mantenimento deve quindi avvenire, in primo luogo, mediante il pagamento di una somma di denaro e, in secondo luogo, con una corresponsione periodica. Ci si chiede allora se siano ammissibili modalità alternative di adempimento della contribuzione per il sostentamento della prole. Ciò che introduce l'ulteriore questione della praticabilità, anche in questo campo, del trasferimento immobiliare come modalità di adempimento *una tantum* a favore dei minori.

³⁶³ Si è visto che il fondo patrimoniale (art. 167 ss. c.c.), con il quale si costituisce un vincolo di destinazione su beni immobili, mobili registrati e titoli di credito, all'interesse della famiglia, costituisce un vincolo in realtà attenuato e addirittura precario con l'instaurazione del contenzioso di separazione e divorzio. In primo luogo, perché l'inalienabilità prevista dall' art. 169 c.c. è facilmente eludibile mediante una previsione contraria nell'atto costitutivo e, in ogni caso quando vi sia il consenso di entrambi i coniugi, con l'autorizzazione del Tribunale quando ci siano figli minori.

³⁶⁴ G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 1143 ss.; *Idem*, *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, in *Fam. e dir.* 2007, p. 63 ss., nota a sentenza Tribunale Salerno del 04-07-2006.

Quanto al primo punto, anche se è noto che il tribunale impone di solito la corresponsione di una somma periodica di denaro, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di prevedere modalità diverse da questa, chiedendosi se fosse possibile consentire la destinazione dei frutti di beni e capitali al mantenimento del minore³⁶⁵. Si è obiettato che in tal caso mancherebbe un criterio di adeguamento automatico richiesto dalla legge³⁶⁶ (art. 155 c.c), ma si è anche replicato che, in concreto, nulla esclude che una tale modalità assicuri -di fatto- un adeguamento superiore a quello che si avrebbe per effetto dell'applicazione degli indici Istat. Le stesse parti potrebbero introdurre accorgimenti idonei ad assicurare al genitore beneficiario della prestazione un minimo garantito, predeterminato in modo da assicurare per il futuro non solo il mantenimento, in termini nominali, della stessa entità delle prestazioni inizialmente erogate, ma anche la conservazione del valore reale, in termini di potere d'acquisto, delle prestazioni stesse³⁶⁷.

Questione di gran lunga più complessa è quella dell'ammissibilità della corresponsione del contributo per il mantenimento in un'unica soluzione, vista la mancata espressa previsione in tal senso del legislatore³⁶⁸.

³⁶⁵ Il tema è affrontato da N. SCANNICCHIO, *Le nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1987, p. 917 ss.

³⁶⁶ L'obiezione è di G.F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile diretto da Schlesinger, Milano 2004, p. 689 ss.

³⁶⁷ In questo senso vedi G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit. p. 1143.

³⁶⁸ Lo esclude G.F. BASINI, *I provvedimenti relativi alla prole*, cit. p. 757 ss. "Sembra da escludere, altresì, che [i genitori] possano accordarsi per la corresponsione del contributo in un'unica soluzione, come, viceversa, è esplicitamente consentito per l'assegno post-matrimoniale. Più specificamente, anche ritenendo ammissibile la contribuzione, da parte del non affidatario, con una « corresponsione in unica soluzione », ove tale modalità venga stabilita dal giudice (in realtà, di solito, essa viene «suggerita» dai genitori, e, quindi, disposta dal giudice), pare da escludersi, comunque, che una siffatta corresponsione precluda a chi la riceve ogni «successiva domanda di contenuto economico» anche in riferimento alla prole. Una soluzione diversa, difatti, impedirebbe di adeguare il contributo all'eventuale mutamento delle

Sembra che al quesito si possa dare un'unica soluzione coerente con il fatto che a) l'art. 5, ottavo comma, Legge div., introduce una norma eccezionale, subordinando espressamente gli effetti preclusivi dell'accordo di prestazione *una tantum* al giudizio di equità del tribunale³⁶⁹; b) il criterio di proporzionalità espresso dall'art. 148 c.c. è un principio inderogabile nella determinazione del *quantum* del contributo. Su queste basi, è allora ammissibile il pagamento in unica soluzione ma con l'avvertimento che un tale accordo, da un lato, non preclude per il futuro ulteriori rivendicazioni economiche nell'interesse del figlio, dall'altro, non consente di contravvenire alla regola della proporzionalità nella contribuzione, con la conseguenza che ogni pattuizione in tal senso o abdicativa della possibilità di procedere in futuro all'adeguamento della prestazione alle sopravvenute diverse condizioni economiche dei contribuenti, sarebbe nulla.

La conclusione è avvalorata dall'attuale formulazione dell'art. 155, quarto comma c.c.³⁷⁰, che viene comunemente interpretato nel senso che, indipendentemente dal tipo di provvedimento del giudice sull'affidamento (sia esso condiviso o unilaterale), ciascun genitore può provvedere al mantenimento in via diretta (provvedendo al pagamento immediato delle spese per l'istruzione, educazione e sostentamento della prole), secondo gli "accordi liberamente sottoscritti" dai genitori. La formula ampia consente di ritenere non solo che la previsione di un assegno periodico resterebbe meramente eventuale ("ove necessario"), ma che tale assegno sarebbe previsto solo qualora necessario

condizioni economiche sia del non affidatario, sia, e ciò sarebbe peggio, dell'affidatario, nonché al probabile aumento delle esigenze dei figli, conseguente alla loro crescita. Tutto ciò, è evidente, sarebbe in palese ed aperto contrasto con il principio che vuole il permanere, invariato, dell'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, in capo ad entrambi i genitori".

³⁶⁹ Sui requisiti per gli effetti speciali di cui all'art. 5, ottavo comma Legge div. vedi paragrafo 3 del cap. II.

³⁷⁰ Con le modifiche apportate dalla Legge sull'affidamento condiviso n. 54/2006.

all'applicazione del principio di proporzionalità, cioè quando l'apporto diretto di ciascun genitore potrebbe portare ad una distribuzione degli oneri contributivi non corrispondente alle rispettive risorse³⁷¹.

Ammesso quindi, con le dovute precisazioni, che i genitori possono convenire il pagamento del contributo per il mantenimento in unica soluzione, soggetto a rivedibilità secondo la regola *rebus sic stantibus*, ci si chiede se questo pagamento sia estintivo dell'obbligazione legale e se l'adempimento possa avvenire tramite il trasferimento o la costituzione di diritti reali in capo alla prole minorenni. In generale, sull'ammissibilità degli atti attributivi tra coniugi in funzione solutoria, si è detto a proposito della ricostruzione sotto il profilo causale dei negozi della crisi coniugale.

Con specifico riferimento agli atti traslativi a favore dei minori, la posizione della giurisprudenza non è stata sempre uniforme.

Quella di merito ha assunto un orientamento altalenante tra due opposte tesi. Un primo filone contrario nega l'ammissibilità di tali accordi traslativi in funzione di adempimento, partendo dal presupposto che la prestazione contributiva deve necessariamente essere pecuniaria e periodica. Ciò sarebbe desumibile dal silenzio del legislatore sulla liquidabilità *una tantum* dell'obbligazione gravante sul genitore non convivente e dal carattere indisponibile dei diritti in questione³⁷². Altre pronunce favorevoli danno invece per scontata la

³⁷¹ E' noto che un tipico elemento che rende necessaria l'introduzione di un assegno periodico è, ad esempio, il fatto che vi siano tempi molto diversi di permanenza dei figli con l'uno e l'altro genitore.

³⁷² In questo senso vedi il Tribunale di Catania, sentenza del 1.12.1990, in *Dir. Fam. e pers.* 1991, p.1010, il quale ha stabilito che "poiché la legge sul divorzio non prevede la corresponsione in unica soluzione del contributo per il mantenimento della prole e poiché del diritto della prole minorenni al mantenimento da parte dei genitori, questi ultimi non possono disporre a loro piacimento, non è ammissibile l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento, da parte del genitore non affidatario, mediante donazione di un cespite immobiliare; legittimamente pertanto il giudice può determinare, in virtù dei poteri d'ufficio che gli competono, la misura del contributo (periodico) dallo stesso genitore dovuto in favore della prole". In quell'occasione, i coniugi avevano stipulato una convenzione con cui il marito si impegnavano a donare ai propri figli la

validità di tali accordi traslativi o costitutivi di diritti reali, senza particolare argomentazione³⁷³. Maggiormente apprezzabile lo sforzo ermeneutico in quelle decisioni di merito, che inquadrano l'impegno a trasferire un immobile in favore della prole nello schema del contratto a favore di terzi e non della "promessa di donazione"³⁷⁴. Secondo questa prospettiva, l'accordo con il quale un coniuge, nell'ambito della regolamentazione dei rapporti patrimoniali della separazione personale, si obblighi nei confronti dell'altro al trasferimento gratuito di un immobile (casa familiare) in favore della prole, dopo l'omologazione degli accordi di separazione, spetta soltanto ai figli (e non anche allo stipulante) la legittimazione ad agire in giudizio per ottenere l'attuazione coattiva della prestazione da parte del promittente inadempiente³⁷⁵.

metà di una casa, appartenente in comproprietà ai coniugi stessi; a quest'obbligazione egli dava adempimento con atto di donazione.

La decisione dichiarava l'invalidità dell'accordo disposto in violazione di diritti indisponibili, soffermandosi in particolare sul carattere non preclusivo dell'accordo stesso in ordine a pretese future e non invece sulla questione della validità del trasferimento operato.

³⁷³ Cfr. sent. Corte d' App. Milano del 6.5.1994, in *Fam e Dir.*, 1994, p. 667, la quale ha dichiarato ammissibile l'adempimento in unica soluzione dell'obbligo al mantenimento del figlio minore posto a carico del genitore in sede di separazione consensuale con la costituzione a favore dell'altro coniuge dell'usufrutto su di un immobile, trasferendo la nuda proprietà al figlio stesso.

³⁷⁴ Alla "promessa di donazione" va negato valore giuridico poiché il carattere della spontaneità implicito nell'atto di liberalità, resta incompatibile con l'obbligo di adempimento e, quindi, con la natura di atto dovuto del successivo atto con cui viene eseguito l'impegno.

Secondo alcuni (A. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, cit. p. 494 s.), tra genitori la causa liberale non potrebbe mai sussistere. Nei rapporti tra i coniugi l'obbligazione di trasferimento non si configura come promessa di donazione al terzo, bensì come un modo convenzionalmente determinato di adempimento dell'obbligazione di contribuzione al mantenimento della prole; pertanto -esulando *inter partes* la figura della donazione- deve ammettersi, a favore dell'altro coniuge (stipulante) l'azione di adempimento *ex art. 2932 c.c.*, quantunque è da ritenere che al giudizio dovrebbe essere parte necessaria il terzo beneficiario della attribuzione patrimoniale (senza il cui consenso non potrebbe aver luogo il trasferimento *ope iudicis*).

³⁷⁵ Così, per esempio, il Tribunale di Vercelli (con sentenza del 24.10.1989, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1991, p. 1259), seguendo il precedente della Corte d' App. Torino del 9.5.1980,

La giurisprudenza di legittimità ha prevalentemente configurato dette attribuzioni come contratti a favore di terzo, riconducibili alla fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. Esiste tuttavia una remota pronuncia della Corte di Cassazione che, negando natura contrattuale alle intese in parola, si rifiutò di inquadrare il rapporto in quello schema, con riferimento alla pattuizione mediante la quale il marito, in sede di separazione, si obbligava a mettere a disposizione del figlio e della moglie, per tutta la durata della loro vita, un' abitazione, ad integrazione dell' assegno di mantenimento dovuto agli stessi.³⁷⁶

L'orientamento prevalente oggi, a partire dagli anni novanta, con riferimento fattispecie analoghe, aderisce alla tesi del contratto a favore di terzo³⁷⁷. Tale soluzione preferita dalla Suprema Corte è certamente

in *Giur. It.*, 1981, I, 2, p.19; In tempi più recenti il tribunale di Siracusa con sentenza del 14 dicembre 2001, in *Arch. civ.*, 2002, 728, ha stabilito che l'accordo con cui venga pattuito il trasferimento di un diritto reale al figlio minorenni, per provvedere *una tantum* al suo mantenimento, si può configurare come un contratto a favore di terzi, *ex art. 1411 c.c.* realizzante una liberalità indiretta, con conseguente non applicabilità dell'art. 782 c.c. Sul tema vedi la successiva pronuncia del Tribunale di Salerno del 4.7.2006, in *Fam. e Dir.* 2007, p. 63.

³⁷⁶ Cfr. Cass. 25.9.1978, n. 4277, *cit.*: "Al riguardo si deve rilevare che l'accordo raggiunto dai coniugi rispecchia un originario sostanziale parallelismo di interessi e volontà, articolati nell'intendimento reciproco di vivere separati nel riconoscimento di un comune vantaggio in tal senso e della comune esigenza di collaborazione e garanzia per il mantenimento delle condizioni necessarie al rispetto degli interessi generali e di quelli della prole. In questa prospettiva non sembrano applicabili all'accordo norme proprie del contratto quando esse si ricolleghino alla specifica natura del contratto, postulante un conflitto ed una divergenza di interessi la cui composizione rappresenta proprio il naturale risultato del consenso contrattuale. ...Pertanto, in relazione all'accordo o convenzione nella suddetta configurazione, in cui rilevano il momento privatistico (accordo tra i coniugi) e quello pubblicistico (omologazione), assumono significato tutto particolare le vicende patologiche del negozio giuridico, classificate come nullità, annullabilità, risoluzione, ecc., e ciò secondo i limiti di compatibilità di detti istituti afferenti il negozio giuridico in genere con il concetto di accordo o convenzione di diritto familiare (..). L'accordo *de quo*, come gli altri di diritto familiare, tende a realizzare uno scopo comune, cioè l'interesse di tutti i componenti della famiglia, i quali vengono così a trovarsi nella posizione di diretti beneficiari della clausola stessa".

³⁷⁷ Molto chiara sul punto una storica pronuncia della Cassazione (Cass. 21.12.1987, n. 9500, in *Giur. It.* 1987): "Allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo,

da ritenersi la più coerente con il sistema, sia sul piano sostanziale, sia su quello processuale, poiché concilia la posizione del minore, quale terzo estraneo al processo con il fatto di essere, allo stesso tempo, parte dell'operazione negoziale -in senso ampio- conclusa a suo favore³⁷⁸.

Non c'è dubbio che la posizione di beneficiario degli effetti attributivi in capo al figlio, va chiarita rispetto al fatto che nel processo di separazione e divorzio le parti qualificate e necessarie della causa sono solo i coniugi, i quali -di base- hanno interesse ad una pronuncia essenzialmente sul loro *status*³⁷⁹. Ferma la riconosciuta validità degli

dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta".

³⁷⁸ Tale problema aveva indotto la Cassazione meno recente (Cass. 25.9.1978, n. 4277, *cit.*) ad escludere che si potesse invocare lo schema di cui all'art. 1411 c.c.: "Devesi al riguardo rilevare che il diritto del coniuge affidatario a conseguire dall'altro il contributo dovuto per il mantenimento, istruzione ed educazione della prole, dà origine ad un credito proprio del coniuge affidatario, il quale vi ha diritto non *ex capite filiorum*, per cui esso deve ritenere pienamente legittimato ad agire *iure proprio* per conseguire, unitamente al suo mantenimento, anche quello della prole che vi ha diritto (...). Ne discende che anche il figlio minore è parte della convenzione in esame e non può, pertanto, essere considerato terzo estraneo alla convenzione stessa (...). A prescindere dal fatto che questo non è un contratto, appare decisivo il rilievo che nel contratto a favore di terzi il beneficiario della stipulazione è un terzo, estraneo all'accordo intervenuto tra stipulante e promittente, il quale non diviene mai parte del contratto, neppure quando abbia dichiarato, in confronto di entrambi, di volere profittare della stipulazione in suo favore, e nonostante che egli acquisti il diritto per effetto della stipulazione fin dal momento in cui questa è intervenuta. Nemmeno nel caso in cui un patto contrario richiedesse l'accettazione del terzo, essa avrebbe l'effetto di portare costui ad essere parte nel contratto, ma s'inserirebbe in questo a guisa di *condicio iuris* dell'efficacia della stipulazione a suo favore".

³⁷⁹ Resta coerente con questa regola processuale il più recente orientamento della Suprema Corte che ammette l'intervento del figlio maggiorenne nel processo di separazione (sent. Cass. 19.3.2012 n. 4296, in *La legge Plus on line*. Il caso era quello di una donna che nel ricorso di separazione personale aveva chiesto un contributo per il proprio mantenimento e per quello dei figli con lei conviventi, uno minore e l'altro maggiorenne. All'udienza presidenziale, quest'ultimo era intervenuto, chiedendo che fosse versato a lui o alla madre un cospicuo contributo per poter proseguire gli studi universitari.

Il presidente del Tribunale ordinava la separazione della causa relativa all'intervento per ottenere una pronuncia circa la legittimità dello stesso. Il Tribunale prima e la Corte d'appello poi, ritenevano legittimo l'intervento e il padre del ragazzo ricorreva in Cassazione.

A detta di quest'ultimo, l'intervento del figlio maggiorenne nella causa di separazione dei

accordi attributivi³⁸⁰, anche mediante trasferimenti immobiliari a favore dei figli minori, il ruolo di questi ultimi si spiega secondo lo schema del contratto a favore di terzo. Il minore non assume la qualità di parte del negozio, ma solo quella di diretto beneficiario degli effetti negoziali, nella specie, dei diritti reali trasferiti al medesimo oppure costituiti *ad hoc* in adempimento dell'obbligo di mantenimento³⁸¹. Secondo questa

genitori volto all'ottenimento di un assegno di mantenimento non era ammissibile, perché contrario all'art 105 del codice di procedura civile. La Suprema Corte, con la sentenza 4296/12 affermava che madre e figlio hanno entrambi interessi meritevoli di tutela. La fattispecie è disciplinata dal nuovo art. 155 *quinquies* c.c., norma introdotta dalla l. n. 54 del 2006 che permette al giudice di disporre il pagamento di un assegno periodico direttamente a favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente. La Suprema Corte ha precisato che la posizione giuridica del genitore convivente, diretta ad ottenere dall'altro l'attribuzione di un assegno di contribuzione, sulla base delle immutate norme contenute negli artt. 147 e 148 c.c., è sicuramente meritevole di tutela.

Degna di riguardo è anche la posizione del figlio, avente diritto al mantenimento, ed anzi legittimato in via prioritaria ad ottenere il versamento diretto del contributo. Da ciò consegue che ad entrambi debba essere riconosciuta la legittimazione ad agire. Non c'è violazione dell'art. 105 c.p.c. Come è noto, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento di un terzo in un giudizio pendente tra altre parti è sufficiente che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento implicante l'opportunità di un processo simultaneo poiché "anche se l'art. 105 c.p.c. esige che il diritto vantato dall'interveniente non sia limitato ad una meramente generica comunanza di riferimento al bene materiale in relazione al quale si fanno valere le antitetiche pretese delle parti, la diversa natura delle azioni esercitate, rispettivamente, dall'attore in via principale e dal convenuto in via riconvenzionale rispetto a quella esercitata dall'interveniente, o la diversità dei rapporti giuridici con le une e con l'altra dedotti in giudizio, non costituiscono elementi decisivi per escludere l'ammissibilità dell'intervento, essendo sufficiente a farlo ritenere ammissibile la circostanza che la domanda dell'interveniente presenti una connessione od un collegamento con quella di altre parti relative allo stesso oggetto sostanziale, tali da giustificare un simultaneo processo".

³⁸⁰ Per la validità dei trasferimenti di beni a favore dei figli, vedi le successive pronunce Cass. 17 giugno 2004 n. 11342, *Gius* 2004, p. 3880; Cass. 2 febbraio 2005 n. 2088, in *Mass. Giur. It.* 2005. Sull'applicabilità dell'esenzione fiscale di cui all'art. 19 legge 74/87 anche ai trasferimenti a favore dei figli vedi Cass. 30 maggio 2005 n. 11458, in *Fam. e Dir.* 2006, p. 83.

In dottrina, sull'applicabilità delle norme contrattuali ed in particolare di quelle di cui all'art. 1411 c.c. vedi G. OBERTO, *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, cit. p. 63 ss., secondo cui "praticamente, poi, il trasferimento della proprietà direttamente in capo al minore di un immobile locato a terzi o di un pacchetto azionario, o di quote di fondi di investimento o di titoli di stato potrebbe, a conti fatti, risultare assai più conveniente della previsione di un assegno mensile, magari parametrato in relazione ad un reddito «apparente» (e documentabile) modesto dell'obligato, dotato invece di un cospicuo patrimonio «nascosto»".

³⁸¹ E' noto che il terzo, nella fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. non diventa mai parte del contratto. Per la distinzione tra contratto a favore di terzo e contratto per persona da nominare vedi Cass. 17 marzo 1995 n. 3115, in *Giur. It.*, I, p. 1.: "Il tratto peculiare del contratto per persona da nominare è dato dal subentrare nel contratto di un terzo - per effetto della nomina e della sua contestuale accettazione - che, prendendo il posto del

impostazione, ai fini della validità della pattuizione traslativa, non è necessaria la partecipazione del destinatario al processo. E' noto che il contratto a favore del terzo si perfeziona con l'incontro delle volontà del promittente e dello stipulante, e che, per la validità ed operatività della convenzione, è richiesta solo l'esistenza dell'interesse dello stipulante (art. 1411, primo comma c.c.). In dottrina, si è osservato che la prova più forte del fatto che il figlio non è parte dell' accordo deriverebbe dalla circostanza che l'azione del coniuge per ottenere dall' altro il mantenimento del figlio a lui affidato non richiede la rappresentanza del minore in quanto si tratta di un diritto esercitabile *iure proprio*.³⁸²

Oltre alla questione della posizione del minore rispetto al processo e rispetto al contratto traslativo, altro problema è quello di capire se debbano essere osservate le norme sulla rappresentanza dei minori per le attribuzioni a loro favore. In effetti, il diritto di acquistare di questi deriva dalla stipulazione e tale contesto richiama la fattispecie di cui all'art. 320 c.c., in cui è disciplinata, fra le altre, anche l'ipotesi di atti che determinano l'accrescimento del patrimonio del minore, per i quali la

contraente originario (lo stipulante), acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente (promittente) determinando, inoltre, la contemporanea fuoriuscita dal contratto dello stipulante, con effetto retroattivo, per cui il terzo si considera fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente e a questa legata dal rapporto costituito dall'originario stipulante; nel contratto a favore di terzo, invece, gli effetti si producono a favore sia dello stipulante che del terzo, il quale ultimo non acquista mai veste di parte contrattuale, nè in senso formale nè in senso sostanziale".

³⁸² Cfr. A. JANNARELLI, nota a sent. Cass. 25.9.1978, n. 4277, in *Foro it.* I, p. 718-720). "Il riconoscimento al genitore affidatario di una pretesa *iure proprio* ad ottenere il mantenimento del figlio affidatogli mette in chiaro che l'obbligo al mantenimento dei figli è del tutto autonomo ed indipendente da quello operante tra i coniugi, i quali, nel caso in cui definiscono in sede di separazione le modalità ed il *quantum* del mantenimento del figlio a carico del genitore non affidatario, regolano gli interessi di questo ma nei loro rapporti interni. In altri termini, nell' accordo di separazione il figlio, *rectius* i suoi interessi personali e patrimoniali, sono presenti esclusivamente come oggetto di regolamentazione, come materia su cui cade l'accordo tra i coniugi: il figlio risulta non destinatario ma beneficiario di regole dettate ed operanti tra i coniugi, le quali sono vincolanti solo tra loro, finché resti inalterato l'affidamento del figlio minore. Non può essere dubbio, perciò, che tali clausole non sono vincolanti nei diretti rapporti tra il genitore non affidatario ed il figlio, nel duplice senso che il figlio può pretendere il mantenimento al di là dei limiti e delle modalità convenute tra i coniugi (...), ma non può *iure proprio* chiederne l'osservanza e l'attuazione".

norma richiede l'autorizzazione del giudice, essendo eccedenti l'ordinaria amministrazione. Secondo lo schema del contratto a favore di terzo, il beneficiario ha il diritto di paralizzare l'eventuale revoca o modifica della stipulazione fatta a suo favore, mediante dichiarazione di volerne profittare. Ci si chiede allora se l'autorizzazione *ex art. 320 c.c.* sia necessaria già nella fase della stipulazione o in quella successiva dell'eventuale adesione del beneficiario³⁸³. I giudici di legittimità hanno precisato che, se l'acquisto si pone quale effetto immediato e diretto del contratto (art. 1411 c.c.), la validità ed operatività della convenzione medesima postula soltanto la ricorrenza di un interesse dello stipulante, senza che si richieda l'osservanza delle norme sulla rappresentanza dei minori, ove stipulato dal genitore a vantaggio del figlio. Ne consegue che, non essendo richiesta alcuna accettazione da parte del terzo beneficiario, nella fase della conclusione dell'accordo attributivo, nessuna autorizzazione è richiesta ai sensi dell'art. 320 c.c..³⁸⁴ Ciò in

³⁸³ E' noto che il giudice tutelare in tal caso deve valutare la necessità o l'utilità evidente per il figlio e questo è un giudizio che non può ritenersi assorbito nel controllo giudiziale di omologazione, i cui limiti si fondano su altri presupposti, poiché il giudice della separazione deve garantire anche l'attuazione del principio di proporzionalità nella determinazione degli obblighi contributivi.

³⁸⁴ Cass. 5 gennaio 1985 n. 11, *cit.* "Circa la dedotta incapacità del soggetto a cui favore è stata stipulata la polizza va posto in rilievo che - a prescindere dalla questione se la norma di cui all'art. 1411 terzo comma abbia valore anche per i contratti di assicurazione per conto altrui o di chi spetta previsti e regolati dall'art. 1891 cod. civ. - la validità di quella forma di contratto è espressamente soggetta, secondo il primo comma di quell'articolo, salve le condizioni di carattere generale, solo alla presenza di un interesse dello stipulante. Invero, la mancata dichiarazione di accettazione, come appare chiaramente dalla formula del citato terzo comma e del quarto comma dell'art. 1411 cod. civ., determina solo la revocabilità o modificabilità del contratto da parte dello stipulante, presupponendo, quindi, nell' assenza di diversa norma, la irrilevanza della omissione di accettazione sulla validità del contratto. Né quest'ultima può essere esclusa per la incapacità del minore, che, secondo la ricorrente, importerebbe la impossibilità di stipula di contratti a suo favore. Invero, è facile osservare che, in linea generale, pure secondo il precedente testo dell'art. 320 cod. civ., l'esercizio della patria potestà, con la rappresentanza del minore, era attribuita al padre e, in caso di impedimento alla madre, rimanendo sempre la possibilità, per l'eventuale contrasto di interessi, di nomina di un curatore speciale: perciò, in ogni caso, la dedotta impossibilità di accettazione del contratto a favore del minore non sussisteva".

considerazione del fatto che la dichiarazione di volerne profittare incide solo sulla revocabilità o meno della stipulazione.

Sul punto, è tuttavia noto l'orientamento della Suprema Corte che qualifica l'adesione del beneficiario come una *condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto, indispensabile per rendere irrevocabile ed immodificabile l'acquisto stesso.³⁸⁵ Se con l'adesione del minore si realizza l'effetto accrescitivo o diminutivo del patrimonio, l'atto di accettazione o di rifiuto sarebbe allora soggetto all'autorizzazione del giudice tutelare *ex art. 320 c.c.*³⁸⁶ Inoltre, rispetto a questa fattispecie, non è escluso che si possa configurare una situazione di conflitto di interessi tra la prole (rappresentata) e genitori (rappresentanti ed esercenti la potestà genitoriale)³⁸⁷. In tal caso si dovrebbe ricorrere alla nomina, sempre da parte del giudice tutelare, di un curatore speciale in base agli articoli 320, sesto comma c.c. e 78 secondo comma c.p.c. Il

³⁸⁵ Nel senso che l'adesione del beneficiario costituisca una condizione di diritto sospensiva vedi Cass. 4 febbraio 1988 n. 1136, *Mass. Giur. It.* 1988; Cass. 24 dicembre 1992 n. 13661, in *Mass. Giur. It.* 1992; Trib. Milano 29 giugno 2005).

Alcune pronunce di merito si sono spinte fino a richiedere l'adesione del beneficiario ai fini della trascrizione (Trib. Siracusa 2001, 14.12.2001: "Il trasferimento immobiliare a favore del figlio, previsto in un accordo di separazione tra coniugi non è trascrivibile senza l'adesione del terzo beneficiario, indefettibile '*condicio iuris*' sospensiva fino al suo verificarsi, dell'acquisizione del diritto in modo irrevocabile." Su tali premesse il Tribunale, adito in merito alla presunta illegittimità di una trascrizione effettuata con riserva, ha considerato legittima tale modalità di attuazione della suddetta forma di pubblicità, relativamente ad un accordo traslativo di bene immobile concluso dal coniugi in favore del figlio e contenuto nel decreto di omologazione, in quanto agli atti mancava la dichiarazione di consenso, che avrebbe dovuto rendere, in nome e per conto del minore, il legale rappresentante nominato e autorizzato dal giudice tutelare *ex art. 320 c.c.*"

³⁸⁶ In base a questa prospettiva, l'accettazione o rifiuto soggiacciono alle regole sulla rappresentanza di cui all'art. 320 c.c. La Corte di Cassazione lo ha affermato in materia analoga di incapacità dell'inabilitato: "La rinuncia ad una prestazione contrattuale, espressa da persona inabilitata, quale beneficiaria di un contratto a favore di terzo, costituisce atto di straordinaria amministrazione, che, se compiuto senza l'osservanza delle prescritte formalità e senza l'assistenza del curatore, è annullabile ai sensi dell'art. 427, 2° comma, c.c.; l'annullamento può essere pronunciato solo su istanza dell'inabilitato, o dei suoi eredi o aventi causa, con la conseguenza che, in difetto di tale istanza, la rinuncia, ancorché invalida, rimane efficace" (Cass. civ., 14-12-1978, n. 5975, in *Mass. Giur. It.* 1978).

³⁸⁷ I genitori sono, rispettivamente, obbligato se non affidatario, e destinatario indiretto del contributo se affidatario e, quindi, gestore delle risorse del minore.

soggetto investito di questo ufficio dovrebbe poter partecipare alla formalizzazione dell'atto, nell'interesse del minore e quindi intervenire nel processo.

Sulla base di questa ricostruzione, è possibile cercare di individuare quali siano in definitiva gli atti necessari per realizzare l'effetto traslativo nell'interesse dei figli in sede processuale con la seguente precisazione.

Se ci si pone in un'ottica "monofasica" dei trasferimenti in sede di separazione, con ciò riconoscendo al verbale presidenziale efficacia reale immediata ed idoneità alla trascrizione, l'autorizzazione *ex art. 320 c.c.* dovrebbe essere acquisita preventivamente rispetto alla comparizione dei coniugi davanti al Presidente e comunque prima del decreto di omologazione che rende definitivamente efficace l'acquisto. Non solo, potendosi configurare in concreto un conflitto di interessi tra i genitori in conseguenza dell'adesione del beneficiario, dovrebbe nominarsi un curatore in vista dell'autorizzazione *ex art. 320 c.c.* e per la formalizzazione del trasferimento. Quest'ultimo dovrebbe poter intervenire a tal fine nel processo (all'udienza presidenziale). Questa eventualità sembra però improbabile vista la struttura tipica del processo di separazione, in cui la partecipazione è limitata a i soli coniugi³⁸⁸.

In una prospettiva "bifasica", invece, in cui i coniugi pattuiscono degli impegni di trasferimento,³⁸⁹ da formalizzare in un secondo momento davanti al pubblico ufficiale in attuazione degli obblighi assunti in sede processuale, la stipulazione in sede presidenziale è valida senza l'adesione autorizzata *ex art. 320 c.c.* e senza la partecipazione dell'eventuale curatore speciale. Questa sembra la soluzione più coerente, da un lato, con il sistema processuale, che, come

³⁸⁸ Sulla particolarità del caso di partecipazione del figlio maggiorenne mediante intervento nel giudizio di separazione vedi Cass. civ. Sez. I, 19-03-2012, n. 4296, *cit.*

³⁸⁹ Fattispecie che la giurisprudenza qualifica come preliminare a favore di terzo.

detto, limita ai coniugi la legittimazione al processo di separazione, e, dall'altro, con la funzione del giudice che nella separazione deve essere quella di valutare l'interesse del minore in relazione al rispetto del principio della contribuzione proporzionale (art. 148 c.c.) e non quello di garantire l'integrità del patrimonio del minore giudicando l'utilità evidente di un incremento patrimoniale³⁹⁰.

Infine, anche i figli maggiorenni possono essere destinatari di attribuzioni economiche dei genitori. In questo caso molti aspetti problematici svaniscono. Innanzitutto è nota l'interpretazione corrente della giurisprudenza secondo cui l'obbligo di mantenimento dei genitori nei confronti dei figli *ex artt.* 147 e 148 c.c. non cessa, automaticamente, con il raggiungimento della maggiore età, ma si protrae fino a quando il figlio abbia raggiunto una propria indipendenza economica.³⁹¹

³⁹⁰ Del trattamento fiscale degli atti di trasferimento a favore della prole minorenni nel cap. III, paragrafo 5, secondo la recente circolare Circolare n. 27 del 21 giugno 2012, la quale ai fini dell'esenzione richiede che il testo dell'accordo omologato dal Tribunale preveda esplicitamente che l'accordo patrimoniale a beneficio dei figli sia "elemento funzionale e indispensabile" ai fini della risoluzione della crisi coniugale

³⁹¹ Tra tutte vedi Cass. 1 dicembre 2004 n. 22500, in *La legge plus on line*, Iposa, "L'obbligo di mantenere il figlio non cessa automaticamente con il raggiungimento della maggiore età, od oltre un dato limite dalla stessa, ma si protrae fino al momento in cui il figlio abbia raggiunto una propria indipendenza economica ovvero versi in stato di colpa per non essersi messo in condizione di procurarsi un reddito mediante l'esercizio di una idonea attività lavorativa o per aver ingiustificamente rifiutato tale attività".

Sulla legittimazione del maggiore di età a pretendere l'assegno vedi per tutte Cass. civ. Sez. I, 26-09-2011, n. 19607, in *Fam. e Dir.*, 2011, 12, p. 1145: "Il genitore separato o divorziato, cui il figlio sia stato affidato durante la minore età, continua, pur dopo che questi sia divenuto maggiorenne e non sia economicamente autosufficiente, ad essere legittimato *"iure proprio"*, a richiedere all'altro genitore tanto il rimborso, *pro quota*, delle spese già sostenute per il mantenimento del figlio, quanto il versamento dell'assegno periodico a contributo per tale mantenimento".

Sulla possibilità di intervento del maggiorenne nel giudizio di separazione vedi Cass. civ. Sez. I, 19-03-2012, n. 4296, *cit.* "Nel giudizio di separazione o di divorzio, in cui il genitore convivente con il figlio maggiorenne agisca per ottenere il rimborso di quanto versato per il mantenimento di questi ovvero la determinazione del contributo per il futuro, è ammissibile l'intervento anche del predetto figlio, per far valere un diritto relativo all'oggetto della controversia o eventualmente in via adesiva, trattandosi di posizioni giuridiche meritevoli di tutela ed intimamente connesse, che comportano la legittimazione ad agire, la cui esistenza è da riscontrare esclusivamente alla stregua della fattispecie giuridica prospettata dall'azione, prescindendo dalla effettiva

In applicazione di questa regola, è dunque legittimo un atto di trasferimento a favore del figlio maggiorenne, ai fini del suo mantenimento. Non solo, secondo il più recente orientamento giurisprudenziale,³⁹² vista anche la novella del 2006 con la legge sull'affidamento condiviso, che consente l'attribuzione dell'assegno direttamente al figlio maggiorenne, questi, in concorso con il genitore convivente, può attivarsi processualmente per ottenerlo. In ipotesi di promessa di cessione di un bene a suo favore da parte del genitore inadempiente, sembrano non ci siano ostacoli alla possibilità che egli agisca per l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.p.c.*

4.4. Costituzione di vincoli di destinazione nella fase patologica del matrimonio.

Verificata la possibilità di provvedere al mantenimento della prole, anche solo parzialmente, mediante la corresponsione *una tantum* da eseguirsi con l'attribuzione di un diritto di proprietà immobiliare, sono stati posti all'attenzione dei giudici negozi tra coniugi che istituiscono dei vincoli di destinazione su beni in favore dei minori con la medesima finalità attuativa degli obblighi contributivi familiari. Si tratta di accordi

titolarità del rapporto dedotto in causa; inoltre, detto intervento assolve, altresì, ad un'opportuna funzione di ampliamento del contraddittorio, consentendo al giudice di provvedere in merito all'entità del versamento, anche in forma ripartita, del contributo al mantenimento".

³⁹² Cfr. Trib. Marsala 26 febbraio 2007, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, 11, p. 950: "L'art. 155-quinquies, co. 1, c.c., non esclude la legittimazione concorrente del genitore convivente col figlio maggiorenne il quale può chiedere *iure proprio* il versamento dell'assegno a titolo di contributo al mantenimento del figlio non ancora economicamente indipendente"; In senso conforme vedi Trib. Messina 26 aprile 2006 ("L'art. 155-quinquies c.c., in tema di modifica dei provvedimenti relativi alla separazione, pur permettendo che il genitore obbligato versi l'assegno di mantenimento direttamente al figlio maggiorenne non economicamente indipendente, non determina il venir meno *ex lege* della concorrente legittimazione del genitore affidatario, che continui a provvedere direttamente al mantenimento del figlio maggiorenne, a richiedere il contributo *iure proprio*"); Trib. Modena 28 giugno 2007.

che fanno applicazione dell'istituto regolato dall'art. 2645-ter c.c. in funzione di garantire l'adempimento dell'obbligo di mantenimento, attraverso la costituzione di un vincolo su determinati beni, opponibile ai terzi. Come è noto, la norma (introdotta nel codice civile dal d.l. 30 dicembre 2005 n. 273) dispone la trascrivibilità dei negozi di destinazione stipulati in forma pubblica ed aventi ad oggetto beni mobili o beni immobili registrati, prescrivendo l'impiego di detti beni e dei loro frutti per la realizzazione dello scopo di destinazione, se meritevole di tutela. L'effetto essenziale dell'atto di destinazione è quello di creare una separazione dei beni vincolati rispetto al restante patrimonio del conferente, potendo essi costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti per la realizzazione del suddetto vincolo di destinazione.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle accese dispute sorte in dottrina sulla natura, la qualificazione, la struttura di tale negozio e pertanto ci si limiterà ad esaminare la sua possibile applicazione nell'ambito dei rapporti familiari ed in particolare alle relazioni patrimoniali tra i coniugi nella fase patologica del matrimonio³⁹³.

La giurisprudenza si è espressa per lo più nel senso di ritenere legittimo l'utilizzo dell'istituto per la tutela dei diritti che sorgono in conseguenza della pronuncia di separazione o di divorzio e, in particolare, per la realizzare degli interessi della prole. Sulla questione è nota la decisione del Tribunale di Reggio Emilia del 2007³⁹⁴ che, non

³⁹³ Per un esame critico della nuova disposizione vedi, G. OPPO, *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione* (art. 2645-ter c.c.), in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p.1 ss.; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, *ivi*, I, p. 321 ss.; G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, *ivi*, II, p.183 ss.; R. LENZI, *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 229 ss.; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 197 ss. e ID., *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 189 ss.; G. DORIA, *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.* 2007 p. 458 ss.

³⁹⁴ Trib. Reggio Emilia Sez. I, 26-03-2007, in *Fam. e dir.* 2008, p. 616, secondo cui "L'accordo negoziale fra coniugi, consensualmente separati, col quale si prevede la

solo ha ritenuto ammissibile tale strumento giuridico nell'ambito dei rapporti familiari, ma lo ha anche elevato a negozio che, più di ogni altro, sarebbe in grado di tutelare il superiore interesse della prole, nell'ambito dei giudizi di separazione e di divorzio³⁹⁵.

L'importanza di questo provvedimento, che assurge in materia ad un vero e proprio *leading case*, un precedente sulla base del quale è stata teorizzata la particolare idoneità del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, è quella di avere operato, tra l'altro, una ricostruzione del negozio di destinazione "familiare" sotto il profilo causale e di avere chiarito i margini del controllo giudiziale sulla meritevolezza degli interessi tutelati³⁹⁶.

corresponsione del contributo al mantenimento dei figli con un trasferimento immobiliare fra i coniugi stessi con vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.*, "*una tantum*", a favore della prole, anziché con un assegno periodico, è meritevole ed ammissibile, essendo la trascrizione del vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* opponibile "*erga omnes*" e fornendo per effetto la piena tutela dell'interesse della prole".

³⁹⁵ Sulla operatività dell'istituto in sede di separazione consensuale vedi anche la più recente pronuncia conforme del Trib. Reggio Emilia, 22-06-2012, in *I Contratti*, 2012, 10, p. 827 secondo cui "La modifica delle condizioni di separazione relative al mantenimento dei figli, per i quali normalmente è prevista la corresponsione di un apposito assegno di mantenimento, può divenire oggetto di revisione anche a seguito di un accordo specifico fra i coniugi, a condizione però che le nuove pattuizioni non siano in contrasto con l'inderogabile principio di tutela dell'interesse della prole. Conseguentemente, la configurabilità di vincoli di destinazione posti ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. su beni immobili, non si risolve in un negozio traslativo, essendo caratterizzato da una causa esclusivamente destinatoria, come tale accessoria rispetto agli altri effetti derivanti da un negozio tipico od atipico cui si accompagna, fermo restando che la stessa non si sottrae comunque alla valutazione ai sensi dell'art. 158, comma 2, c.c.".

³⁹⁶ Un altro nodo problematico affrontato dal tribunale è costituito dalla idoneità del decreto emesso dal collegio a integrare quella 'forma pubblica' richiesta dall'art. 2645-ter c.c., per la trascrizione dei negozi di destinazione. Il tema dell'idoneità traslativa del verbale giudiziale e della sua idoneità alla trascrizione è già stato affrontato nel secondo paragrafo di questo capitolo, cui si rinvia. Sul punto il Tribunale di Reggio Emilia ha ritenuto che il requisito formale dell'art. 2645-ter c.c. è soddisfatto anche nel caso in cui il negozio di destinazione sia consacrato in un verbale di udienza omologato dal giudice, in quanto il riferimento che la norma effettua agli «atti in forma pubblica» non si risolve nella attribuzione esclusiva, alla sola categoria dei notai, del diritto di rogare - con atti ricevuti nella "forma pubblica" richiamata dalla novella - i negozi di destinazione, ma, molto più semplicemente, costituisce il presupposto per addivenire alla trascrizione del negozio destinatorio: la trascrizione, in ragione delle formalità richieste dalle norme dettate dal codice, può infatti avvenire

Nel caso deciso dal Tribunale di Reggio Emilia i coniugi agivano a norma dell'art. 710 c.p.c. per la modifica delle clausole della separazione, già omologata, in tema di mantenimento dei figli minori, chiedendo che la corresponsione dell'assegno periodico versato dal padre venisse sostituita con il trasferimento di terreni agricoli e fabbricati alla madre affidataria della prole. Il collegio escludeva che la concorde richiesta corrispondesse all'interesse della prole beneficiaria, e ciò perchè l'attribuzione alla madre di tali beni non avrebbe offerto sufficienti garanzie sull'effettiva destinazione del compendio immobiliare al mantenimento dei minori. Il tribunale suggeriva quindi ai coniugi separati la costituzione di un vincolo di cui all'art. 2645-ter c.c. Ciò avrebbe sottratto gli immobili alla libera disponibilità da parte della madre e garantito l'impignorabilità degli stessi per debiti estranei allo scopo di destinazione.

Nel provvedimento erano chiarite le ragioni per cui doveva ritenersi preferibile la soluzione proposta. I giudici affermavano infatti che "mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni conferiti ai sensi del nuovo art. 2645-ter c.c. appare assoluta, l'art. 170 c.c. assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza". A ciò si aggiungeva che per la realizzazione degli interessi ai quali è preposto il vincolo, a differenza del fondo patrimoniale, possono agire, oltre al

ove il negozio traslativo o costitutivo del diritto reale sia contenuto in un atto in forma pubblica, categoria entro cui i provvedimenti giudiziali, a dire della giurisprudenza oggi maggioritaria, ben possono rientrare. Nel caso di specie, ricorda il Tribunale, il verbale dell'udienza del 22 marzo 2007 «costituisce atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. » e (previa omologazione dell'accordo) è titolo idoneo alla trascrizione nei registri immobiliari, a norma dell'art. 2657 c.c., oltre che del negozio di trasferimento di diritti reali immobiliari ivi contenuto, altresì del negozio di destinazione.

conferente, qualsiasi soggetto che ne abbia interesse e, dunque, trattandosi nel caso di specie di interessi di minori, anche il pubblico ministero, il tutore o il curatore speciale.

Il collegio esaminava altresì il profilo causale dell'accordo omologato, per fondare la giustificazione sia del vincolo di destinazione per il perseguimento degli interessi della prole, sia dell'effetto traslativo, dal marito alla moglie, dei diritti immobiliari. In questa prospettiva, premessa una ricognizione sull'orientamento giurisprudenziale che ritiene lecito e ammissibile l'accordo con il quale i coniugi pattuiscono la corresponsione del contributo al mantenimento dei figli con un trasferimento immobiliare *una tantum* a loro favore, anziché con un assegno periodico³⁹⁷, il tribunale evidenziava in primo luogo che qui il trasferimento avveniva tra i coniugi, e non ai figli, seppure con vincolo di destinazione a favore della prole e a titolo di mantenimento. In questa fattispecie, si diceva, è possibile riconoscere nel negozio stipulato dai coniugi un contratto con causa atipica, ammissibile purché sorretto da causa lecita. Il fondamento della validità della pattuizione va ritrovato nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322, secondo comma c. c.³⁹⁸

Il tribunale di Reggio Emilia chiariva a questo punto il ruolo del giudice nella valutazione dell'ammissibilità dell'accordo di destinazione precisando che la causa del trasferimento immobiliare in esame -se inteso come contratto atipico - deve essere esaminata sotto l'aspetto della meritevolezza degli interessi sottesi. Questo è lo spazio di

³⁹⁷ Il Tribunale di Reggio Emilia non ha dubbi che oggi, il quarto comma dell'art. 155 c.c. prevede la modalità dell'assegno di mantenimento di fonte giudiziale 'ove necessario', al solo ed eventuale fine di realizzare il principio di proporzionalità.

³⁹⁸ Il tribunale richiama la sentenza della Cass. civ., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Riv. Not.*, 1991, p. 1413.

intervento dell'autorità giudiziaria rispetto alla libera manifestazione dell'autonomia negoziale dei coniugi³⁹⁹.

Alla luce di questa ricostruzione non c'è dubbio che la particolare rilevanza dell'interesse del minore e della garanzia degli obblighi contributivi postmatrimoniali fonda nel caso concreto la liceità del trasferimento immobiliare e del vincolo di destinazione⁴⁰⁰. La fattispecie

³⁹⁹ In proposito, il Tribunale osserva che l' "immeritevolezza" degli interessi perseguiti è quasi divenuta "ipotesi di scuola" (Cass., 5/1/1994, n. 75, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 1230 e Cass., 20/9/1995, n. 9975, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 73) e che, al contrario, la "meritevolezza" è stata ampiamente riconosciuta perché "il fondamentale principio dell'autonomia contrattuale consente alle parti di stipulare, nei limiti imposti dalla legge, tutte quelle intese negoziali, riconosciute dall'ordinamento giuridico, che vengano ritenute idonee alla tutela dei rapporti in continua evoluzione" (così Cass., Sez. Un., 1/10/1987, n. 7341, pluriedita); peraltro, "nella più modesta cornice che, dopo l'adozione della Costituzione, le compete ... una volta abbandonato quel criterio dell' "utilità sociale" che, nella relazione al codice civile, aveva giustificato la pur contestata adozione della norma, il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti col negozio atipico si riduce, in realtà, ad una valutazione di non illiceità, in cui l'interprete deve limitarsi all'esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume" (Trib. Trieste 23/9/2005, in *Guida Dir.*, 2005, n. 41, p. 57).

⁴⁰⁰ Il Tribunale di Reggio Emilia richiama a fondamento delle proprie conclusioni la nota sent. Cass., 17/6/2004, n. 11342, *cit.* secondo cui "l'accordo di separazione che contenga l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in suo favore, la piena proprietà di un bene immobile, trattandosi di pattuizione che dà vita ad un contratto atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, [è] volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ."

L'esame del provvedimento in epigrafe consente di verificare che la ricostruzione dell'art. 2645-ter c.c., cui il tribunale emiliano dimostra di aderire, è quella della doppia causa: oltre causa negoziale del negozio destinatorio - cui il Tribunale non sembra dedicare troppo spazio, ritenendo, che il richiamo effettuato dall'art. 2645 - ter c.c. all'art. 1322 c.c. sia sufficiente di per sé a giustificare l'imposizione di un vincolo di funzione per la tutela degli interessi della prole - il Collegio dedica ampio spazio, alla causa traslativa dei beni descritti in atto. In questa prospettiva, una volta cessato il vincolo di destinazione sul bene (quindi una volta raggiunta l'indipendenza economica da parte del più giovane dei figli), i beni permarranno liberi da vincoli in capo alla moglie cessionaria, la quale pertanto - senza essere in alcun modo tenuta a ritrasferirla al suo dante causa, così come ritiene invece chi approda alla ricostruzione del negozio di destinazione come negozio a causa unitaria - potrà disporre liberamente, ben potendo pertanto avvantaggiarsi del reddito derivante dagli immobili trasferiti (che non sarà pertanto più destinato alla soddisfazione dei bisogni economici della prole) ovvero anche alienarli liberamente. Si sofferma in particolare sul profilo causale del negozio esaminato dal Tribunale di Reggio Emilia F. GALLUZZO *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti a tantum e art. 2645-ter c.c.*, in *Fam.e Dir.*, 6 / 2008, p. 616.

di cui all'art. 2645 *ter* c.c., come ricordato dal Tribunale, è del resto riconducibile alla più ampia categoria degli atti e dei contratti che regolano gli effetti patrimoniali della crisi coniugale e per questo merita di essere riconosciuta quale strumento idoneo all'attuazione degli obblighi contributivi secondo il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità⁴⁰¹. Il giudice deve limitarsi, nel caso concreto, a prendere atto delle intese tra coniugi quando queste non appaiano in contrasto con l'inderogabile principio dell'interesse del minore. Su questi presupposti, poichè in linea di principio non ci sono ostacoli ad un accordo che preveda la corresponsione del contributo al mantenimento della prole in un'unica soluzione, la modalità attuativa mediante la costituzione di un vincolo di destinazione *ex* art. 2645 *ter* c.c. dovrà essere giudicata in base al doppio criterio, da un lato, della sua idoneità a garantire l'adempimento dell'obbligo di mantenimento, dall'altro del rispetto dell'inderogabile principio di proporzionalità.

In dottrina⁴⁰² si è andata consolidando l'idea che, in tema di garanzia di adempimento degli assegni di separazione e divorzio, il vincolo di

⁴⁰¹ Il riferimento del tribunale è alla "negoiazione globale" dei coniugi nella fase in cui viene liquidato il rapporto matrimoniale. Nel provvedimento si richiama anche quella ricostruzione dottrinale (G. OBERTO, *I contratti della crisi familiare*, cit.) che avvalorata la terminologia del legislatore, laddove esso si riferisce alle "condizioni della separazione consensuale" (art. 711 cod. proc. civ.) e alle "condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici" in sede di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 4, comma 16°, Legge Divorzio). In base a queste disposizioni e alla luce della giurisprudenza secondo cui ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali (Cass., 24/2/1993, n. 2270, in *Dir. Fam. Pers.*, 1994, p. 563; Cass., 22/1/1994, n. 657, in *Dir. Fam. Pers.*, p. 868), si possono configurare dei veri e propri contratti della crisi coniugale (e, segnatamente, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi) si caratterizzano per la presenza della causa tipica di definizione della crisi stessa. In giurisprudenza, il rinvio è alle note pronunce della Corte di Cassazione che hanno elaborato l'idea di una tipicità dei negozi di sistemazione patrimoniale con finalità "solutorio-compensativa" nella separazione e nel divorzio (Cass., 14/3/2006, n. 5473, cit.; Cass., 23/3/2004, n. 5741, cit.).

⁴⁰² Parte della dottrina, invece, ritiene che in ambito familiare la fattispecie di cui all'art. 2645-*ter* c.c. non potrebbe trovare espressione, poichè l'operazione della destinazione a far fronte ai bisogni della famiglia apparirebbe assorbita dal disposto di

destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* possa aggiungere all' "armamentario legislativo" previsto dal codice di rito e dalle norme speciali in materia un valido strumento, a prescindere dalle gravi questioni generali di inquadramento dell'istituto⁴⁰³. A ben vedere, anzi, esso sarebbe più "forte" di quello derivante dal fondo patrimoniale, essendo opponibile nei confronti di tutti i creditori dei coniugi oltre i limiti delle condizioni di cui all'art. 170 c.c. A ciò si aggiunga che l'accordo costitutivo del vincolo di destinazione avrebbe efficacia per un periodo più lungo rispetto a quello della durata del matrimonio o del rapporto familiare di fatto, a prescindere dalle vicende dei rapporti tra i coniugi-genitori⁴⁰⁴.

In tema di patrimoni destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela in sede di separazione e divorzio, si assiste nella prassi sempre più frequentemente anche alla costituzione di *trusts* a beneficio di soggetti legati al costituente da rapporti di parentela, coniugio o convivenza *more uxorio*⁴⁰⁵. Lo scopo è quello di soddisfare i

cui agli artt. 167 ss. c.c., nel senso che "il giudizio di meritevolezza della destinazione dei beni al soddisfacimento dei bisogni familiari è avocata da una disciplina speciale (quella del fondo patrimoniale) cui la nuova norma (art. 2645-ter c.c. appunto) non arreca alcuna deroga". In questo senso vedi G.A.M.TRIMARCHI, *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 4/2009, p. 426; contrario all'applicazione nell'ambito dei rapporti familiari, anche A. FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. Civ.*, 3/2007, p.614. La tesi non è però condivisibile in base a quanto già detto (cap. IV, primo paragrafo) sui limiti di operatività del fondo patrimoniale nella fase della crisi coniugale.

⁴⁰³ In questo senso vedi G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. e dir.* 2008, p. 77.

Sulla tendenza a richiamare la disciplina contenuta nell'art. 2645 *ter c.c.*, al fine di dare sistemazione ai rapporti patrimoniali in seno alla famiglia, sia legittima sia di fatto vedi l'approccio critico di R. MONTINARO, *Il ruolo del trust e degli atti di destinazione allo scopo nei rapporti patrimoniali familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, a cura di F. ANELLI e M. SESTA, Milano 2012, p. 787.

⁴⁰⁴ La sicura applicazione dell'istituto in ambito familiare viene in generale ribadita da G. OBERTO, *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.* 2007, p. 202.

⁴⁰⁵ Si tratta di un istituto di *common law* mediante il quale un *settlor* trasferisce la proprietà di un bene ad un *trustee* che lo amministra e gestisce nell'interesse di un terzo *beneficiary*. Proprietario diventa quindi il *trustee*, rispetto al cui patrimonio i beni conferiti in trust rimangono separati e insensibili alle azioni esecutive dei creditori personali del *trustee*. Si crea una situazione per cui il proprietario formale è il *trustee* mentre i diritti corrispondenti al diritto di proprietà spettano al *beneficiary*.

bisogni dei beneficiari programmando una sistemazione patrimoniale che resti insensibile alle vicende personali ed economiche dei soggetti coinvolti e che non possa essere messa in discussione in conseguenza dell'apertura della successione del costituente. Anche in questo caso, l'effetto è la nota possibilità di dare vita ad un patrimonio separato rispetto al restante patrimonio. L'istituto, come è noto, tratto dai sistemi giuridici di *common law*, consente la separazione dal proprio patrimonio di uno o più beni mediante il trasferimento da parte del costituente (*settlor*) della proprietà formale (o controllo) ad un altro soggetto *trustee* (o fiduciario), a patto che questi l'amministri e ne corrisponda i redditi ad un terzo beneficiario⁴⁰⁶. I rapporti giuridici che compongono questa distinta massa patrimoniale non entrano a far parte del patrimonio del *trustee*, pur essendo essi intestati a suo nome. Il *trustee* assume l'obbligo di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo le indicazioni contenute nell'atto istitutivo e secondo la legge competente a regolare il *trust*⁴⁰⁷. Egli acquista quindi un potere in funzione della realizzazione dell'interesse del terzo beneficiario e al conseguimento dello scopo indicato nell'atto istitutivo⁴⁰⁸. Il beneficiario, infine, è il soggetto nel cui

L'Istituto è regolato dalla Convenzione dell'Aja 1 luglio 1985, recepito in Italia dalla legge n. 364/1989, entrata in vigore a decorrere dal 1° gennaio 1992. Si tratta di una Convenzione internazionale che stabilisce la legge applicabile ai *trusts* e i presupposti del loro riconoscimento.

⁴⁰⁶ L'art. 2, 1. n. 364/1989, che lo ha recepito in Italia, lo definisce come il complesso dei rapporti giuridici posti da un soggetto, denominato *settlor* (o costituente), mediante un atto tra vivi o un negozio *mortis causa*, sotto il controllo di un altro soggetto, il c.d. *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un dato scopo.

⁴⁰⁷ Per i riferimenti ai tratti istituzionali del *trust* vedi R. MONTINARO, *Il ruolo del trust e degli atti di destinazione allo scopo nei rapporti patrimoniali familiari*, cit. p. 787 ss.

⁴⁰⁸ Secondo l'art. 11, 1. n. 364/1989: a) i beni in *trust* rimangono distinti dal restante patrimonio del *trustee*; b) i creditori personali del *trustee* non possono aggredire i beni oggetto del *trust*; c) tali beni non entrano a far parte della massa ereditaria (e non possono, quindi, essere acquistati dai successori a causa di morte) del *trustee*. Su tale complesso di beni si costituisce un vincolo reale di destinazione, ossia ad esso si applica una particolare disciplina. In primo luogo, i beni oggetto del *trust* sono assoggettabili ad esecuzione forzata solamente per la realizzazione dei diritti vantati da alcune categorie di creditori, più esattamente, da quei creditori la cui pretesa sia sorta in dipendenza di atti compiuti dal *trustee* in vista della realizzazione dello scopo

interesse i beni vengono gestiti ed al cui patrimonio sono destinati i risultati utili di tale gestione (i frutti e/o il capitale, a seconda di quanto previsto nell'atto costitutivo), e che può opporre al terzo il vincolo di destinazione⁴⁰⁹.

Secondo l'art. 11 della legge n. 364/1989, può riconoscersi efficacia nell'ordinamento italiano ai *trusts* costituiti in conformità della legge di uno stato straniero nel quale esso è regolato. La condizione di tale riconoscimento è tuttavia che l'atto istitutivo sia rispettoso dei principi di ordine pubblico (art. 18, L. n. 364/1989), delle norme interne di applicazione necessaria (art. 16, L. n. 364/1989), nonché delle norme imperative appartenenti alla legge competente a regolare le materie sulle quali incide il *trust*.

Nel caso dell' "applicazione familiare" dell'istituto, sono norme inderogabili quelle sulla protezione dei minori e degli incapaci, sugli effetti personali e patrimoniali del matrimonio, sugli obblighi contributivi postmatrimoniali ed in generale sulle regole di solidarietà familiare nella fase patologica del matrimonio⁴¹⁰. L'effetto segregativo consentirebbe infatti di opporre il vincolo ai creditori del disponente, garantendo in questo modo il pagamento delle prestazioni periodiche in favore del coniuge o della prole anche contro possibili azioni esecutive di terzi, fatta salva naturalmente la possibilità di agire con azione revocatoria dell'atto istitutivo, laddove vi fossero i presupposti

del *trust*. Tali beni, per contro, sono inespropriabili ad opera di ogni altro creditore.

⁴⁰⁹ Al beneficiario possono essere riconosciuti una serie di rimedi tra cui, il diritto al risarcimento del danno, per il caso di atto dispositivo compiuto dal *trustee* in violazione dei limiti posti dal negozio istitutivo, oltre che al potere di opporre il vincolo di destinazione al terzo avente causa (oltre che a titolo gratuito, anche) a titolo oneroso sempre che costui fosse in mala fede (avendo acquistato, pur conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza del *trust*).

⁴¹⁰ Attengono alle norme di ordine pubblico interno anche quelle inderogabili in materia successoria (il divieto dei patti successori; le regole sulla successione necessaria), quelle che disciplinano il sistema delle garanzie reali e la responsabilità patrimoniale nei confronti dei creditori.

di cui all'art. 2901 c.c.⁴¹¹. Inoltre la formalità pubblicitaria del vincolo di destinazione su beni immobili, titoli azionari o altri beni soggetti a forme di pubblicità, impedisce al *trustee* (chiunque esso sia, il coniuge obbligato o un terzo) di compiere atti di disposizione illegittimi⁴¹².

L'utilità dell'istituto deriverebbe proprio dalla possibilità di costituirlo nell'ambito dello stesso accordo di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta. I coniugi si precostituirebbero così lo strumento con cui determinare le modalità di adempimento degli obblighi di cui agli articoli 155 ss., 156 c.c., 5 e 6 l. div. Esso, su accordo dei coniugi, potrebbe rappresentare il mezzo per garantire l'esecuzione di obblighi di mantenimento e di assegni già determinati in un precedente giudizio di separazione concluso con il decreto di omologazione, o di divorzio definito con sentenza, anche come accordo *a latere* delle condizioni della separazione e del divorzio.

In relazione a queste specifiche finalità però il *trust* potrebbe avere ampi margini di applicazione nella sua versione "interna" ovvero in quella fattispecie che non presenta alcun collegamento, né di tipo soggettivo, né di tipo oggettivo, con ordinamenti stranieri ed in cui l'unico elemento di estraneità rispetto all'ordinamento interno è costituito dalla scelta, da parte del costituente, di una legge regolatrice straniera³. L'ipotesi assolutamente prevalente dei giudizi di separazione

⁴¹¹ Ritiene che il *trust* non possa sottrarsi alla legge italiana in materia di conservazione della garanzia patrimoniale del debitore, e che dunque trovi applicazione l'art. 2901 c.c., Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in *Trusts* 2007, p. 266, in tema di azioni trasferite al *trustee* dal costituente. Si è inoltre chiarito che la legittimazione passiva spetta al *trustee* e che l'elemento soggettivo da accertare consiste nella consapevolezza, in capo al costui ed al costituente, del pregiudizio arrecato ai creditori (Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, p. 419). In dottrina vedi G. SICCHIERO, *Ancora sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 18 ss., e A. MORACE PINELLI, *Struttura dell'atto di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 449 ss.

⁴¹² Una volta introdotto nel corpo del codice civile l'art. 2645-ter, l'opinione prevalente propende per la trascrizione del *trust* ai sensi di tale disposizione e con gli effetti ivi previsti. In questo senso vedi Tribunale di Trieste, 19 settembre 2007, in *Foro it*, 2009, I, p.1555; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 707; Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in *Giur. merito*, 2008, p. 739.

o di divorzio è infatti quella in cui i coniugi sono italiani, il rapporto matrimoniale è sorto e si è svolto in Italia e i beni si trovano in Italia.

Il tema dell'ammissibilità del c.d. *trust* interno è molto controverso e la questione sembra oggi ancora aperta⁴¹³. La dottrina prevalente ritiene che la legge permetta al *settlor* di determinare la soggezione dell'atto costitutivo alla disciplina straniera, grazie alla mera volontà ivi manifestata, senza che occorranzo elementi di collegamento, dei soggetti ovvero dei beni coinvolti, con tale disciplina⁴¹⁴. La questione è collegata a quella più complessa della possibilità o meno di derogare, attraverso la costituzione di un *trust*, alla normativa interna in materia di responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740 c.c.).

La soluzione sta nella portata che si vuole attribuire alla Convenzione dell' Aja. Se si intende che questa è la citata legge di

⁴¹³ Sul punto vedi L. GATT, *Il trust c.d. interno: una questione ancora aperta*, in *Notariato*, 2011, p. 280. Non è questa comunque la sede per ripercorrere le alterne vicende giurisprudenziali e le dispute dottrinali sull'ammissibilità del *trust* interno. Basti dire che sono noti i problemi posti dai rapporti con il disposto dell'art. 2740 c.c., con il principio del *numerus clausus* dei diritti reali, con quello della tassatività delle ipotesi in cui è consentito creare enti dotati di autonomia patrimoniale, con quello della tassatività delle fattispecie soggette a trascrizione, o al profilo di un'eventuale contrarietà all'art. 2744 c.c., in relazione alla possibilità di costituire, tramite *trust*, nuovi meccanismi di garanzia, alla potenziale frizione con i principi del nostro sistema successorio, pur nell'ambito delle clausole c.d. di salvaguardia di cui agli artt. 15 e ss. della Convenzione.

⁴¹⁴ F. DI CIOMMO, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1296; M. LUPOLI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 753 ss.; A. GAMBARO, voce "*Trust*", in *Digesto*, Disc. Priv., sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 449 ss. A favore della ammissibilità del *trust* interno si è espressa una copiosa giurisprudenza di merito (Trib. Firenze 2 luglio 2005, in *Trust e attività fiduciarie*- giurisprudenza, 2006, p. 89; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1410; Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2001, p. 372; Trib. Bologna, 18 aprile 2000, *ivi*; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Riv. notar.*, 2002, II, 192; Trib. Milano, 29 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, p. 73). Contrarie alla ammissibilità del *trust* interno sono Trib. S. M. Capua Vetere, 14 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, p. 251; Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, p. 637 ss.; App. Napoli, 27 maggio 2004, in *Trusts*, 2004, p. 249; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, p. 73; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Trusts* 2004, p.67. Sul profilo in oggetto non ci sono allo stato pronunce di legittimità. Per una ricognizione rapida della questione vedi R. MONTINARO, *Il ruolo del trust e degli atti di destinazione allo scopo nei rapporti patrimoniali familiari*, cit. p. 687.

ratifica pongano solamente delle norme sull'individuazione della legge applicabile al *trust*, cioè solo delle norme di conflitto, non è possibile riconoscere una figura che crei un patrimonio separato diverso da altri patrimoni separati disciplinati dalla legge interna. Se, al contrario, si ritiene che gli artt. 2 e 11, l. n. 364/1989, regolino, essi stessi, gli effetti caratteristici del *trust*, inclusa la separazione patrimoniale, può essere riconosciuto il *trust* interno in deroga al principio di cui all'art. 2740 c.c.

A prescindere dagli aspetti problematici della questione, nella nostra prospettiva appare interessante piuttosto verificare come la possibilità di vincolare beni in *trust* nell'interesse della famiglia in dissoluzione sia stata recepita nella prassi, o con l'omologazione di verbali che prevedono l'atto istitutivo ovvero in sede di divorzio.

4.5. Casi di applicazione del *trust* in funzione di adempimento degli obblighi contributivi dei coniugi.

L'inadeguatezza degli strumenti tradizionali volti a garantire l'adempimento degli obblighi contributivi familiari ha indotto talvolta i giudici della separazione e del divorzio a recepire, nell'ambito del verbale di separazione consensuale o della sentenza declaratoria della cessazione degli effetti del matrimonio, atti istitutivi di *trusts*, riconoscendone le maggiori potenzialità e la più ampia duttilità in relazione agli interessi tutelati. La segregazione patrimoniale, rappresenta la ragione decisiva della scelta di tale vincolo di destinazione. Come si è evidenziato, la separazione delle risorse infatti, da un lato, garantisce ai beneficiari l'adempimento delle obbligazioni assunte dal coniuge obbligato, dall'altro, evita la confusione del patrimonio e la soggezione all'iniziativa di altri creditori.

In linea generale, l'atto istitutivo di un *trust* con le predette finalità si articola in un modello che presenta le seguenti caratteristiche essenziali: a) il trasferimento al *trustee*, da parte del coniuge onerato, di somme di denaro o di altri beni nella misura necessaria a far fronte al debito di mantenimento; b) la designazione del ruolo di beneficiario al coniuge o ex-coniuge ovvero, ai figli minorenni o maggiorenni non economicamente indipendenti; c) la previsione di un termine finale coincidente con il momento in cui cesseranno gli obblighi di mantenimento; d) la previsione che, laddove cessato il *trust* residuino beni non consumati, questi vengano restituiti dal *trustee* al disponente.

La dottrina⁴¹⁵ ha evidenziato i vantaggi del *trust* costituito con funzione solutoria o con funzione di garanzia: il coniuge debitore può "spogliarsi" e sottoporre a vincolo di destinazione soltanto le risorse strettamente necessarie ad assolvere le obbligazioni assunte o impostegli e poi tornare in possesso, al termine del *trust*, delle eventuali risorse eccedenti anche per reinvestirle; l'effetto segregativo pone al riparo dal conflitto tra i creditori del coniuge debitore e i creditori della prestazione alimentare e impedisce atti di disposizione che determinerebbero una erosione della garanzia di destinazione. Il rapporto obbligatorio tra il *trustee* e il beneficiario riduce inoltre la possibilità di un inadempimento dello scopo e conseguentemente il ricorso ad azioni giudiziarie per far valere lo scopo della destinazione patrimoniale.

Su queste basi si è andato consolidando un orientamento dei tribunali di merito favorevoli all'applicazione del c.d. "*family trust*" nell'ambito dei giudizi di separazione consensuale e di divorzio a domanda congiunta, ma più critici sulla possibilità di farvi ricorso nel contesto dei giudizi contenziosi. Tale posizione sembra coerente con il principio che il giudice non può imporre d'ufficio la corresponsione di

⁴¹⁵ M. LUPOI, *Trusts*, Milano 2001, p. 641 ss.

una somma di denaro o di determinati beni con finalità solutoria, né tanto meno disporre le modalità attuative degli obblighi diverse dai rimedi legali tipici⁴¹⁶.

Viste le precisazioni che precedono, è opportuno a questo punto soffermarsi su alcuni dei più significativi provvedimenti giudiziali con i quali sono stati ritenuti validi *trusts* familiari.

Con riferimento al rapporto tra genitori separati e figli, il Tribunale di Genova nel 2008⁴¹⁷, ha omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi, per mezzo del quale beni immobili in comproprietà fra i coniugi, un bene immobile di proprietà esclusiva del marito e altri beni mobili venivano trasferiti in un *trust* in favore dei figli. La moglie era designata *trustee* e i coniugi sottoponevano l'accordo alla condizione sospensiva dell'omologazione del verbale di separazione.

Con la stessa finalità è stato recepito un *trust* nella sentenza di divorzio del Tribunale di Torino nel 2009⁴¹⁸, in un procedimento non contenzioso. In questo caso i coniugi divorziandi avevano prospettato al tribunale l'accordo sull'affidamento dei figli alla madre e sulla regolamentazione degli incontri con il padre; inoltre era stata convenuta la costituzione di un patrimonio separato, trasferendovi alcuni beni di proprietà dei medesimi, così da sottrarli alle proprie vicende personali e successorie e per trarne utilità da destinare al mantenimento dei figli. Nell'atto sottoposto all'attenzione del giudice i coniugi precisavano che

⁴¹⁶ Si tratta dei rimedi previsti dagli articoli 155 e 156 c.c. e dalla legge speciale sul divorzio. L'impiego del *trust* può essere sicuramente una nuova forma di garanzia degli assegni di separazione e di divorzio, ma di fonte negoziale (sull'utilizzo del *trust* come rimedio all'adempimento degli obblighi contributivi nella famiglia legittima e in quella di fatto vedi G. OBERTO, *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. e Dir.* 2008, p. 77).

⁴¹⁷ Decreto Tribunale di Genova, 1 aprile 2008. Analogamente in sede di divorzio la sentenza del Tribunale di Bologna, 1 aprile 2009, ha recepito un *trust* costruito in funzione di adempimento di obblighi contributivi determinati in unica soluzione (in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, p. 411).

⁴¹⁸ Sentenza Tribunale di Torino 31 marzo 2009.

era loro intenzione “far fronte ai bisogni della famiglia anche dopo lo scioglimento del vincolo coniugale ed anche per il tempo successivo al raggiungimento della maggiore età dei figli ... provvedendo alle loro esigenze abitative e assicurando loro il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio dei genitori sino a che entrambi non [avessero] completato il ciclo di studi e [avessero] raggiunto l'autonomia economica”⁴¹⁹.

Sull'impiego del trust in funzione di protezione dei minori si è pronunciata di recente la Corte di Cassazione⁴²⁰, la quale ha esaminato il caso di un vincolo, costituito in occasione del divorzio, dai coniugi, a favore dei figli minori, con nomina congiunta dei genitori quali *trustee*. Questi ultimi si erano reciprocamente addebitati l'uno all'altro la violazione delle più elementari norme di correttezza amministrativa nonché l'illegittimo rifiuto di collaborazione nella gestione del *trust*.

La Suprema Corte coglieva l'occasione per qualificare in primo luogo la funzione del *trustee* affermando che detto incarico riveste la natura di un “*munus* di diritto privato”, finalizzato, tra l'altro, alla tutela

⁴¹⁹ Confermano la meritevolezza di tali finalità altre pronunce dei tribunali di merito: Tribunale di Reggio Emilia, 4 dicembre 2006; Tribunale di Reggio Emilia, 26 marzo 2007, *ivi*, 267; Tribunale di Milano, 7 giugno 2006, *ivi*, 298; Tribunale di Pordenone, 20 dicembre 2005, e Tribunale di Milano, 8 marzo 2005.

⁴²⁰ Sent. 13 giugno 2008, n. 16022, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, 1, p.78.

“Il trust, finalizzato alla tutela di interessi di figli minori trascendenti la libera disponibilità delle parti, rappresenta un *munus* di diritto privato. Tale incarico non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico (come nel mandato), bensì in una attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza.

La revoca dall'incarico di trustee si ha allorquando l'assolvimento della funzione non sia, nel complesso, improntato alla diligenza richiesta dalla natura fiduciaria dell'incarico, così da riuscire lesivo degli interessi che l'istituto mira a proteggere. In quest'ottica l'allegazione di singoli fatti si configura quale prova della negligenza piuttosto che quale “causa petendi” di un diritto eterodeterminato, la cui variazione comporti *mutatio libelli*. [...] Nel caso di domanda giudiziale di rimozione dall'incarico di trustee, l'allegazione dei singoli fatti si configura quale prova della negligenza, piuttosto che quale causa petendi di un diritto eterodeterminato (come, tipicamente, un diritto di credito), la cui variazione comporti *mutatio libelli*. Pertanto il ventaglio di censure attinenti alla causa petendi della corretta gestione patrimoniale (concetto essenzialmente unitario) non si deve frantumare nell'analitica specificazione dei singoli episodi”.

di interessi di figli minori, che trascendono la libera disponibilità delle parti. Tale incarico, precisa la Corte, non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico (come nel mandato), bensì in una attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza. In secondo luogo, il giudice di legittimità, ribadito il carattere fiduciario del rapporto tra costituente-amministratore e beneficiario, chiariva i presupposti per la revoca dall'ufficio di *trustee*, anche sotto il profilo dell'onere della prova.

L'ampia casistica di applicazione dell'istituto in sede di separazione consente di esaminare un altro provvedimento di omologazione del Tribunale di Milano.⁴²¹ La particolarità del caso sta nel fatto che, in quell'occasione, il vincolo di destinazione costituiva una parziale sovrapposizione rispetto al fondo patrimoniale, a suo tempo già costituito dai coniugi in costanza di matrimonio. La vicenda riguardava una coppia di coniugi in procinto di separarsi, con due figli -uno dei quali ancora minore- che avevano già costituito un fondo patrimoniale nel quale erano state vincolate la casa familiare e quella delle vacanze. Nell'atto costitutivo i coniugi avevano pattuito un regime di amministrazione dei beni in deroga alla disciplina legale dell'istituto, prevedendo la possibilità, per ciascun coniuge, di porre in essere atti di alienazione senza il necessario consenso dell'altro, nonché la possibilità di compiere tali atti dispositivi in difetto dell'autorizzazione giudiziale, pur in presenza di figli minori⁴²².

⁴²¹ Trib. Milano, 7 giugno del 2006, in *Trust e attività fiduciarie*, 2006, 575; il decreto è commentato da M. MONEGAT, in *Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, 243.

⁴²² Sulla posizione favorevole della giurisprudenza alle clausole che consentono di escludere l'autorizzazione giudiziale per la vendita dei beni del fondo pur in presenza di figli minori, vedi il paragrafo 1 del presente capitolo.

Nel caso di specie, l'intenzione delle parti era quella di procrastinare gli effetti del fondo patrimoniale fino al raggiungimento della maturità psico-fisica da parte del figlio minore. Era evidente la consapevolezza dei coniugi che la protezione degli interessi familiari, attuata con il fondo patrimoniale, fosse destinata a venir meno nel breve periodo, attesa la probabile pronunzia di divorzio nei tre anni dalla separazione. Inoltre era chiaro ai costituenti che il sopraggiungere della separazione personale avrebbe potuto determinare l'insorgenza di dissidi e conflitti, potenzialmente tali da pregiudicare la corretta amministrazione dei beni in fondo patrimoniale. Di qui l'interesse a "sovrapporre" al fondo patrimoniale, per il periodo mancante allo scioglimento di quest'ultimo, un *trust* avente le medesime finalità. Visti i problemi derivanti da questa commistione, la soluzione preferibile sarebbe stata forse quella di evitare una commistione tra le due figure, rinviando la decorrenza degli effetti del *trust* alla cessazione del fondo patrimoniale⁴²³.

In un caso analogo infatti il Tribunale di Firenze⁴²⁴ rigettava costituzione del *trust*. Il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla possibilità che il fondo patrimoniale potesse convertirsi in *trust*, si dimostrava contrario a tale eventualità, ritenendo non solo la soluzione estranea al contenuto tipico degli accordi di separazione, ma soprattutto che essa non fosse in grado di tutelare adeguatamente gli interessi

⁴²³ Nel caso di specie, esisteva effettivamente una commistione di disciplina nella parte in cui i coniugi avevano previsto la necessità del preventivo parere del trustee tutte le volte in cui, al compimento di un atto di alienazione dei beni in fondo patrimoniale, non si accompagnasse, in modo espresso, un obbligo in capo ai coniugi di procedere al reimpiego della somma o del bene ricavato dalla alienazione. La disciplina del *trust* era quindi usata per colmare le lacune del vincolo di destinazione nel fondo patrimoniale.

⁴²⁴ Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, p. 406; per un esame critico dei provvedimenti vedi S. BARTOLI, *Il problema della conversione del fondo patrimoniale in trust: osservazioni a margine di due recenti vicende giudiziarie*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, p. 387.

familiari. Secondo il Tribunale di Firenze, infatti, la previsione, nella disciplina specifica di quel fondo patrimoniale, della necessità di ottenere l'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti di alienazione, presentava maggiori garanzie circa la protezione degli interessi familiari rispetto a quella che avrebbe potuto offrire la disciplina del *trust*, considerato che il *trustee*, di norma (come in quel caso), per il compimento degli atti di alienazione, non necessitava di alcuna autorizzazione giudiziale⁴²⁵. L'obiezione immediata è che con il *trust* il garante dello scopo di destinazione è proprio il *trustee* e non il giudice.

Un caso in cui è stata riconosciuta la legittimità e la piena operatività di un *trust* al fine di garantire l'adempimento dell'obbligazione di mantenimento dei figli, è quello omologato con il provvedimento del Tribunale di Forlì del 2010⁴²⁶.

In relazione a tale decreto si è rilevato che, per come era strutturato il *trust* nell'atto istitutivo, esso rappresentava una valida alternativa

⁴²⁵ A prescindere dal fatto che nulla avrebbe impedito, nel caso concreto, di prevedere la necessità dell'autorizzazione giudiziale per il compimento degli atti dispositivi da parte del *trustee*, la posizione contraria del tribunale appare criticabile. Escludono infatti la maggior "vantaggiosità" del fondo patrimoniale proprio le conseguenze che da detta violazione discendono: in entrambi i casi, infatti, il mancato rispetto delle regole contenute nell'atto istitutivo comporta per il soggetto inadempiente (siano essi i coniugi od il *trustee*), quale unica conseguenza, l'obbligo per quest'ultimo di risarcire il danno, ma nel caso del *trust*, è possibile procedere anche alla revoca del *trustee* (rimedio non contemplato in materia di fondo patrimoniale). In ordine all'obbligo del reimpiego a carico del soggetto investito del potere di gestire e di amministrare i beni segregati, nel *trust* non v'è dubbio che il vincolo di destinazione si trasferisca automaticamente sul bene o sull'utilità ricavata, nel fondo patrimoniale, la questione non è affatto risolta.

Anche a volerlo ipotizzare, poi, resta da vedere secondo quali modalità tale obbligo trovi soddisfazione. Se nel *trust*, infatti, il vincolo segregativo non soffre eccezioni, poiché qualunque sia il bene ricavato dalla vendita, esso è immediatamente segregato rispetto al patrimonio del *trustee*, trattandosi di un fenomeno di surrogazione legale. In tema di fondo patrimoniale sembra che impediscano tale effetto le categorie di beni suscettibili di essere inseriti in fondo patrimoniale: esso, infatti, può avere ad oggetto solo determinati beni, con la conseguenza che reimpiego non sarebbe la regola generale.

⁴²⁶ Tribunale di Forlì 23 settembre 2010, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 11, con nota di M. BUCCHI, *Separazione consensuale e trust a garanzia del mantenimento dei figli*. Nel caso concreto di tratta di una delle prime applicazioni di *trust* interno in Italia.

all'ipoteca⁴²⁷. A differenza di tale diritto reale di garanzia, esso infatti determina lo spossessamento del debitore, a beneficio di una gestione vincolata, dinamica, produttiva ed efficiente del bene, grazie all'attività di amministrazione del trustee. Inoltre lo strumento destinatorio è calibrato sulle reali esigenze del caso concreto per il pieno raggiungimento degli scopi del disponente.

La gestione del *trustee* rende inoltre possibile l'accumulo delle rendite e frutti prodotti dal bene vincolato a favore dello scopo del trust, con piena separazione patrimoniale anche per questi ultimi. Tale risultato non sarebbe ottenibile attraverso l'ipoteca, che, non toglie il godimento del bene al proprietario-debitore, né consente in la destinazione a favore di terzi dei frutti maturati dal bene. L'ipoteca, inoltre, da un punto di vista economico, costituisce -di fatto- un grave deterrente alla circolazione dell'immobile, evidentemente poco "appetibile" per il mercato in quanto gravato da un peso. Il *trust* permette di superare anche questa rigidità, attribuendo al trustee la piena titolarità del bene -pur finalizzata allo scopo- e con essa la facoltà di disporre secondo le indicazioni dell'atto istitutivo.

Il soddisfacimento delle ragioni creditorie a mezzo dell'ipoteca comporta inoltre la necessità di promuovere un procedimento esecutivo di espropriazione immobiliare oneroso, poco proficuo e comunque in tempi lunghi. A ciò si aggiunga che il creditore ipotecario o pignoratizio può trovarsi a dover concorrere con altri creditori in sede esecutiva, seppure in via privilegiata. L'effetto segregativo del *trust*, come è stato più evidenziato, preclude *ab origine* la possibilità per il creditore personale del *trustee*, qualunque esso sia, di attivare una procedura esecutiva sui beni vincolati. Infine, la surrogazione reale consente di

⁴²⁷ Sui rapporti fra *trust* di garanzia e ipoteca vedi A. C. DI LANDRO, *Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 4, p. 353; M. MASTRACCI, *Il trust è garanzia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 4, p.639.

realizzare il trasferimento del vincolo dai beni originari a quelli oggetto di eventuale trasformazione a seguito dell'attività gestoria del trustee⁴²⁸.

Nel confronto tra i due istituti sono state tratteggiate le seguenti linee distintive: a) l'ipoteca si costituisce in relazione ad un rapporto fra due soggetti, debitore concedente e creditore garantito, mentre nel *trust* costituisce un rapporto anche con il terzo beneficiario; b) la gestione finalizzata del bene allo scopo di garanzia rende il *trust* una garanzia "dinamica" a differenza dell'ipoteca che può dirsi una garanzia "statica".

In relazione al *trust* di garanzia, sono stati anche prospettati gli elementi distintivi rispetto alla fideiussione, nota forma di garanzia personale tipica. Mentre nella fideiussione, il patrimonio del terzo garante si aggiunge a quello del debitore principale (agli effetti della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ.), senza che sia assicurata l'entità del patrimonio del garante (il cui patrimonio può variare sia nella composizione che nell'entità), nel *trust* il beneficiario potrà contare non solo sul patrimonio del trustee in quanto tale, ma anche sulla tendenziale immutabilità di questo patrimonio vincolato.

In definitiva, si potrebbe dire che il *trust* in funzione di garanzia, così strutturato, può cumulare in sé i vantaggi sia dell'ipoteca (vincolo di indisponibilità sul bene) sia della fideiussione (patrimonio aggiunto a

⁴²⁸ Si tratta di una qualità che il *trust* condivide ha in comune con la figura del pegno rotativo, elaborato dalla prassi in risposta alla necessità dei mercati finanziari di superare la rigidità oggettiva della garanzia reale. Tale vantaggio non è generalmente riscontrabile nell'ipoteca, ove l'effetto surrogatorio opera unicamente in casi eccezionali. Come è noto, il pegno rotativo è quella forma di garanzia che consente "la sostituibilità e mutabilità nel tempo dell'oggetto senza comportare, ad ogni mutamento, la rinnovazione del compimento delle modalità richieste per la costituzione della garanzia o per il sorgere del diritto di prelazione, ovvero senza che dia luogo alle condizioni per la revocabilità dell'operazione economica in tal modo posta in essere": così E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, in F. GALGANI, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Milano, 1995, I, p. 853.

garanzia) senza stravolgere i principi inderogabili dell'ordinamento in materia⁴²⁹.

Resta da verificare la compatibilità di tale applicazione con il divieto di patto commissorio⁴³⁰. Nel caso in esame, non si poteva ravvisare un conflitto con la norma di cui all'art. 2744 cod. civ.: l'immobile oggetto del *trust* e, quindi, della garanzia, infatti, non poteva essere trasferito direttamente dal *trustee* alla figlia minore in caso di inadempimento dell'obbligo di mantenimento da parte del padre disponente, prevedendo invece l'atto istitutivo per tale eventualità il semplice obbligo per il *trustee* di "adempiere" a tale obbligazione pecuniaria con ciò imponendo, quindi, l'adempimento della prestazione originaria avente ad oggetto il denaro.

Dall'analisi dei casi sopra illustrati emerge una considerazione finale: l'estrema versatilità dello strumento rispetto ai sistemi tradizionali di garanzia di adempimento di uno scopo di destinazione, potrebbe rendere maggiormente effettiva la tutela degli interessi di volta in volta dedotti nell'atto istitutivo del *trust*. La meritevolezza degli interessi deve essere valutata, in concreto, in relazione al meccanismo di elaborato dalle parti. Ciò che rileva ai fini della compatibilità con le norme imperative di diritto interno è quindi l'effettivo assetto di interessi regolato con la convenzione istitutiva. In ogni caso, anche alla luce dei provvedimenti analizzati, il corretto approccio all'istituto del *trust* è quello di considerarlo uno strumento con funzione "suppletiva" rispetto agli istituti già regolati dalla legge italiana, qualora essi non assolvono alla garanzia di tutela, in relazione ad una fattispecie per la

⁴²⁹ In alternativa, l'atto istitutivo del *trust* avrebbe potuto prevedere l'attuazione dello scopo di garanzia in via mediata, impegnando il *trustee* a rilasciare in un secondo momento apposita e predeterminata fideiussione dell'obbligo di contributo al mantenimento a favore della minore beneficiaria. L'impegno a prestare fideiussione costituirebbe la principale obbligazione fiduciaria in capo del *trustee*, mentre l'atto istitutivo del *trust* dovrebbe dettare tempi e modi di attuazione del medesimo.

⁴³⁰ Sul rapporto fra *trust* di garanzia e divieto di patto commissorio v. A. C. DI LANDRO, *Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio*, cit. p. 353;

quale essi presentino dei limiti di funzionamento. Inoltre il ricorso ad una legge straniera, come norma regolatrice del caso, non può mai costituire un modo per disapplicare le disposizioni inderogabili previste dal diritto interno, tra le quali quelle in tema di effetti personali e patrimoniali del matrimonio. In questa valutazione di compatibilità svolge un'importante funzione di controllo il giudice della separazione e del divorzio.

4.6. Il *trust* come garanzia di destinazione abitativa della casa familiare.

Altra possibile applicazione del *trust* istituito nell'ambito di un accordo di separazione consensuale è quella che attiene alla conservazione della destinazione abitativa di quell'immobile che, in costanza di matrimonio, era stato adibito a residenza familiare.

Questo, come vedremo, è uno dei temi di maggiore rilevanza nei rapporti tra i coniugi, in quanto riguarda il diritto dei figli (minori o maggiorenni non autosufficienti economicamente) di conservare il rapporto con l'ambiente domestico in cui sono cresciuti. La destinazione della casa familiare rappresenta pertanto uno dei primi punti in cui si articola l'accordo di separazione consensuale. L'importanza della questione, è tale per cui, in mancanza di intesa tra i coniugi, il legislatore prevede la statuizione necessaria e sostitutiva del giudice della separazione e del divorzio che assegna la casa coniugale secondo i criteri stabiliti dall'art. 155 *quater* c.c.

Per questo motivo, nell'atto istitutivo del *trust* concepito nell'ambito di una regolamentazione più ampia della crisi familiare è stata disciplinata anche la destinazione abitativa della casa familiare.

Nel marzo del 2005, per la prima volta in Italia, il Tribunale di Milano ha omologato un *trust* inserito nelle condizioni di una

separazione consensuale, nel quale la destinazione abitativa veniva assicurata mediante la costituzione di un vincolo di utilizzo del bene, nell'interesse del figlio⁴³¹.

La vicenda riguardava una giovane famiglia composta dai genitori e da un figlio di quattro anni, nella quale il marito, proprietario esclusivo da epoca anteriore matrimonio dell' alloggio adibito a casa coniugale, desiderava provvedere alle esigenze abitative del figlio minore fino al completamento del ciclo di studi e al raggiungimento dell' autonomia economica. Egli tuttavia non voleva attribuire la proprietà dell'immobile né al coniuge, da cui si stava separando, né al figlio minore. L'appartamento dove viveva il nucleo familiare poteva in quel momento soddisfare tali esigenze, ma prevedibilmente, con la crescita del figlio, sarebbe potuto diventare inadeguato. Si poneva quindi anche il problema di prevedere una diversa soluzione abitativa in futuro, attraverso la vendita e l'acquisto di altro immobile, in una diversa città.

Era infine intenzione del padre separare dal proprio patrimonio tale bene per sottrarlo alle proprie vicende personali e successorie, volendo che la casa familiare continuasse a svolgere la propria funzione a vantaggio del soggetto più debole nato dall'unione matrimoniale. Ciò senza che potesse influire il fatto di instaurare una nuova relazione, dalla quale avrebbe potuto avere altri figli.

I primi commentatori dell'accordo omologato evidenziavano che le finalità volute dal padre non si sarebbero mai potute perseguire con le soluzioni tradizionali⁴³². In primo luogo, assegnando la casa in

⁴³¹ Trib. Milano, decr. 8 marzo 2005, Preso e Rei. E. Siniscalchi, *ex pluribus*, in *Riv. Not.*, 2005, 4, p. 850 e in *Appendice Giurisprudenza*, CD, p. 93.

⁴³² M. MONEGAT, *Trust, Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e della persone*, Torino 2007, p. 316. *Idem*, *Trust nei patti di separazione coniugale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 649. L'Autore evidenzia in generale l'utilità di questo strumento nella crisi familiare: "Nel momento di crisi della coppia, il trust si rivela uno strumento efficace, idoneo a garantire la miglior tutela degli interessi dei coniugi e soprattutto dei figli perché, attraverso l'effetto segregativo proprio del *trust*, separa dal patrimonio del coniuge obbligato un determinato bene o determinate risorse,

godimento alla madre, in qualità di genitore affidatario, l'immobile sarebbe rimasto di proprietà del padre, suscettibile di aggressione da parte dei suoi creditori e comunque suscettibile di rientrare nell'asse ereditario. Se invece si fosse attribuita la proprietà della casa al figlio minore, si sarebbe corso il rischio che, in caso di morte del medesimo, il bene pervenisse in eredità ai genitori, nel frattempo probabilmente già divorziati, con la conseguenza che il bene, come parte del patrimonio familiare sarebbe andato perduto. Scegliendo, in alternativa, di costituire la nuda proprietà a favore del figlio e l'usufrutto a favore della madre, l'attribuzione in piena proprietà al figlio sarebbe avvenuta in un'epoca futura ed incerta, con la morte della madre.

Nel caso concreto, l'istituzione del *trust* veniva recepita nel ricorso introduttivo del giudizio di separazione e riprodotto nel verbale sottoscritto davanti al Presidente del Tribunale. Si trattava nella specie di un *trust* autodichiarato⁴³³ fondato su un atto molto semplice. I

garantendo ai soggetti beneficiati l'adempimento delle obbligazioni assunte e, contemporaneamente, evita che le risorse segregate nel trust possano essere aggredite dai creditori. Il decreto di omologa del Tribunale di Milano conferma la possibilità di far ricorso a questo strumento e la validità dello stesso non solo per l'adempimento di obbligazioni assunte da uno dei coniugi nei confronti dell'altro, ma anche come strumento di tutela della prole. La caratteristica del *trust*, l'essenza stessa dello strumento - la segregazione - è la miglior garanzia del distacco, della separazione di determinate risorse economiche, giacché per un verso il disponente non ne avrà più la disponibilità (anche se potrà conservarne la titolarità), ma nel contempo neppure l'altro coniuge può discrezionalmente disporne perché tali risorse sono destinate a beneficio del nucleo familiare "residuo", sino a che i soggetti c. d. deboli non saranno più tali. Il che potrà avvenire in un'epoca futura e certa, come, ad esempio, per i figli, con la conclusione del ciclo di studi e il raggiungimento dell'autonomia economica; ma potrà anche durare per tutta la vita di tali soggetti, perché il loro bisogno perdurerà per tutta la loro vita, come, ad esempio, per il coniuge senza sostanze, impossibilitato a procurarsi un reddito o per i figli diversamente abili. In ogni caso, solo il trust, per la sua duttilità e per l'estrema versatilità, potrà essere lo strumento idoneo a contemperare le diverse esigenze di tutela che sorgono nel momento in cui si sgretola la compagine familiare".

⁴³³ Come è noto, per *trust* "autodichiarato" si intende il *trust* istituito dal disponente che nomina se stesso quale *trustee*. In questo caso, non c'è quindi alcun trasferimento di beni dal disponente al *trustee*. Esso è stato riconosciuto valido e legittimo in una pluralità di pronunce giurisprudenziali (es. Tribunale di Cagliari, 4 agosto 2008; Tribunale di Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Contratti*, 2008, p.15: "Il "trust" autodichiarato istituito dal socio accomandatario di una società in accomandita semplice su beni immobili di sua proprietà per il pagamento dei creditori sociali è da

coniugi enunciavano espressamente le ragioni dell'atto istitutivo per rendere evidente la causa del negozio stesso: la volontà del padre di provvedere alle esigenze abitative del figlio e contestualmente la volontà di tenere separato il proprio patrimonio da questa unità immobiliare, in modo tale da trasferire "un" immobile in piena proprietà al figlio, allo scadere del termine finale del *trust*⁴³⁴. Era quindi chiara ed apprezzabile la meritevolezza degli interessi tutelati ai fini della esistenza e della liceità della causa.

Nell'ambito di una fattispecie riconducibile allo schema del *trust* interno, la scelta della legge inglese, come legge regolatrice, veniva giustificata dal fatto che questa ammette la possibilità di vincolare beni in *trust* mediante dichiarazione unilaterale del disponente, senza che a ciò segua il trasferimento dei beni a un terzo, così che il disponente stesso può assumere egli stesso la qualifica di *trustee*. In questo caso, il bene vincolato era l'unità immobiliare già di proprietà esclusiva del *settlor*, bene che rimaneva segregato nel *trust* anche quando fosse stato trasformato, permutato, sostituito, incrementato o surrogato. Tale vincolo di segregazione sarebbe stato mantenuto anche nel caso di vendita del bene dell'unità immobiliare e di acquisto di altra idonea abitazione per il figlio⁴³⁵.

considerarsi astrattamente meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico italiano; di conseguenza, deve essere sospeso il procedimento esecutivo immobiliare promosso da un creditore della società in accomandita semplice, avente ad oggetto beni conferiti nel "trust" (da considerarsi in via di principio inaggregabili da parte dei creditori del disponente e, quindi, non assoggettabili ad esecuzione forzata"). Questo schema si presta però ad essere utilizzato con riferimento a situazioni completamente simulate o addirittura fraudolente. Per questo è guardato con diffidenza.

⁴³⁴ L'uso dell'articolo indeterminativo, non è casuale, ma voluto, poiché la volontà del costituente era quella di realizzare e mantenere la segregazione anche nel caso in cui il bene del fondo fosse trasformato o sostituito mediante una compravendita. Il padre voleva assicurare l'acquisto della proprietà di un immobile al figlio, non necessariamente quello segregato.

⁴³⁵ Per rendere ancor più evidente la volontà di mantenere il bene segregato per poterlo infine assegnare al figlio a tempo debito, si era previsto che in caso di morte del *trustee* (padre disponente), dimissioni o sopravvenuta incapacità, fosse la madre ad assumere tale funzione: "ella diverrà proprietaria, in qualità di *trustee*, perciò il bene non si

Il termine iniziale di durata del *trust* veniva correttamente fatto decorrere dal decreto di omologazione delle condizioni della separazione consensuale, quale condizione legale di efficacia. Il termine finale era individuato nel compimento dell'età di 25 anni del figlio, purché laureato, o comunque non oltre i suoi 30 anni. Alla cessazione, sarebbe venuto meno l'effetto segregativo e sarebbe stata attribuita la piena proprietà del bene in *trust* al figlio⁴³⁶. A questo punto il *trustee* si sarebbe dovuto attivare per consegnare i beni al figlio, al quale già appartenevano di diritto, svolgendo quanto necessario per tale intestazione, compresa la trascrizione nei registri immobiliari⁴³⁷. Il verbale di udienza presidenziale era trascritto, in applicazione del principio secondo cui esso ha valore di atto pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 c.c. Nel contenuto, in mancanza di una norma specifica in tema di trascrizione del *trust*, si era fatto riferimento alla giurisprudenza, alla dottrina e alla prassi, prevalentemente orientati a favore della trascrivibilità del *trust* autodichiarato, facendo riferimento all'affinità strutturale del *trust* con il fondo patrimoniale e all'esistenza di una norma, l'art. 12 della Convenzione, considerata norma materiale, che giustifica la trascrizione dell'atto di *trust*⁴³⁸.

In tema di accordi divorzili, il Tribunale Torino nel 2009⁴³⁹, con sentenza che dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio,

confonderà con altri beni della stessa, non sarà suscettibile di aggressione da parte dei creditori di lei e non entrerà nel suo asse ereditario”.

⁴³⁶ Non si tratta però di un trasferimento, ma solo di una consegna del bene affinché la situazione di fatto corrisponda a quella di diritto.

⁴³⁷ Per procedere alla trascrizione è necessario affrontare due questioni preliminari: l'idoneità del verbale di separazione quale titolo per la trascrizione nei registri immobiliari e la trascrivibilità, in sé, del vincolo che nasce dall'atto istitutivo del *trust*. Sul primo punto, si è già ricostruito l'orientamento favorevole della Cassazione. Per la seconda questione, in assenza di un'esplicita norma, si ricorre all'interpretazione giurisprudenziale sull'art. 2645 *ter* c.c. e sulle norme in tema di fondo patrimoniale.

⁴³⁸ Ora la trascrizione si effettua agevolmente utilizzando l'art. 2645 *ter* c.c.

¹⁷ Si segnalano due sole pronunce in senso contrario: Trib, Napoli, decr. 10 ottobre 2003, in *Trusts e att. fiduc.*, 2004, 1, p. 74 e App. Napoli, decr. 27 maggio 2004, in *Trusts e atto fiduc.*, 2004, 4, p. 570.

⁴³⁹ Sent. Tribunale di Torino 31 marzo 2009, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, p. 413.

recepiva l'istituzione di un *trust* da parte dei coniugi divorziandi, aventi ad oggetto beni di loro proprietà comune, affinché fossero destinati a soddisfare le esigenze abitative dei figli. Nella sentenza era chiaramente indicata lo scopo del vincolo di destinazione : “ la finalità del *trust* è realizzare benefici analoghi a quelli previsti dal fondo patrimoniale imprimendo ai beni del fondo in *trust* un analogo vincolo di destinazione per soddisfare i bisogni della famiglia, assicurando ai figli, alla madre e, ove necessario, al padre, lo stesso tenore di vita goduto in costanza di convivenza dei genitori, fino a che i figli avranno completato il ciclo di studi e avranno raggiunto l'autonomia economica”.

La legge applicabile era quella del Jersey, con l'ulteriore previsione che fosse la legge italiana a regolare la validità, l'efficacia e l'opponibilità degli atti del *trustee* posti in essere in Italia, o riguardanti beni immobili siti in Italia. Nel caso specifico, a maggiore garanzia della realizzazione dello scopo, era nominato un “guardiano”⁴⁴⁰ nella persona di un avvocato del foro di Torino. Egli avrebbe avuto funzioni consultive e, per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, avrebbe dovuto dare il suo consenso. In relazione all'eventuale inadempimento degli obblighi del *trustee*, egli aveva infine il diritto di agire in giudizio sia per l'esecuzione del *trust*, sia per il risarcimento del danno nei confronti del *trustee*.

In ordine alla realizzazione delle esigenze abitative dei figli, era previsto che i beni vincolati dovessero servire all'abitazione dei figli. Qualora questi avessero deciso di trasferirsi in altra abitazione, la destinazione sarebbe venuta meno e il *trustee* avrebbe provveduto, come ritenuto più opportuno, per far fronte alle esigenze abitative dei figli.

⁴⁴⁰ Il disponente può nominare se stesso o un'altra persona quale Guardiano del Trust; questi ha poteri di controllo sull'operato del *Trustee*, il quale è obbligato a rendere il conto dell'attività compiuta.

Anche il Tribunale Forlì nel 2010⁴⁴¹ ha fatto applicazione del *family trust*, dimostrano di conoscere e ammettere quello interno valutandone altresì positivamente l'applicazione nell'ambito della separazione consensuale tra coniugi. Qui il Collegio avallava gli accordi di separazione dei coniugi contenenti l'impegno del marito e padre alla istituzione in *trust* avente ad oggetto il diritto di proprietà spettante sulla casa coniugale, al fine di garantire alla figlia minore l'adempimento dell'obbligazione di mantenimento e la conservazione della destinazione abitativa familiare dell'immobile. Nel caso di specie, nel vincolare un bene immobile al soddisfacimento dell'assegno periodico dovuto dal padre alla figlia, ai sensi dell'art. 155, comma 4, cod. civ., veniva mantenuta l'assegnazione della casa familiare di cui all'art. 155-*quater* cod. civ. E tale destinazione era valutata particolarmente meritevole di tutela da parte del Tribunale.

In concreto, il conferimento in *trust* della proprietà dell'immobile, effettuato dal disponente, avveniva "al netto" dell'eventuale assegnazione del medesimo quale casa familiare ai sensi del citato art. 155-*quater* cod. civ. Sul punto era convenuta un'apposita clausola del seguente tenore: "In esecuzione degli accordi di separazione e contestualmente alla istituzione del *Trust*, il Disponente trasferisce strumentalmente alla Signora, che in qualità di Trustee accetta e acquista, la proprietà del bene immobile appena descritto, come eventualmente gravata dall'assegnazione della casa coniugale di cui all'art. 155-*quater* cod. civ., affinché esso Trustee lo detenga e lo amministri secondo le modalità di cui alle Disposizioni del *Trust*".

Dal contenuto degli accordi di separazione emerge che effettivamente lo stesso bene vincolato per l'adempimento degli obblighi contributivi era anche oggetto dell'assegnazione quale casa

⁴⁴¹ Tribunale Forlì 23-09-2010, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 11.

familiare⁴⁴². In tal caso il *trustee*, proprietario formale dell'abitazione vincolata in *trust*, ne avrebbe dovuto rispettare la destinazione a casa familiare, potendo semmai disporre - coerentemente con i poteri attribuitigli dalle disposizioni istitutive, della proprietà gravata dal "peso" di cui all'art. 155-*quater* c.c. Il *trustee*, infatti, avrebbe avuto la facoltà di liquidare la proprietà "nuda", destinando il ricavato alla realizzazione dello scopo del *trust*, ovvero quello di garantire il mantenimento dei beneficiari. E' evidente che la cessione avrebbe consentito al gestore di realizzare un valore monetario inferiore rispetto alla vendita della piena proprietà.

Infine merita di soffermarsi su un caso deciso dal Tribunale di Milano⁴⁴³, con la sentenza che pronunciava la cessazione degli effetti civili del matrimonio. In quel procedimento il marito dichiarava di rinunciare alla qualifica di *trustee* del vincolo istituito nelle condizioni di separazione per destinare un immobile al soddisfacimento delle esigenze abitative della figlia fino al momento del divorzio. In particolare, nelle condizioni di separazione omologate dal Tribunale era stato istituito un *trust* nel quale era confluito un immobile, con la precipua finalità di provvedere alle esigenze della figlia fino al completamento degli studi e, comunque, fino al raggiungimento dell'autonomia economica, per sottrarlo alle vicende personali e successorie e, in generale, per poter trarre da esso utilità da destinare alla figlia ed alla madre, finchè convivente, per poi poterlo destinare definitivamente alla figlia, al momento dello scioglimento dello stesso. Nel ricorso a domanda congiunta, i coniugi non solo chiedevano la

⁴⁴² Nel caso concreto, il vincolo di destinazione disposto con il provvedimento di assegnazione *ex art. 155 quater* c.c. è assicurato e rispettato in quanto trascritto anteriormente alla trascrizione del *trust*. In tal caso, non saranno opponibili al coniuge assegnatario eventuali successive formalità pregiudizievoli a tale assegnazione. Il trasferimento strumentale dal disponente al *trustee* dell'immobile già dichiarato e assegnato come casa familiare, e pubblicizzato come tale, una volta trascritto, non potrà compromettere l'anteriore assegnazione.

⁴⁴³ Con sentenza n. 13609/11 del 21 novembre 2011.

cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma facevano istanza pronunciare la cessazione dell'ufficio dell'originario *trustee* con la nomina del suo successore.

L'analisi dei casi sopra richiamati dimostra ancora una volta che nell'applicazione familiare del *trust* il giudice della separazione e del divorzio mantiene sempre un margine di controllo sulla meritevolezza degli interessi tutelati, sulla liceità delle pattuizioni e sulla garanzia di esecuzione delle scopo. Ma ciò non solo con riferimento alla fase della costituzione del vincolo, ma anche in quella successiva della gestione nella quale possono sopravvenire mutamenti di fatto o variazioni di soggetti che rendono necessaria una rivalutazione dell'assetto economico regolato con l'istituto. Il limite del potere di intervento del giudice dipende però anche dall' "autosufficienza" dell'atto istitutivo nella previsione del suo funzionamento al verificarsi in futuro di determinate circostanze.

SOMMARIO: 5.1. Rapporti tra tutela giudiziale degli interessi familiari e autonomia privata. 5.2. I provvedimenti economici del giudice nel contenzioso familiare. 5.3. La rilevanza giuridica della casa familiare. 5.4. Il provvedimento di assegnazione della casa familiare. 5.5. Rapporti tra il provvedimento di assegnazione e il potere di disposizione sull'immobile adibito a residenza familiare.

5.1. Rapporti tra tutela giudiziale degli interessi familiari e autonomia privata.

Quando la contrapposizione tra i coniugi in crisi coinvolge ogni aspetto della cessata convivenza precludendo la possibilità di una definizione consensuale su base negoziale, la prospettiva resta quella del giudizio contenzioso. Come è noto, esso si snoda secondo le regole del processo ordinario, nel quale la tutela giudiziale dei diritti si “espande” per definire ogni questione essenziale al nuovo regime della famiglia in dissoluzione, nei limiti della domanda di parte e della prova raggiunta in contraddittorio, in applicazione del principio dispositivo.

Il giudice, sulle questioni principali che attengono all'affidamento, al mantenimento dei minori e al mantenimento del coniuge, esercita un potere sostitutivo dell'autonomia privata, senza tuttavia potersi spingere fino ad effettuare una sistemazione patrimoniale generale nei termini sopra esaminati, che normalmente, nell'intenzione delle parti interessate, dovrebbe avere effetti preclusivi rispetto a successive rivendicazioni economiche.

In questa situazione, resta comunque uno spazio “residuale” per l'autonomia privata. Una soluzione consensuale della vertenza può, di fatto, giungere in qualsiasi momento del processo perché lo stesso giudice, nel confronto delle parti e nel corso dell'istruttoria, può acquisire elementi utili per proporre o suggerire un possibile accordo. La funzione giurisdizionale appare qui avere natura integrativa o di supporto qualificato rispetto al consenso dei coniugi. Il potere giudiziale

finalizzato a creare le condizioni per il raggiungimento di un accordo, trova oggi, con l'introduzione dell'art. 155 *sexies* c.c.,⁴⁴⁴ un fondamento normativo, che ne chiarisce i presupposti e le conseguenze sul piano processuale⁴⁴⁵. La norma prevede che, secondo una valutazione di opportunità, con il consenso delle parti, il giudice possa aprire un percorso incidentale di mediazione familiare, nel corso del processo, incaricando suoi ausiliari qualificati.

L'istituto della mediazione familiare è stato pensato come strumento alternativo di definizione delle controversie tra coniugi, affinché essi siano aiutati a ricondurre alla propria sfera di autonomia privata le questioni personali e patrimoniali della crisi⁴⁴⁶. E' ben vero che esso

⁴⁴⁴ Inserito con la legge sull'affidamento condiviso n. 54/2006 (in attuazione dell'art. 13 della Convenzione di Strasburgo del 25.1.1996, ratificata con legge del 20 marzo 2003, n. 77). Il secondo comma dell'art. 155 *sexies* c.c. prevede che "qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento all'interesse morale e materiale dei figli".

Sull'applicabilità della mediazione familiare al rito divorzile, la giurisprudenza di merito appare favorevole, sulla base del richiamo all'art. 4, secondo comma L. 54/2006, laddove dispone che le nuove norme si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili e di nullità del matrimonio. Si è evidenziato che un'interpretazione contraria sarebbe incostituzionale, per violazione degli articoli 3, 30 e 31 della Costituzione. In questo senso vedi le sentenze del Tribunale di Lamezia Terme del 26.5.2008, in *Fam. e Dir.* 2009, p. 292 e del 28.11.2007, in *Fam. e Dir.* 2008, p. 264.

⁴⁴⁵ La figura del mediatore familiare è stata introdotta anche dalla legge 4.4.2001 n. 154, in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari, che ha inserito nel codice civile l'art. 342 *ter*, di cui ci si occuperà in seguito.

⁴⁴⁶ In Europa la Mediazione cominciò a diffondersi dagli anni ottanta. In Gran Bretagna, già alla fine del XIX sec. venne creato l'istituto della *Reconciliation* in collaborazione con i tribunali. Il primo servizio di mediazione familiare, al di fuori di ogni ingerenza del tribunale (*out of Court*), fu fondato a Bristol nel 1978; i suoi fruitori vi si recavano volontariamente per trovare un accordo sulla custodia dei figli e sulle visite del genitore non affidatario. Nello stesso periodo, fu introdotto un sistema di "conciliazione giudiziaria" presso il tribunale di Bristol (*in Court*). Anche la Francia pratica e promuove la mediazione. Attualmente, infatti, esistono più di 80 centri e tra questi molti sono privati e usufruiscono di finanziamenti pubblici. Nel 1995 è stata approvata una legge che introduce la mediazione familiare.

Nel 1992 è stata redatta la *Charte Européenne de la formation des médiateurs familiaux exerçant dans les situations de divorce et de séparation*, a cura della Commissione sulla formazione del mediatore familiare e promossa dall'*Association pour la Promotion de la Mediation Familiale* (APMF) di Parigi. La Carta europea alla quale aderiscono numerosi

nasce con funzione di tentare il ripristino di un dialogo costruttivo nell'interesse preminente dei figli, ma esso rappresenta anche un valido modello alternativo alla gestione giudiziale della controversia, per l'autoregolazione di tutti gli interessi patrimoniali, nell'ambito del processo e sotto la supervisione del tribunale⁴⁴⁷.

Altra questione che attiene -in senso ampio- al rapporto tra tutela giudiziale degli interessi familiari e autonomia privata riguarda il potere di disposizione dei coniugi sui diritti che hanno formato oggetto di una pronuncia giudiziale. A tal proposito, si è già affrontato il problema della indisponibilità preventiva e successiva dell'assegno divorzile, in considerazione della sua finalità assistenziale, o dell'efficacia degli accordi non omologati modificativi di aspetti patrimoniali che sono già stati sottoposti al controllo giudiziale⁴⁴⁸.

Resta da verificare, in relazione agli altri provvedimenti tipici del contenzioso giudiziale, come l'assegnazione della casa familiare *ex art.* 155 *quater* c.c., quali siano i limiti del potere di disposizione dei coniugi sulla casa familiare, dopo l'intervenuto attributivo del giudice. Parimenti è questione di particolare rilevanza quella che attiene alla sorte dei rapporti giuridici già costituiti sulla casa familiare, ad esempio per effetto di un contratto di comodato, costituito anteriormente alla pronuncia di assegnazione⁴⁴⁹.

Paesi - Germania, Belgio, Francia, Gran Bretagna, Italia, Svizzera - ha lo scopo di garantire ordine, coerenza, omogeneità e professionalità in materia.

Sulle origini straniere dell'istituto vedi C. TROISI, *La mediazione familiare nell'applicazione della recente legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. e Dir.* 2008, p. 264, nota a commento delle sentenze del Tribunale di Lamezia Terme del 28-11-2007 e 05-12-2007.

⁴⁴⁷ E' noto che, il giudice, rilevato l'accordo dei genitori sull'avvio del percorso di mediazione, sospende il processo, secondo lo schema dell'art. 296 c.p.c. che dispone sulla sospensione consensuale della causa.

⁴⁴⁸ Sulla disponibilità dell'assegno divorzile e sulla efficacia delle convenzioni *a latere* della separazione e del divorzio, vedi secondo capitolo, paragrafi 4 e 5.

⁴⁴⁹ Il caso è quello dei genitori che concedono in comodato al figlio l'immobile di famiglia, dove poi il comodatario stabilisce la residenza della propria famiglia, senza che venga concordato un termine di restituzione. Se i coniugi si separano e uno dei

5.2. I provvedimenti economici del giudice nel contenzioso familiare.

Fuori dall'ipotesi di una soluzione concordata della crisi coniugale l'assetto personale ed economico che discende dalla separazione e dal divorzio viene regolato mediante provvedimenti tipici del tribunale, che trovano nel codice civile e nelle leggi speciali i criteri generali con cui determinare gli obblighi contributivi.

Per la separazione, si fa riferimento all'art. 155, quarto comma c.c., che contempla l'ipotesi residuale in cui non vi siano "accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti" in ordine al mantenimento dei figli (minori o maggiorenni economicamente non autosufficienti). La norma richiama espressamente il principio di proporzionalità del concorso agli oneri familiari (art. 148 c.c.)⁴⁵⁰. I genitori devono pertanto contribuire entrambi al mantenimento dei figli in rapporto alle rispettive sostanze e alla capacità di lavoro. L'art. 155 c.c. stabilisce inoltre i criteri in base al

due diventa assegnatario del bene (come conseguenza della fissazione della residenza prevalente del minore coaffidato). Ci si chiede se il proprietario (suocero) chiedere la restituzione dell'immobile alla moglie assegnataria.

⁴⁵⁰ Sebbene la norma non preveda testualmente che il mantenimento della prole debba avvenire in misura proporzionale al solo reddito di ciascun genitore, essa va intesa nel senso che la proporzionalità riguarda sia le fonti di reddito ma anche tutte le sostanze e la capacità di lavoro domestico ("Nella determinazione del contributo previsto dall'art. 277, secondo comma, cod. civ. per il mantenimento del figlio minore nato fuori del matrimonio, a seguito della dichiarazione giudiziale di paternità naturale, il giudice, ai sensi dell'art. 155 cod. civ., applicabile anche ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati in virtù del rinvio contenuto nell'art. 4 della legge n. 54 del 2006, deve tener conto non solo delle esigenze attuali del figlio, ma anche del tenore di vita goduto dallo stesso nel corso della convivenza con entrambi i genitori, nonché delle risorse economiche di questi, in modo da realizzare il principio generale di cui all'art. 148 cod. civ., secondo cui i genitori devono concorrere al mantenimento dei figli in proporzione delle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo" Cass. civ. Sez. I, 06-11-2009, n. 23630, in *Mass. Giur. It.*, 2009).

Su tale assetto, incide indirettamente, come vedremo in seguito, il provvedimento di assegnazione della casa familiare, di cui il giudice deve tener conto per regolare gli altri rapporti economici tra le parti (art. 155, *quater*, c.c.).

quale il giudice determina le modalità dell'erogazione⁴⁵¹. Si tratta innanzitutto di una somma periodica di denaro, soggetta a rivalutazione secondo un parametro suggerito dalle parti, dal giudice o, in mancanza, dalla legge che aggancia agli indici Istat l'aumento del contributo⁴⁵². Incidono sul *quantum* dell'obbligazione la valutazione di elementi come le esigenze attuali del figlio, il tenore di vita del medesimo nel periodo di convivenza con i genitori, i tempi di permanenza con ciascun genitore, la capacità patrimoniale di quest'ultimo e, infine, la valenza economica dell'attività domestica svolta dal genitore a favore del figlio⁴⁵³.

⁴⁵¹ Come è noto, l'articolo è stato completamente riformato dalla legge sull'affidamento condiviso (L. 8 febbraio 2006 n. 54, recante "*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*"). Sulla nuova disciplina della separazione giudiziale vedi *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, volume I, *Famiglia e matrimonio*, Milano 2011; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino 2006, T. AULETTA, *Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Commentario* diretto da G. GABRIELLI, *Della famiglia*, Torino 2010.

⁴⁵² Nel regime previgente alla riforma del 2006 il coniuge non affidatario era tenuto a provvedere al mantenimento dei figli mediante la corresponsione di un assegno periodico. La nuova formulazione dell'art. 155, 4° comma c.c. viene comunemente interpretata nel senso che, indipendentemente dal tipo di provvedimento del giudice sull'affidamento (sia esso condiviso o unilaterale), ciascun genitore provvede al mantenimento in via diretta (provvedendo al pagamento immediato delle spese per l'istruzione, educazione e sostentamento della prole). Su queste basi, la previsione di un assegno periodico resterebbe meramente eventuale. Tale assegno periodico sarebbe previsto solo qualora necessario all'applicazione del principio di proporzionalità, cioè quando l'apporto diretto di ciascun genitore potrebbe portare ad una distribuzione degli oneri contributivi non proporzionale alle rispettive risorse. Un elemento che rende necessaria l'introduzione di un assegno periodico è, ad esempio, il fatto che vi siano tempi molto diversi di permanenza dei figli con l'uno e l'altro genitore. Nel silenzio della legge, il potere del giudice si estende anche alla determinazione delle spese straordinarie.

⁴⁵³ La legge di riforma non ha fatto altro che recepire le linee interpretative offerte dalla Corte di Cassazione (per tutte vedi Cass. civ. Sez. I, 22-03-2005, n. 6197, in *Mass. Giur. It.*, 2005 "In seguito alla separazione personale dei coniugi o al divorzio, la prole ha diritto ad un mantenimento tale da garantirle un tenore di vita corrispondente alle risorse economiche della famiglia ed analogo, per quanto possibile, a quello goduto in precedenza". Per quanto possibile, appunto, visto che alla cessazione della convivenza cessa anche l'organizzazione economica familiare e aumentano per entrambi i genitori le spese che vanno inevitabilmente ad incidere sulla capacità contributiva effettiva). Sulla rilevanza del tenore di vita, in dottrina vedi L. BARBIERA, *Conservazione del tenore di vita coniugale e decisione del coniuge obbligato all'assegno di cessare l'attività professionale*, (nota a Cass. 4 aprile 2002 n. 4800) in *Giur. It.* 2003, I, p. 686.

La norma che dispone sugli altri oneri contributivi in sede di separazione è l'art. 156 c.c., il quale impone al coniuge economicamente più capace la corresponsione all'altro di un assegno di mantenimento periodico, qualora quest'ultimo non abbia adeguati proventi propri. La prestazione è stabilita in base ai redditi e sul patrimonio dell'obbligato, secondo il solito principio di proporzionalità⁴⁵⁴.

Il potere giudiziale si estende anche alla tutela dell'effettività del regime contributivo laddove si prevede che il Tribunale possa imporre una garanzia per l'ipotesi del pericolo di inadempimento degli obblighi contributivi (art. 156, quarto comma c.c.) oppure di autorizzare un sequestro conservativo sui beni del coniuge obbligato o, ancora, di disporre la distrazione delle somme dovute dal datore di lavoro o dal terzo a favore direttamente dell'avente diritto al mantenimento (art. 156, 5° comma c.c.).

Altrettanto tipici sono i margini giudiziali di intervento per disporre sul mantenimento dei figli (art. 6 legge div.), nonché su quello del coniuge nel presupposto che questo non abbia mezzi adeguati o comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive (art. 5, sesto comma, Legge div.)⁴⁵⁵. Nel giudizio contenzioso, quando i coniugi abbiano pattuito la

⁴⁵⁴ Anche in questo caso, il mantenimento comprende tutto ciò che risulti necessario alla conservazione del tenore di vita goduto prima della separazione, avuto riguardo allo *standard* di vita reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche dei coniugi (l'orientamento della cassazione sul punto è costante -Cass. civ. Sez. I, 05-07-2006, n. 15326 "Sebbene la separazione determini normalmente la cessazione di una serie di benefici e consuetudini di vita ed anche il diretto godimento dei beni, il tenore di vita goduto in costanza di convivenza va identificato avendo riguardo allo standard di vita reso oggettivamente possibile dal complesso delle risorse economiche dei coniugi, tenendo quindi conto di tutte le potenzialità derivanti dalla titolarità del patrimonio in termini di redditività, di capacità di spesa, di garanzie di elevato benessere e di fondate aspettative per il futuro").

⁴⁵⁵ I parametri di quantificazione sono criteri ormai acquisiti sulla base dell'insegnamento della Suprema Corte (vedi ad esempio Cass. civ. Sez. I, 04-10-2010, n. 20582: "In tema di scioglimento del matrimonio e nella disciplina dettata dall'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n.898, come modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, il giudice, chiamato a decidere sull'attribuzione dell'assegno di divorzio, è tenuto a verificare l'esistenza del diritto in astratto, in relazione all'inadeguatezza - all'atto della decisione - dei mezzi o all'impossibilità di procurarseli per ragioni

corresponsione di un assegno divorzile *una tantum*, residua una sfera di controllo dell'autorità giudiziaria. Si è visto che, ai fini preclusivi di ogni ulteriore rivendicazione di carattere economico, l'ordinamento sottopone a giudizio di equità l'accordo dei coniugi volto alla corresponsione dell'assegno postmatrimoniale in unica soluzione.

Come è noto, in entrambi i procedimenti di separazione e di divorzio il giudice, allo scopo di determinare gli obblighi contributivi, è dotato di ampi poteri istruttori d'ufficio potendosi anche avvalere del supporto della polizia tributaria affinché indaghi sui flussi di reddito effettivo, sul reale tenore di vita e sulla esatta portata della capacità contributiva⁴⁵⁶.

oggettive, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, o che poteva legittimamente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio, fissate al momento del divorzio; dunque, è la nozione di adeguatezza a postulare un esame comparativo della situazione reddituale e patrimoniale attuale del richiedente con quella della famiglia all'epoca della cessazione della convivenza, che tenga altresì conto dei miglioramenti della condizione finanziaria dell'onerato, anche se successivi alla cessazione della convivenza, i quali costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio" (Conforme la giurisprudenza di merito: "L'assegno periodico di divorzio ha carattere esclusivamente assistenziale essendone condizionata l'attribuzione alla specifica circostanza della mancanza di mezzi adeguati, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre l'istante, a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto; gli altri criteri, costituiti dalle condizioni dei coniugi, dalle ragioni della decisione, dal contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, dal reddito di entrambi e dalla durata del matrimonio" -App. Roma, 21-06-2012, Trib. Milano Sez. IX, 01-06-2012, Trib. Napoli, 21-02-2012-).

⁴⁵⁶ La suprema Corte ha chiarito che l'accertamento della polizia tributaria riveste un carattere residuale, nel senso che si ricorre ad esso quando risultano insufficienti altri mezzi di prova ufficiosi, come l'ordine di esibizione, la richiesta di informazioni o la consulenza tecnica. La giurisprudenza ha fissato in ogni caso il principio che tale strumento di acquisizione dei dati necessari alla ricostruzione dell'assetto patrimoniale del coniuge obbligato, non può sovvertire le regole dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. Sul carattere integrativo di tale mezzo di prova si è espressa la giurisprudenza della Corte di Cassazione strumento probatorio integrativo quale quello delle indagini della polizia Tributaria (cfr. Cass. civ. VI - 1, Ord., 01-10-2012, n. 16713: "Questa Corte ha affermato, anche di recente, che in tema di determinazione dell'assegno di mantenimento in sede di scioglimento degli effetti civili del matrimonio, l'esercizio del potere del giudice che, ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 9, può disporre - d'ufficio o su istanza di parte - indagini

L'ordinamento riserva un ampio margine di intervento del giudice anche in tema di protezione contro gli abusi familiari, attribuendogli il potere di adottare provvedimenti di contenuto personale e patrimoniale (articoli 342 *bis* e *ter* c.c.)⁴⁵⁷.

patrimoniali avvalendosi della polizia tributaria, costituisce una deroga alle regole generali sull'onere della prova; l'esercizio di tale potere discrezionale non può sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, ma vale ad assumere, attraverso uno strumento a questa non consentito, informazioni integrative del "bagaglio istruttorio" già fornito, incompleto o non computabile attraverso gli ordinari mezzi di prova; tale potere non può essere attivato a fini meramente esplorativi, sicchè la relativa istanza e la contestazione di parte dei fatti incidenti sulla posizione reddituale del coniuge tenuto al predetto mantenimento devono basarsi su fatti specifici e circostanziati"; nello stesso senso vedi anche Cass., 28 gennaio 2011, n. 2098; cfr.; Cass., 28 gennaio 2011, n. 2098; Cass. 19 marzo 2010, n. 6685, Cass. 18 giugno 2008, n. 16575).

L'esistenza di tale potere giudiziale d'ufficio è confermato anche nel procedimento di separazione (cfr. per tutte Cass. civ. Sez. I, 24-04-2007, n. 9915; per la giurisprudenza di merito vedi recentemente Trib. Napoli Sez. I, 04-06-2012: "In tema di separazione giudiziale dei coniugi, l'esercizio del potere di espletamento delle indagini di polizia tributaria, costituisce una deroga alle regole generali sull'onere della prova, rientrando nella discrezionalità del giudice di merito e non potendo essere considerato come un dovere imposto sulla base della semplice contestazione delle parti in ordine alle loro rispettive condizioni economiche. Detta discrezionalità però, è limitata dalla possibilità, per il giudice, di rigettare la richiesta delle parti ove non risultino dimostrati gli assunti sui quali essa si fonda. Vale a dire che l'esercizio del potere discrezionale del giudice non può sopperire alla carenza probatoria della parte onerata dovendo piuttosto costituire uno strumento per assumere informazioni integrative del bagaglio istruttorio già fornito, ove incompleto o non completabile attraverso gli ordinari mezzi di prova").

⁴⁵⁷ La legge del 4 aprile 2001, n. 154, ha inserito nel codice civile (libro I) il Titolo IX *bis*, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari*, composto dagli artt. 342 *bis* e 342 *ter*. La stessa legge ha poi inserito, nel Titolo II del libro IV del codice di procedura civile, il Capo V *bis*, *Degli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, costituito dal solo art. 736 *bis*; nonché una nuova misura cautelare coercitiva rappresentata dall'allontanamento dell'imputato (o indagato) dalla casa familiare, inserendo l'art. 282 *bis* c.p.p. e aggiungendo il co. 2 *bis* all'art. 291 c.p.p. La portata interdisciplinare dell'intervento legislativo ha creato un sistema integrato di protezione contro gli abusi familiari. Successivamente, con l. 6-11-2003, n. 304 si è modificato l'art. 342 *bis* con la soppressione dell'inciso "qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio": non è più necessaria, pertanto, la verifica da parte del giudice della ricorrenza della condizione negativa di procedibilità del ricorso proposto ex art. 342 *bis*, condizione costituita, appunto, dalla configurabilità, nella specie, di reati perseguibili d'ufficio. La modifica era necessaria in quanto l'incompetenza del giudice civile, tutte le volte in cui si era in presenza di un reato perseguibile d'ufficio, lasciava prive di tutela ipotesi in cui ricorreva sì un tale reato, ma non era possibile farsi luogo all'applicazione delle misure in ambito penale ex art. 282 *bis* c.p.p., in quanto l'ipotesi delittuosa non

La finalità perseguita da queste misure contro la violenza nelle relazioni familiari è quella di proteggere, in via prevalente, gli interessi del singolo rispetto a quelli della famiglia, la quale -si dice- viene tutelata come formazione sociale nella misura in cui in essa possa trovare pieno sviluppo la personalità degli individui che la compongono.⁴⁵⁸

Gli ordini di protezione mirano inoltre tipicamente a fornire una tutela tempestiva nell'immediatezza dei fatti illeciti endofamiliari. Essi sono normalmente -ma non necessariamente- prodromici al successivo giudizio di separazione⁴⁵⁹, lasciando aperta la strada al recupero e alla ricostruzione del rapporto familiare. Si tratta, infatti, di misure che non presuppongono la definitiva attenuazione o rottura della comunione materiale e spirituale propria del rapporto coniugale, come invece la separazione e il divorzio, ma che mirano ad eliminare le disfunzioni della convivenza familiare.

Nel contenuto, si discute se questi provvedimenti siano caratterizzati solo dall'ordine di cessare la condotta pregiudizievole ovvero anche da quello di allontanamento dalla casa familiare.⁴⁶⁰ Alcuni hanno carattere

rientrava nei limiti edittali enunciati dall'art. 280 c.p.p., né nel novero dei delitti indicati dallo stesso art. 282 *bis* c.p.p. per i quali non operano i predetti limiti di pena.

⁴⁵⁸ Per una trattazione organica del tema vedi A. CIANCI, *Gli ordini di protezione familiare*, in *Famiglia (Quaderni)*, 2003.

⁴⁵⁹ Sui rapporti tra i rimedi in parola e il giudizio di separazione, l'art. 8 della legge n. 154 del 2001 stabilisce che è inammissibile il ricorso ex art. 342 *bis* c.c. qualora sia pendente il giudizio di separazione o di divorzio in cui si sia già svolta l'udienza presidenziale nella quale siano già stati adottati i provvedimenti temporanei ed urgenti. Se disposto prima del giudizio di separazione l'ordine di protezione perde efficacia con la pronuncia dei provvedimenti presidenziali di cui all'art. 708 c.p.c. e art. 4 l. div. Se vi sono i presupposti, sia il presidente del tribunale, sia il giudice istruttore possono adottare provvedimenti analoghi a quelli previsti dagli articoli 342 *bis* e *ter* c.c., di fatto magari recependo e assorbendo quelli già adottati *ante* procedimento di separazione.

⁴⁶⁰ Nel primo senso, vedi A. CIANCI, *op. cit.*, p. 185 ss.; F. AULETTA, *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Fam. e Dir.* 2003, p. 294 ss.; nel secondo senso R. PACIA DEPINGUENTE, *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli articoli 330 ss. c.c.*, in *Famiglia* p. 761, secondo cui la lettera della norma, laddove stabilisce che il giudice

personale, come l'ordine di allontanamento dalla casa familiare, il divieto di avvicinarsi a determinati luoghi o la prescrizione dell'intervento dei servizi sociali,⁴⁶¹ altri mirano a regolare i rapporti economici delle parti interessate⁴⁶². Inoltre il giudice può arricchire il

«ordina ... la cessazione della condotta e dispone l'allontanamento», non sembra rimettere il secondo provvedimento alla discrezionalità dell'autorità giudicante.

In giurisprudenza, vedi Tribunale di Trani 17-1-2004 (massima redazionale *La legge Plus on line*), secondo cui contenuto minimo e imprescindibile dell'ordine di protezione è rappresentato dall'allontanamento dalla casa familiare. Il giudice di merito ha altresì precisato che “gli ordini di protezione contro gli abusi familiari *ex art. 342 ter c.c.* non possono essere disposti nei confronti del coniuge che non abbia rispettato i doveri di mantenimento previsti dagli art. 143-147 c.c., in quanto tale comportamento configura una mera condotta omissiva”.

⁴⁶¹ L'ordine di allontanamento dalla casa familiare incide, sospendendolo, sul dovere di coabitazione.

⁴⁶² Quanto al procedimento, l'istanza per ottenere un ordine di protezione deve essere proposta dalla parte, ai sensi dell'art. 736 *bis* c.p.c., nella forma del ricorso, anche senza l'assistenza del difensore, a differenza dei procedimenti in tema di potestà dei genitori in cui è prevista la difesa tecnica (art. 336 c.c.). La competenza appartiene al Tribunale del luogo di residenza o domicilio dell'istante, che provvede in camera di consiglio in composizione monocratica: si tratta di competenza territoriale inderogabile, posto che il procedimento previsto per la trattazione della causa in esame è appunto quello della camera di consiglio (art. 28 c.p.c.). L'intervento del pubblico ministero non è obbligatorio, ma facoltativo *ex art. 70, 3° comma, c.p.c.* (in questo senso vedi A. FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam. e dir.* 2001, p. 353 ss.; G. DE MARZO, *Ordini di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*, in *Fam. e dir.* P. 623 ss. -con riferimenti alle seguenti pronunce Tribunale Bari Sentenza 18-07-2002; Tribunale Taranto Sentenza 25-02-2002; Tribunale Taranto Sentenza 01-12-2001-; in senso contrario A. CIANCI, *op. cit.*, 239s., secondo il quale il p.m. deve intervenire, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, in tutti i procedimenti relativi agli ordini di protezione, in quanto si tratta sempre di «cause matrimoniali» ai sensi del n. 2 dell'art. 70 c.p.c.). La decisione è assunta con decreto motivato immediatamente esecutivo (art. 736 *bis* c.p.c.), contro il quale è ammesso reclamo. L'art. 736 *bis* c.p.c., offre al giudice poteri istruttori rafforzati dalla possibilità di disporre «anche per mezzo della polizia tributaria, indagini sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti». Il procedimento per l'adozione di misure di protezione può essere trattato anche durante il periodo di sospensione feriale *ex art. 92, 1° co. l. ord. giud.*, come modificato dall'art. 4, 1. n. 154 del 2001. Trattasi, inoltre, di un procedimento esente da obblighi fiscali e di registrazione *ex art. 7, 1. n. 154 del 2001*. Il procedimento appare di difficile inquadramento sistematico presentando alcuni aspetti propri del processo cautelare, ma anche sostanziali diversità che ne impediscono una completa assimilazione. Manca infatti nel procedimento *de quo*, il carattere della *strumentalità* rispetto ad un processo di merito da instaurare in un termine perentorio a pena di caducazione. Nonostante l'impossibilità di una completa riconduzione del procedimento *de quo* a quello cautelare, è indubbio che tra i due sussistano notevoli somiglianze anche di disciplina: innanzitutto la competenza, che è attribuita al giudice

contenuto delle misure di protezione con altre prescrizioni accessorie, per una maggiore effettività della tutela.

Sotto il profilo dei rapporti personali dei conviventi, il tribunale deve adottare tutte le misure idonee alla cessazione della condotta illecita. Il divieto di frequentazione di luoghi determinati mira a tutelare il diritto della vittima dell'abuso familiare a non subire contatti indesiderati con il responsabile della condotta lesiva⁴⁶³. Al fine di ricostruire le condizioni minime di convivenza, può essere altresì essere disposto l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione, ovvero di associazioni private che abbiano per fine statutario il sostegno e l'accoglienza di vittime degli abusi e maltrattamenti. In relazione a questi ampi poteri attribuiti al giudice, si è osservato che l'autonomia privata nella gestione della crisi familiare è qui gravemente compressa⁴⁶⁴.

monocratico la cui decisione è oggetto di reclamo al collegio di cui non fa parte il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato; in secondo luogo l'art. 736 *bis* c.p.c. prevede, analogamente all'art. 669 *sexies*, che il giudice proceda nel modo più opportuno agli atti necessari per l'istruzione della causa. E' poi previsto per gli ordini di protezione un procedimento *inaudita altera parte* che, come nel caso del processo cautelare, permette al giudice in ipotesi di urgenza, di adottare immediatamente l'ordine di protezione, fissando l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni ed assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. All'udienza il giudice conferma, modifica o revoca l'ordine di protezione con provvedimento che, nel caso dell'art. 736 *bis*, ha la forma del decreto, mentre nel caso dell'art. 669 *sexies* c.p.c., quella dell'ordinanza.

⁴⁶³ Si ritiene comunemente che l'elenco dei luoghi che possono essere preclusi, di cui all'art. 342 *ter* c.c. abbia mero carattere esemplificativo, come si deduce dall'espressione " ... e in particolare ...".

⁴⁶⁴ In dottrina si è sottolineato il rischio di un'eccessiva compressione delle libertà fondamentali garantite dalla Costituzione (articoli 13,16 e 42 Cost.) compresa l'autonomia negoziale dei coniugi. In questo senso vedi A. FIGONE, *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam e dir.* 2001, p. 353: "Se l'intento del legislatore di offrire tutela ai soggetti deboli all'interno della conflittualità familiare è certamente da valutare positivamente, la normativa *ex novo* introdotta (sulla scorta di analoghi istituti propri degli ordinamenti di *common law*) non si armonizza appieno con la disciplina vigente e, per più aspetti, può sollevare seri dubbi di legittimità costituzionale. Si tratta infatti di un intervento del giudice estremamente penetrante, che incide indubbiamente sulle libertà fondamentali e sembra muoversi in controtendenza alle nuove esigenze manifestatesi nel diritto di famiglia, attente e rispettose all'autonomia negoziale dei coniugi nel momento della crisi familiare".

Sul piano patrimoniale, il giudice può disporre il pagamento di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di carattere personale (come l'ordine di allontanamento), rimangano prive di mezzi adeguati⁴⁶⁵. E' necessario a tal fine che il convivente resti privo di mezzi adeguati a causa della dissoluzione temporanea del nucleo familiare. Il nesso di causalità tra l'ordine di allontanamento e la perdita dei mezzi di sostentamento deve formare oggetto di specifica prova a carico del ricorrente⁴⁶⁶. I criteri determinativi del *quantum* sono quelli che regolano l'analoga materia della separazione coniugale già richiamati⁴⁶⁷. Analogamente, il giudice può prescrivere, se del caso, che la somma prevista a titolo di assegno sia versata al beneficiario direttamente dal datore di lavoro dell'obbligato⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ L'assegno periodico ha natura assistenziale, In quanto finalizzato al sostegno dei familiari rimasti privi di mezzi adeguati a seguito del provvedimento giudiziale. Ciò comporta la non computabilità dell'assegno nella somma eventualmente dovuta a titolo di risarcimento danno per l'abuso commesso (A. CIANCI, *op. cit.*, p. 209).

⁴⁶⁶ Alcune sentenze dei giudici di merito (Trib. Bari 28-7-2004, in *Foro it.* 2005, 1, 555; Trib. Firenze 15-7-2002, in *Fam e dir.* 2003, p. 263 ss.) hanno negato la misura dell'assegno in quanto il convenuto in precedenza non aveva mai contribuito, se non in misura minima, al mantenimento del figlio.

⁴⁶⁷ In dottrina (S. PATTI, *Illeciti familiari:nuove sanzioni*, in *Fam., pers. e succ.* 08, p. 294ss.) si è sottolineato che l'assegno di mantenimento, quale possibile contenuto di un ordine di protezione, rappresenta uno strumento ben distinto dal risarcimento del danno, innanzitutto nei presupposti, poiché soltanto le vittime degli abusi possono ottenere la tutela risarcitoria, mentre tutti i membri della famiglia che si trovino in stato di bisogno in seguito all'emissione degli ordini di protezione possono ottenere l'assegno.

⁴⁶⁸ A differenza di quanto avviene in sede di separazione e divorzio, il giudice può ordinare che la somma sia versata all'avente diritto direttamente dal datore di lavoro dell'obbligato a prescindere da un pregresso inadempimento. E' stata sottolineata in dottrina l'esigenza di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione che prevede l'ordine del versamento diretto al solo datore di lavoro: tale ordine dovrebbe poter essere rivolto a qualsiasi *debitor debitoris*, in analogia a quanto disposto dall'art. 156 c.c. (G. DE MARZO, *op. cit.* p. 542).

Poiché l'art. 342 *ter* c.c. assume la convivenza come elemento per identificare obbligato e beneficiari dell'assegno, non v'è dubbio che l'obbligo giuridico di corresponsione, discendente dall'ordine giudiziale, può gravare anche sul convivente *more uxorio* (anche in coppie omosessuali) o sul figlio che, durante la fase fisiologica della convivenza familiare, abbia contribuito in concreto, con i propri redditi o beni, al *menage* quotidiano (A. CIANCI, *op. cit.*, p. 210 ss.).

Nell'emanazione delle misure di protezione il giudice deve ispirarsi al “principio di gradualità” che gli impone di commisurare alla gravità dell'abuso commesso la scelta del tipo di ordine, della sua durata, nonché delle sue modalità di attuazione⁴⁶⁹. La misura può anche essere prorogata, su istanza di parte, qualora ricorrano gravi motivi, cioè in quei casi in cui si verifichino fatti e comportamenti che, pur senza tradursi direttamente in nuovi episodi di violenza, siano tuttavia tali da ingenerare ulteriori occasioni di conflitto pregiudizievoli per la persona protetta.⁴⁷⁰

Il giudice, nell'esercizio del suo ampio potere discrezionale, determina inoltre le modalità di attuazione del provvedimento. In caso di difficoltà o di contestazioni, l'art. 342 *ter* c.c. prevede un particolare procedimento che si conclude con la decisione, nella forma del decreto, da parte dello stesso giudice che ha emesso l'ordine, con il quale, può essere disposto l'intervento della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario: la previsione è stata spiegata dalla dottrina con l'esigenza di evitare la presenza inutile delle autorità pubbliche e con l'opportunità di lasciare, in prima battuta, al destinatario dell'ordine la possibilità di adempiervi

⁴⁶⁹ La durata dell'ordine di protezione, stabilita (con il d.l. 23-2-2009, n. 11) al massimo in un anno, decorre dal giorno dell'avvenuta esecuzione dello stesso, come espressamente prevede l'art. 342 *ter* c.c. Come chiarito dalla dottrina (F. AULETTA, *op. cit.*, p. 297), l'esecuzione, nel caso di attuazione forzata dell'ordine, coincide con il compimento del primo atto, mentre nel caso di attuazione spontanea, si verifica il primo giorno in cui, successivamente alla notificazione del decreto, sia mancata la condotta pregiudizievole, quando l'autore della stessa si trovi lontano dalla casa familiare o dai luoghi abitualmente frequentati dalle persone offese, senza che rilevino condotte contrarie successivamente alla iniziale osservanza dell'ordine di protezione.

⁴⁷⁰ Sul punto si evidenzia la pronuncia del Trib. Taranto 1-12-2001 (in *Fam. e dir.* 2002, p. 627) che ha prorogato la durata dell'ordine di protezione perchè il soggetto, al quale era stato ordinato l'allontanamento dalla casa familiare, almeno in un'occasione, si era recato nello stabile ove la moglie dimorava, con ciò facendo temere che la sua presenza, nei luoghi che gli erano stati temporaneamente interdetti, fosse finalizzata o comunque potesse sfociare nel compimento di ulteriori atti lesivi dell'integrità fisica della moglie.

Quanto alla durata della proroga, parte della dottrina ha ritenuto che dalla normativa sia implicitamente deducibile un termine massimo di sei mesi

spontaneamente.⁴⁷¹ Infine, l'ordinamento assiste con la sanzione penale l'inosservanza degli ordini di protezione, a querela di parte, secondo quanto previsto dall'art. 388 c.p., nel caso di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice.⁴⁷²

Sulla base dei riferimenti normativi richiamati, è evidente che nei procedimenti contenziosi esaminati il giudice è dotato di ampi poteri che si estrinsecano nell'adozione di provvedimenti tipici ma anche nella disposizione di ulteriori misure che si fondano su un potere discrezionale i cui margini sono talmente vasti da limitare in modo significativo l'autonomia privata delle parti.

5.3. La rilevanza giuridica della casa familiare.

Nel contenzioso tra coniugi assume grande rilevanza la disciplina dei diritti sulla casa adibita a residenza del nucleo familiare quando cessa la convivenza. Le ragioni del conflitto su questo punto sono legate all'importanza del bene "casa familiare", rappresentato da quell'immobile scelto dai coniugi come centro di riferimento e di aggregazione della famiglia per soddisfare la primaria esigenza di abitazione. Esso è il luogo degli affetti, degli interessi e delle

⁴⁷¹ Secondo F. AULETTA, *op. cit.*, p. 298, invece, l'autorizzazione a procedere coercitivamente può essere contenuta nel medesimo decreto che dispone la misura di protezione.

⁴⁷² Secondo l'art. 6 della l. n. 154 del 2001. Quanto all'individuazione delle condotte, penalmente rilevanti, che integrano elusione dell'ordine, parte della dottrina ritiene siano costituite da ogni comportamento - attivo o omissivo - contrario alle prescrizioni del giudice (G. DE MARZO, *op. cit.*, p. 537); mentre altra parte della dottrina ritiene che debbano essere esclusi i comportamenti in contrasto con le prescrizioni, ad esempio quelle relative alle modalità di versamento dell'assegno, non direttamente strumentali alla protezione dell'integrità fisica o morale ovvero della libertà del soggetto protetto (S. SILVANI, *Gli ordini di protezione. La tutela del minore dagli abusi domestici*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2004, p. 179).

consuetudini acquisite durante la convivenza, *habitat* naturale della prole difficilmente rinunciabile nel momento in cui cessa la coabitazione.

L'ordinamento tutela tuttavia i diritti sulla casa non solo nella fase patologica del rapporto di coniugio, ma anche in costanza di matrimonio, poiché essa rappresenta il riferimento spaziale essenziale per la tutela di interessi personali, esistenziali e patrimoniali infungibili dell'individuo, quale membro di una famiglia⁴⁷³. L'infungibilità degli

⁴⁷³ Sulla rilevanza della dimensione spazio temporale della norma del diritto di famiglia vedi G. FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Torino 2004, p.3 ss., secondo il quale "La riscoperta e la valorizzazione del *profilo spaziale* rappresenta un tema tanto inesplorato quanto seducente, avendo riguardo, in particolare, al rapporto tra *nomos* della terra e l'evoluzione del diritto di famiglia; tale nesso, a ben guardare, si dipana secondo una duplice analisi: quella del confine -o, forse meglio, punto di non *oltrepassamento*- di applicabilità del diritto di famiglia, e quella dello *spazio*, inteso in senso materiale e fisico, ove la famiglia, quale formazione sociale primaria per lo sviluppo della personalità dei suoi membri, attua il fatto giuridico della convivenza". L'Autore individua in quelli che chiama i "*luoghi della famiglia*" il riferimento del diritto di famiglia, precisando che l'espressione, assente nella legislazione e nelle elaborazioni dottrinali sul tema, pur tuttavia meno incongrua dell'uso generalizzato del termine "*residenza della famiglia*" lamentandone però una mancata definizione normativa. A detta dell'Autore, è anomalo che gli studi in materia abbiano ad oggetto l'analisi di importanti aspetti delle questioni connesse con i luoghi della famiglia ove si sviluppa la personalità dei suoi membri, ma che non muovano da una definizione di tali luoghi soffermandosi sulla *ratio* delle norme che definiscono i luoghi stessi.

Sulla rilevanza della dimensione spaziale del diritto vedi anche A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, 1996, P. 302 ss., secondo cui il diritto è empiricamente osservabile e risulta "dato in uno spazio e in un tempo, essi pure afferenti all'osservazione empirica". Secondo l'autore, poiché il diritto è riconducibile al mondo reale, "la *base materiale del diritto positivo* si estrinseca nell'analisi dei corpi, ove la materia si presenta nella sua *concentrazione spaziale*...La base materiale, intesa come exteriorità o meglio oggettività e impersonalità, non può mai mancare nei sistemi giuridici altamente socializzati".

Sulle recenti elaborazioni in tema di geo-diritto vedi anche N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2006, p. 3, secondo cui "Il diritto ha bisogno del dove. Osserviamo i fenomeni più semplici. Soggetti, cose, atti abitano nello spazio. Ognuno di essi è individuato da un luogo e riceve un predicato di posizione. Il linguaggio giuridico è tutto intriso di richiami spaziali: dimora residenza, domicilio delle persone fisiche; sede delle persone giuridiche; confini di terre e di altri beni immobili; contiguità o vicinanza di fondi; luoghi di conclusione di accordi, di adempimento di doveri, di esercizio di diritti. L'applicazione di una o altra norma appare congiunta ai luoghi della terra, o ai luoghi dell'aria e del mare, sui quali la superficie terrestre quasi si espande e irradia. C'è, nel profondo nascere e svolgersi del diritto, un legame terrestre, un'originaria necessità dei luoghi".

interessi regolati si fonda sul dato inconfutabile che la casa familiare, e solo quella, ha un connotato “esistenziale” che va oltre il mero valore di mercato dell’immobile e dei suoi arredi⁴⁷⁴.

La casa come dimensione spaziale di una buona parte delle norme di diritto di famiglia ha una duplice rilevanza giuridica perché, da un lato, costituisce il presupposto di operatività della legislazione sulla protezione della famiglia con prole, dall’altro, rappresenta il luogo in cui essa trova applicazione. Inoltre le regole del sistema che disciplinano i diritti sulla casa familiare non hanno ad oggetto soltanto una *res*, ovvero il bene immobile che i coniugi hanno scelto per abitare. Esse disciplinano infatti, in senso più ampio, il luogo degli affetti, degli interessi, andando ad incidere su rapporti di natura reale e personale, patrimoniale e non patrimoniale⁴⁷⁵.

Su queste premesse vanno lette le norme che, nel codice civile e nella legislazione speciale, menzionano la casa familiare.

Innanzitutto, la dimensione spaziale dei rapporti familiari evoca immediatamente l’obbligo di “coabitazione” di cui all’art. 143 c.c.⁴⁷⁶,

⁴⁷⁴ Per il concetto di infungibilità del diritto ad abitare la casa familiare vedi E.ANDREOLA, *Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale*, in *Rivista del Notariato*, I, 2008, p. 1193 ss.

⁴⁷⁵ La particolare natura dei diritti sulla casa comune dei coniugi è chiaramente evidenziata da M.G. CUBEDDU, *La casa familiare*, Milano 2005, p. 20, secondo cui “La scomposizione dei diversi aspetti riguardanti i bisogni che la casa di abitazione è diretta a soddisfare rivela un’attenzione a profili di natura non patrimoniale. La natura del bene oggetto delle norme in tema di casa familiare conduce invece a connotare i quesiti ad essa relativi prevalentemente in termini di natura patrimoniale. Da tempo è stato sottolineato come la legislazione sulla casa familiare sia il risultato di due preoccupazioni: la protezione della famiglia per tutto il tempo in cui sussista una, anche parziale, comunione di vita nonché la difesa della sfera di vita personale dell’individuo. In altri termini, l’esigenza di tutela dei familiari rispetto alla casa destinata alle primarie esigenze della famiglia non è legata solamente al valore dell’unità della famiglia, ma si giustifica in relazione ad una nuova attenzione ai valori della persona”. In questo senso vedi anche M. COMPORTI, *Abitazione e famiglia*, in *Studi Senesi*, Milano, 1983, p. 39, il quale considera il diritto all’abitazione “un mezzo di protezione della famiglia”.

⁴⁷⁶ Sulla distinzione tra coabitazione e convivenza vedi G.AMENTA, *Coabitazione e convivenza*, in *Studi in memoria di Costa*, Milano, 1982, p. 17 ss.

in tema di diritti e doveri che nascono dal matrimonio. La coabitazione deve qui intendersi non solo come abitazione sotto lo stesso tetto, ma anche nel senso più pieno di convivenza e comunione di vita fondata sul matrimonio⁴⁷⁷, anche se l'abitazione familiare costituisce oggetto di diritti e di tutela a prescindere dal vincolo matrimoniale, potendo essere sufficiente a tal fine la semplice coabitazione di fatto⁴⁷⁸.

Altre norme del codice civile (del libro I, capo IV) si riferiscono alla famiglia legittima. Come è noto, l'art. 144, primo comma, c.c. impone l'accordo dei coniugi per la fissazione dell'indirizzo della vita familiare e della "residenza familiare". Il rimedio legale al disaccordo è previsto dal successivo art. 145 c.c. Nell'ipotesi in cui i coniugi non concordino sulla fissazione della residenza familiare, ciascuno di essi può ricorrere, senza formalità, al giudice, provvede tenuto conto delle esigenze dell'unità e della vita familiare. L'inosservanza dell'obbligo di coabitazione è disciplinato dall'art. 146 c.c. che, nell'ipotesi in cui un coniuge si allontani dalla residenza familiare senza giusta causa, prevede la sospensione, a suo danno, del diritto all'assistenza morale e materiale da parte dell'altro coniuge. Sempre alla residenza familiare, ancorché implicitamente, deve ritenersi logicamente riferito l'obbligo genitoriale di mantenimento della prole, di cui all'art. 147 c.c. nel quale deve ritenersi incluso anche il dovere di procurare ai figli un alloggio (familiare) e tutto quanto è necessario per la vita personale e di relazione secondo le attitudini individuali dei figli. Il minore, che ha diritto al mantenimento, ha infatti necessariamente il proprio

⁴⁷⁷ Art. 29 Costituzione: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio".

⁴⁷⁸ Autorevole dottrina parla di emersione della "*famiglia convivente*", C.M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia, Le successioni, cit.* La tutela dei diritti nascenti dalla convivenza familiare fuori del matrimonio è anch'essa di fonte costituzionale come risulta da un'adeguata interpretazione dell'art. 30 Costituzione, secondo cui "È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio".

domicilio nel luogo di residenza della famiglia *ex art. 45*, secondo comma, c.c. Si ritiene generalmente⁴⁷⁹ che la residenza della famiglia è la stessa cui si riferiscono i citati articoli 144, 145, 146 del codice civile⁴⁸⁰.

La nozione di casa familiare è richiamata ad altro titolo dall'art. 540, secondo comma, c.c.: al coniuge superstite, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza della famiglia e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. In questo caso, l'operatività della riserva è legata non tanto alla effettiva convivenza dei coniugi all'apertura della successione, ma alla destinazione dell'immobile a residenza della famiglia.

Numerose sono altre fattispecie che, nel codice civile, ricollegano conseguenze di diritto al fatto della coabitazione quale elemento costitutivo del vincolo tra due o più soggetti. Come è noto, in tema di invalidità del matrimonio, un periodo di breve coabitazione sana il vizio del matrimonio, nel senso che la relativa impugnazione non può più essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno, come se il fatto della vita sotto lo stesso tetto reintegrasse quel vizio del consenso manifestato dallo sposo. E' il caso del matrimonio concluso dall'interdetto, dopo la revoca dell'interdizione e dopo un anno di coabitazione *ex art. 119*, secondo comma, c.c. Lo stesso dicasi per l'incapace di intendere e di volere che abbia recuperato la pienezza delle proprie facoltà mentali, *ex art. 120*, secondo comma c.c., o per il

⁴⁷⁹ In questo senso vedi M. ESU, *Domicilio, residenza, dimora*, in Trattato di diritto privato diretto da RESCIGNO, II, I, p. 595.

⁴⁸⁰ Al concetto di residenza familiare di cui alle norme citate si richiama anche l'art. 244, secondo comma, c.c. in tema di azione di disconoscimento di paternità. Il marito può disconoscere il figlio nel termine di un anno che decorre dal giorno della nascita quando egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio; dal giorno del suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio o in cui è la *residenza familiare* se egli ne era lontano.

coniuge il cui consenso sia stato determinato da violenza o da errore, secondo quanto previsto dall'art. 122, ultimo comma, c.c. Ancora, il matrimonio simulato, nel quale i coniugi abbiano convenuto di non esercitare i diritti e i doveri nascenti dal vincolo, viene sanato dalla convivenza matrimoniale posta in essere dagli sposi anche per breve durata, poiché l'accordo simulatorio viene contraddetto dall'attuazione del rapporto matrimoniale mediante coabitazione (art. 123 c.c.). Quest'ultima, come fatto rilevante contrario, viene in considerazione altresì quando i coniugi separati ripristinino la convivenza determinando la cessazione degli effetti della separazione mediante fatti concludenti (art. 157 c.c.).

In materia di filiazione naturale, e in particolare di esercizio della potestà dei genitori, l'art. 317 *bis* c.c. dà rilevanza alla convivenza dei genitori, poiché solo in tal caso, quelli che abbiano entrambi riconosciuto il figlio naturale, potranno esercitare la potestà congiuntamente⁴⁸¹. Con riferimento ai doveri del figlio verso i genitori, invece, esiste un suo obbligo di contribuzione e di assistenza e mantenimento finché convive con i genitori medesimi (art. 315 c.c.). La coabitazione dei membri della famiglia diventa quindi fonte di obblighi per il tempo in cui essa dura.

Il riferimento alla casa familiare è costantemente presente anche nelle norme che mirano a preservare dal conflitto l'integrità dell'ambiente

⁴⁸¹ Secondo F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori*, in *Commentario Schlesinger*, Milano 2006, p. 265, la norma dimostra un mutamento di prospettiva tale da "poter considerare il figlio naturale non più un corpo isolato ed estraneo; egli entra a far parte di una comunità che, pur fondata sul vincolo matrimoniale, è pur sempre una comunità familiare in cui la personalità dei singoli membri si va a sviluppare e a realizzare".

Si sofferma sulle differenze tra convivenza legale e convivenza *more uxorio* F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1982, pag. 26 e 33 ss., secondo cui va precisato che la "convivenza" pretesa dal legislatore è ben diversa da quella "*more uxorio*", come dimostrerebbe la lettera della disposizione che non fa riferimento a "conviventi come coniugi" (come nel caso dell'art. 123, secondo comma, c.c.) ma a "genitori conviventi" per sottolineare che non già della famiglia di fatto si occupa la norma, ma della famiglia naturale.

familiare, in materia di protezione contro gli abusi familiari (art. 342 *bis* c.c.). Le misure contro la violenza nelle relazioni familiari⁴⁸² contemplano, tra gli altri, un provvedimento di allontanamento dalla casa familiare a carico del coniuge o del convivente responsabile di violenze. Del carattere cautelare con funzione inibitoria si è già detto. Nel quadro normativo esaminato, si colloca quella disposizione centrale della disciplina della separazione che è stata pensata in funzione conservativa dell'interesse prevalente della prole minorenni, l'art. 155 *quater* c.c.⁴⁸³ La norma sostituisce il quarto comma dell'art. 155 c.c., che in tema di provvedimenti del giudice riguardo ai figli, disponeva che l'abitazione nella casa familiare spettasse "di preferenza" e "ove possibile" al genitore cui erano affidati i figli, con ciò introducendo l'istituto dell'assegnazione della casa come diritto spettante al coniuge in quanto affidatario della prole indipendentemente dalla titolarità del diritto di proprietà sull'immobile coniugale.

Il destino dell'abitazione familiare resta regolato, per il caso dello scioglimento del matrimonio, dalla legge sul divorzio.⁴⁸⁴ L'art. 6, sesto comma, stabilisce che essa spetta "di preferenza" al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. La legge legittima l'esercizio di un potere discrezionale del giudice, il quale dovrebbe in ogni caso, ai fini dell'assegnazione, valutare le condizioni economiche dei coniugi, le ragioni della

⁴⁸² Introdotte con legge 4 aprile 2001 n. 154 c.c. *cit.*

⁴⁸³ Art. 155 *quater* c.c. "Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà". Si tornerà in seguito sull'evoluzione interpretativa dell'art. 155, quarto comma c.c. nella sua originaria formulazione e sulla portata della riforma introdotta con la legge sull'affidamento condiviso, Legge n. 54/2006 *cit.*

⁴⁸⁴ Legge 1 dicembre 1970, n. 898 così come modificata dalla legge del 6 marzo 1987, n. 74, *cit.*

decisione avente ad oggetto il divorzio e favorire il coniuge più debole⁴⁸⁵.

Le sorti dell'abitazione familiare sono regolate da altra legge speciale quando l'immobile sia condotto in locazione da un coniuge. L'art. 6, secondo comma della legge del 27 luglio 1978 n. 392, dispone in tema di successione del contratto di locazione, prevedendo che, in caso di separazione giudiziale, scioglimento del matrimonio, o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo. In caso di morte, succede il coniuge del titolare del rapporto, con lui abitualmente convivente⁴⁸⁶.

Alla nozione di "residenza comune" rinvia invece la norma processuale che radica la competenza territoriale del Giudice della separazione. L'art. 706 c.p.c. richiede che la domanda di separazione personale sia proposta, tra gli altri, al tribunale del luogo dell' "ultima residenza comune dei coniugi". Secondo l'interpretazione corrente, la residenza dei coniugi si determina in base alla situazione di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, essendo invece irrilevante l'allontanamento temporaneo di un coniuge⁴⁸⁷. I

⁴⁸⁵ Si discute se l'art. 4 della legge sull'affidamento condiviso n. 54 del 2006 abbia tacitamente abrogato l'art. 6, sesto comma della legge div., prevedendo che "le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati". Su questo tema vedi M. PALADINI, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, in *Fam. e Dir.* 2006, p. 329 ss.

⁴⁸⁶ Con sentenza additiva della Corte Costituzionale n. 404 del 7 aprile 1988, l'articolo è stato dichiarato illegittimo *a)* nella parte in cui non prevede la successione del contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente, quando vi sia prole naturale; *b)* nella parte in cui non prevede tra i successibili nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*, *c)* nella parte in cui non prevede che il coniuge separato di fatto succeda al conduttore, se tra i due si sia così convenuto.

⁴⁸⁷ La giurisprudenza della Corte di Cassazione sul punto è costante nel ritenere che la residenza del coniuge convenuto, quale criterio per la determinazione della

criterio alternativo di competenza territoriale legato all'ultima residenza comune dei coniugi era ripreso anche la legge sul divorzio, all'art. 4, primo comma. L'articolo è stato però dichiarato parzialmente illegittimo, con la conseguente eliminazione del riferimento⁴⁸⁸.

competenza territoriale inderogabile nelle cause di separazione personale fra coniugi (art. 706 comma primo cod. proc. civ.), va individuata sulla base delle certificazioni anagrafiche, le cui risultanze non sono superate dalla circostanza del temporaneo allontanamento del coniuge convenuto dal luogo ivi indicato (che non comporta di per sé trasferimento della residenza o del domicilio), e neppure dalla dichiarazione del coniuge fatta unicamente al comune ove intenda trasferirsi, non accompagnata dalla parallela comunicazione al comune che si abbandona, prescritta dallo art. 31 *disp. att. cod. civ.* (Cass. 18.1.1990 n. 224).

⁴⁸⁸ Articolo 4, legge 1 dicembre 1979, n. 898 (come modificata dalla legge 6 marzo 1987, n. 74, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con sentenza Corte cost. 23-05-2008 (02-04-2008), n. 169. Il Tribunale ordinario di Pisa, nel corso del procedimento promosso con ricorso depositato in data 17 marzo 2007 per la dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario sollevava la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 706 c.p.c. «nella parte in cui individua come foro dei procedimenti contenziosi, aventi ad oggetto lo scioglimento e/o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi». Il Tribunale rimettente, su eccezione di parte ricorrente riteneva la questione di costituzionalità non manifestamente infondata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione. Osservava, al riguardo, che la disposizione denunciata pone un criterio di competenza territoriale inderogabile che, come accade nel caso di specie, può risultare privo di un effettivo collegamento con le parti e con i figli minorenni eventualmente coinvolti nel procedimento, e che, di conseguenza, essa appare del tutto «irragionevole e pregiudizievole» per l'esercizio del diritto di difesa e suscettibile di creare una ingiustificata disparità di trattamento rispetto ad altre situazioni analoghe, tenuto conto dei diversi criteri di competenza territoriale previsti dal medesimo art. 4, comma 1, della legge n. 898 del 1970 (con riferimento ai procedimenti instaurati dai coniugi con domanda congiunta e/o con riferimento ai procedimenti contenziosi tra coniugi che non abbiano mai avuto una residenza comune) e dall'art. 709-ter, primo comma, del codice di procedura civile (con riferimento ad altri procedimenti che coinvolgono i minori). Né secondo il giudice *a quo*, stante il chiaro ed inequivoco tenore letterale della disposizione in questione, vi era spazio per una diversa interpretazione costituzionalmente orientata.

La Corte Costituzionale adita, richiamato l' art 4, primo comma, della legge n. 898 del 1970, nella sua formulazione originaria, individuava, quale foro dei procedimenti di cui si tratta, il tribunale del luogo in cui il convenuto aveva la residenza, oppure, nel caso di irreperibilità o di residenza all'estero, quello del luogo di residenza del ricorrente. L'art. 8 della legge 6 marzo 1987, n. 74 nel sostituire l'intero art. 4 della legge n. 898 del 1970, aveva, poi, introdotto, quale criterio alternativo alla residenza quello del domicilio (del convenuto, come del ricorrente), contemplando, altresì, l'ipotesi di residenza all'estero di entrambi i coniugi e prevedendo, in tal caso, che la domanda per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio potesse essere proposta innanzi a qualunque tribunale della Repubblica.

Resta infine da menzionare un'altra disposizione di legge speciale che fonda sulla coabitazione il presupposto per ricorrere ad un istituto in tema di filiazione. Tra le condizioni legali per l'adottabilità di un minore rileva infatti la circostanza che gli adottanti vivano insieme, come elemento costitutivo della comunità familiare idonea a garantire ai figli *l'habitat* adatto alla realizzazione della personalità e degli affetti

La novella del 2005 ha introdotto un diverso criterio, fissando quale foro competente il «tribunale del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi, ovvero, in mancanza, del luogo in cui il coniuge convenuto ha residenza o domicilio», e mantenendo, per il resto, gli altri criteri di competenza individuati dal richiamato art. 8 della legge n. 74 del 1987. I criteri di individuazione di tale competenza per territorio sono inderogabili e successivi, nel senso che non è consentito al ricorrente fare riferimento ad uno di essi se non nell'ipotesi in cui il precedente non ricorra. Pertanto, perché il ricorrente possa proporre la domanda innanzi al tribunale del luogo in cui il convenuto abbia residenza o domicilio, non è sufficiente che la residenza comune dei coniugi sia venuta meno, ma è necessario che essa non sia mai esistita, non potendosi interpretare l'espressione «in mancanza» come equivalente a quella «qualora sia successivamente venuta meno», sia perché vi osta il dato letterale, che allude, inequivocabilmente, ad una situazione mai realizzatasi, sia perché è pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che i coniugi possano anche non avere mai avuto una residenza comune - e questa è la fattispecie ipotizzata dal legislatore - dal momento che l'art. 144, primo comma, del codice civile, nel prevedere l'obbligo della fissazione della residenza della famiglia, non esclude che, in concreto, i coniugi, per motivi legittimi, possano non procedere a tale fissazione. In base a queste considerazioni la Corte sottolineava che, qualora i coniugi abbiano avuto, per il passato, una residenza comune, occorre fare capo, ai fini della individuazione del giudice competente sulla domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, al tribunale del luogo ove detta residenza si trovava, e ciò anche nella ipotesi che, al momento dell'introduzione del giudizio, nessuna delle parti abbia alcun rapporto con quel luogo. «L'individuazione di tale criterio di competenza è manifestamente irragionevole, non sussistendo alcuna valida giustificazione della adozione dello stesso, ove si consideri che, in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, nella maggioranza delle ipotesi, la residenza comune è cessata, quanto meno dal momento in cui i coniugi, in occasione della domanda di separazione - giudiziale o consensuale - sono stati autorizzati a vivere separatamente, con la conseguenza che, tenute presenti le condizioni per proporre la successiva domanda di divorzio, non è ravvisabile alcun collegamento fra i coniugi e il tribunale individuato dalla norma. Seppure è vero che rientra nella discrezionalità del legislatore la determinazione della competenza territoriale, è però necessario che tale discrezionalità sia esercitata nel rispetto del criterio di ragionevolezza che, nella specie, risulta, per quanto esposto, palesemente violato. Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma denunciata limitatamente alle parole «del luogo dell'ultima residenza comune dei coniugi ovvero, in mancanza,». L'accoglimento della questione in riferimento all'art. 3 della Costituzione comporta l'assorbimento della censura di incostituzionalità proposta con riferimento all'art. 24 della Costituzione».

primari. La legge sull'adozione richiede inoltre la stabilità del rapporto tra i genitori, individuando nella coabitazione continuativa per almeno tre anni, prima del matrimonio, il dato di fatto da cui dedurre la solidità della relazione tra i soggetti della famiglia che dovrà accogliere il minore in stato di abbandono⁴⁸⁹.

I citati molteplici riferimenti normativi alla casa familiare ne chiariscono la rilevanza giuridica e sociale. Ciò spiega, da un lato, le aspettative dei coniugi su tale bene, dall'altro, il potere del giudice di disporre il godimento esclusivo.

5.4. Il provvedimento di assegnazione della casa familiare.

Nel sistema riformato del diritto di famiglia⁴⁹⁰ la disciplina dell'assegnazione giudiziale della casa familiare è regolata da una disposizione autonoma (l'art. 155 *quater* c.c.), che costituisce la norma generale applicabile in materia di separazione e di divorzio contenziosi⁴⁹¹. Secondo l'interpretazione della Consulta e della Corte di

⁴⁸⁹ Così dispone l'art. 1 della Legge 4 maggio 1983 n. 184, come riformata dalla Legge 28-03-2001, n. 149. Secondo la legge i coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare. L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni. Tra i coniugi non deve sussistere e non deve avere avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale neppure di fatto.

Il requisito della stabilità del rapporto può tenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.

La mancanza di una casa stabile dell'adottando è stata ritenuta rilevante dalla Cassazione anche dal lato della dichiarazione di adattabilità dipendente dallo stato di abbandono (Cass. 13 luglio 1982 n. 4107, in *Giur. It.* 1982).

⁴⁹⁰ Con le modifiche introdotte dalla legge sull'affidamento condiviso n. 54 del 2006.

⁴⁹¹ Anche se esiste una apposita previsione in tema di divorzio: art. 6, sesto comma Legge div. L'art. 155 *quater* c.c., in forza dell'art. 4 della Legge 8 febbraio 2006 n. 54 dovrebbe applicarsi anche al caso del divorzio e cessazione degli effetti civili del matrimonio, con la conseguenza che l'art. 6, sesto comma, citato l. div. dovrebbe ritenersi implicitamente abrogato.

Cassazione, anche prima della riforma del 2006, le regole sull'assegnazione possono essere fatte valere ugualmente nei procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati⁴⁹².

Il presupposto dell'assegnazione è costituito dall'interesse dei figli minori o di quelli che hanno raggiunto la maggiore età, ma non sono ancora autosufficienti economicamente. La Corte di Cassazione, seguita dalla giurisprudenza di merito, assolutamente prevalente, ha costantemente ribadito, prima e dopo la novella del 2006, che il potere

⁴⁹² Corte Cost., 13-05-1998, n. 166, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 678 nota di G.FERRANDO ha ritenuto non fondata l'eccezione di incostituzionalità - in riferimento agli art. 3 e 30 Cost. - dell'art. 155, quarto comma, c.c. nella parte in cui non prevede, in ipotesi di cessazione della convivenza di fatto, la possibilità di assegnare in godimento la casa familiare al genitore naturale affidatario di minore, o convivente con prole maggiorenne non economicamente autosufficiente, anche se lo stesso genitore affidatario non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile. La Consulta ha infatti precisato che "la mancanza di una specifica norma che regoli le conseguenze, riguardo ai figli, della cessazione del rapporto di convivenza di fatto dei genitori non impedisce di trarre dall'interpretazione sistematica delle norme in tema di filiazione, senza necessità di ricorrere all'analogia nè ad una declaratoria di incostituzionalità, la regola da applicare in concreto, considerando che l'interesse del figlio all'abitazione, come al mantenimento, è correlato alla posizione di dovere facente capo al genitore". In senso conforme, con espresso richiamo alla pronuncia della Corte Cost. cit. vedi Cass. civ. Sez. I, 26-05-2004, n. 10102, in *Mass. Giur. It.* 2004: "In tema di famiglia di fatto e nell'ipotesi di cessazione della convivenza *"more uxorio"*, l'attribuzione giudiziale del diritto di (continuare ad) abitare nella casa familiare al convivente cui sono affidati i figli minorenni o che conviva con figli maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti per motivi indipendenti dalla loro volontà è da ritenersi possibile per effetto della sent. n. 166 del 1998 della Corte Costituzionale, che fa leva sul principio di responsabilità genitoriale, immanente nell'ordinamento e ricavabile dall'interpretazione sistematica degli art. 261 c.c. (che parifica doveri e diritti del genitore nei confronti dei figli legittimi e di quelli naturali riconosciuti), artt. 147 e 148 c.c. (comprendenti il dovere di apprestare un'idonea abitazione per la prole, secondo le proprie sostanze e capacità), in correlazione all'art. 30 della Costituzione. Tale diritto è attribuito dal giudice al coniuge (o al convivente), qualora ne sussistano i presupposti di legge, con giudizio di carattere discrezionale, non suscettibile di sindacato in sede di legittimità se logicamente ed adeguatamente motivato, tale da comprimere temporaneamente, fino al raggiungimento della maggiore età o dell'indipendenza economica dei figli, il diritto di proprietà o di godimento di cui sia titolare o contitolare l'altro genitore, in vista dell'esclusivo interesse della prole alla conservazione, per quanto possibile, dell'habitat domestico anche dopo la separazione dei genitori. Ne consegue che è legittimo, se congruamente motivato, il provvedimento del giudice di merito che, in relazione ad una ipotesi di cessazione della convivenza *"more uxorio"*, escluda - ritenendola incongrua rispetto al fine di garantire ai figli la continuità dell'habitat domestico - l'eventualità di ridurre l'abitazione ad una metà di quella sino ad allora goduta".

giudiziale di assegnazione della casa ad uno dei coniugi è ancorato alle esigenze della prole e, quindi, alla convivenza di essa con uno dei due genitori⁴⁹³. Ciò in base alla *ratio* dell'istituto generalmente ritenuto corrispondere al diritto della prole di mantenere il proprio *habitat* domestico, anche dopo la separazione dei propri genitori, cui è correlato l'obbligo per costoro di predisporre e conservare tale ambiente, quale centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini di vita consolidate. Ne consegue che il giudice deve astenersi dall'assegnazione qualora non vi siano figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti⁴⁹⁴.

⁴⁹³ E' rimasta qualche pronuncia isolata che legittima l'assegnazione per finalità perequative, quando la casa appartenga ad entrambi i coniugi, manchino i figli ed entrambe le parti rivendichino diritti esclusivi sulla casa coniugale (in questo senso vedi Cass. civ. Sez. I, 23-02-2000, n. 2070, in *Mass. Giur. It.*, 2000: "Nell'ipotesi in cui la casa familiare appartenga ad entrambi i coniugi, manchino figli minorenni o figli maggiorenni non autosufficienti conviventi con uno dei genitori, ed entrambi i coniugi rivendichino il godimento esclusivo della casa coniugale, l'esercizio del potere discrezionale del giudice non può trovare altra giustificazione se non quella di, in presenza di una sostanziale parità di diritti, favorire quello dei coniugi che non abbia adeguati redditi propri, al fine di consentirgli la conservazione di un tenore di vita corrispondente a quello di cui godeva in costanza di matrimonio"; come precedente vedi Cass. civ. Sez. I, 28-1-1998, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

⁴⁹⁴ Per tutte vedi Cass. civ. Sez. II, 25-02-2011, n. 4735 nonché, per la giurisprudenza di merito Trib. Milano Sez. IX, 24-01-2012: "La domanda del coniuge, esperita in seno al giudizio di separazione, volta ad ottenere l'assegnazione della casa coniugale in assenza di figli minori o maggiorenni non economicamente indipendenti, non merita accoglimento. Infatti, è solo l'esclusivo interesse morale o materiale della prole a determinare la spettanza dell'abitazione al coniuge cui la prole sia affidata ed il titolo di quest'ultimo ad abitarvi è strumentale alla conservazione della comunità domestica".

La posizione della giurisprudenza di legittimità poteva dirsi "granitica" in questo senso fino ad una recente pronuncia, secondo cui il provvedimento di assegnazione, non solo può essere dato anche in assenza di figli minori, ma esplica delle finalità di bilanciamento dell'assetto economico dei coniugi: "In ipotesi di separazione personale dei coniugi, l'assegnazione della casa familiare, in presenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti, spetta di preferenza e ove possibile (perciò non necessariamente) al coniuge cui vengano affidati i figli medesimi, mentre, in assenza di figli, può essere utilizzata come strumento per realizzare (in tutto o in parte) il diritto al mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri; nel primo caso, trattandosi di provvedimento da adottare nel preminente interesse della prole, il giudice può provvedere alla suddetta assegnazione anche in mancanza di specifica domanda di parte, mentre, nel secondo caso, trattandosi di questione concernente il regolamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi, la suddetta assegnazione presuppone un'apposita domanda del coniuge richiedente il mantenimento, onde non

Secondo la nuova formulazione letterale dell'art. 155 *quater* c.c. l'interesse della prole va valutato sì prioritariamente, ma in concorso con altri possibili interessi. Resta comunque confermata l'attualità dei principi già enunciati in materia dai giudici di legittimità e di merito⁴⁹⁵. L'assegnazione della casa familiare, dunque, non crea un titolo di legittimazione ad abitare in capo ad uno dei coniugi, ma mira piuttosto a mantenere l'immobile e l'arredo che lo compone nella sua funzione di residenza familiare, poiché il dritto ad abitarvi del coniuge assegnatario, è strumentale alla conservazione della comunità domestica.

Quanto alla natura del diritto dell'assegnatario, è oramai consolidata l'opinione secondo cui esso non è riconducibile alla sfera dei diritti reali ma si configura come un atipico diritto personale di godimento⁴⁹⁶,

è configurabile in ogni caso un dovere (e un potere) del giudice di identificare ed assegnare comunque la casa familiare anche in assenza di qualsivoglia istanza in tal senso" (Cass. civ. Sez. I, 08-02-2012, n. 1783, in *Fam. e Dir.*, 2012, p.558).

⁴⁹⁵ In questo senso vedi Cass. civ. Sez. I, 22-03-2007, n. 6979, in *Fam. Pers. Succ. on line*, 2007: "In materia di separazione (come di divorzio) l'assegnazione della casa familiare, malgrado abbia anche riflessi economici [...], essendo finalizzata all'esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a permanere nell'ambiente domestico in cui è cresciuta, non può essere disposta a titolo di componente degli assegni rispettivamente previsti dagli artt. 156 c.c. e 5 della legge n. 898 del 1970, allo scopo di sopperire alle esigenze economiche del coniuge più debole, al soddisfacimento delle quali sono destinati unicamente gli assegni sopra indicati. Ne consegue che in difetto di figli, minorenni o maggiorenni non autosufficienti conviventi con i coniugi, sia che la casa familiare sia in proprietà tra i coniugi, sia che appartenga in via esclusiva a un solo coniuge, il giudice non potrà adottare con la sentenza di separazione un provvedimento di assegnazione della casa coniugale, non autorizzandolo neppure l'art. 156 c.c., che non prevede tale assegnazione in sostituzione o quale componente dell'assegno di mantenimento".

⁴⁹⁶ La ricostruzione come "atipico diritto personale di godimento" viene elaborata per la prima volta dalla Corte di Cassazione nella sentenza Cass. civ., sez. I 05-07-1988, n. 4420, secondo cui "In sede di separazione consensuale qualora i coniugi stabiliscono che la casa familiare resti a disposizione dell'altro coniuge per abitarla con i figli, così sostanzialmente recependo il contenuto della norma dettata dal comma quarto dell'art. 155 cod. civ. nel testo novellato dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, il diritto che ne deriva è un *atipico diritto personale di godimento*, ordinato a tutela dell'esclusivo interesse della prole minorenne nata dal matrimonio, e non un diritto reale di abitazione, spettante anche ai familiari diversi dalla detta prole, con la conseguenza che esso non è opponibile ai terzi, salva la configurabilità di una responsabilità per danni in confronto del coniuge assegnatario, ove l'altro coniuge alieni la casa familiare". La sentenza è

trascrivibile e opponibile ai terzi, ai sensi dell'art. 2643 c.c. La questione dell'inquadramento del diritto dell'assegnatario è stata originariamente molto dibattuta. La dottrina e la giurisprudenza hanno infatti offerto diverse soluzioni interpretative, approdando poi ad una sintesi ermeneutica che riconduce tale fattispecie nell'ambito dei diritti personali di godimento *sui generis*. La varietà delle teorie dipende dalla particolarità del diritto in questione, che presenta, al tempo stesso, elementi di personalità e di realtà, riconducibili sia alla categoria dei diritti reali, sia a quella dei diritti personali di godimento. Riguardo al profilo della personalità, va evidenziato che il diritto si fonda sul presupposto soggettivo che il coniuge assegnatario sia anche affidatario o co-affidatario di figli minori ai quali va conservata la sede delle prime relazioni familiari⁴⁹⁷. Per questo aspetto, l'assegnazione realizza l'interesse prevalente dei minori, ancorchè di fatto, ne benefici anche il genitore con cui essi mantengono la convivenza, nella fase patologica del matrimonio⁴⁹⁸. Egli può godere dell'immobile coniugale per effetto

edita in *Foro it.* 1989, I, p. 2573; *Giust. civ.* 1988, I, p. 2561; *Riv. not.* 1989, II, p. 1174; *Riv. not.* 1989, II, pag. 189.

⁴⁹⁷ L'art. 155 *quater* c.c., introdotto con la riforma di cui alla legge n. 54/2006, prevede che il giudice nell'assegnare la casa familiare tenga "prioritariamente conto dell'interesse dei figli", mentre nella vecchia formulazione l'art. 155, IV comma c.c. disponeva che l'abitazione spettasse "di preferenza" e "ove possibile" al coniuge cui erano affidati i figli.

⁴⁹⁸ L'interesse prevalente dei minori giustifica la deviazione del sistema rispetto alle regole sulla proprietà, perché solo in tal caso al coniuge proprietario può essere impedito di godere del bene di cui è titolare. Sulla portata derogatoria dell'istituto rispetto alle regole sul diritto di proprietà si è soffermata la Corte di Cassazione la quale ha ribadito "ha un senso l'assegnazione della casa coniugale, intesa come centro di affetti, interessi e relazioni interpersonali, ad uno dei coniugi, in deroga all'ordinario assetto di interessi che discende dal diritto dominicale o dal diritto di godimento gravante sull'immobile, in quanto possa ritenersi che, nonostante la separazione dei coniugi, ancora sussista una famiglia. Venuta meno la comunanza di vita e di affetti tra i coniugi, in tanto può ancora parlarsi di famiglia in quanto vi siano i figli e la convivenza dei membri della famiglia prosegua, nonostante il vulnus inferto dalla separazione intervenuta tra i coniugi. Ove non vi sia prole convivente, questo tipo di tutela non ha più ragione di sussistere né il legislatore ha ritenuto di adottare un diverso tipo di regolamento, facendo prevalere l'interesse alla tutela del coniuge più debole sul diritto reale o di godimento relativo all'immobile già sede della casa

dell'attribuzione esclusiva a suo favore, di fonte giudiziale, a prescindere dal titolo di proprietà o dall'intestazione del contratto di locazione, potendo escludere l'altro coniuge dal pari godimento.

Quanto agli elementi di realtà della fattispecie, invece, il nuovo art. 155 *quater* c.c. dispone che il provvedimento di assegnazione, come quello di revoca, sono trascrivibili e opponibili ai terzi *ex art.* 2643 c.c.⁴⁹⁹. Bisogna evidenziare però che, rispetto alle fattispecie dei diritti reali, quello dell'assegnatario non ha una durata certa (essendo variabile e destinato a cessare solo quando i figli maggiorenni -ancora conviventi- saranno diventati autosufficienti economicamente) e si estingue solo per provvedimento del giudice, inoltre è sempre modificabile per sopravvenienza di fatti nuovi che giustifichino una diversa destinazione della casa familiare, sempre a tutela dell'interesse dei figli. Sulla base dei diversi aspetti dell'assegnazione sono state elaborate varie tesi, a seconda che si ritenessero prevalenti le une piuttosto che le altre componenti della figura; ciò fino all'intervento decisivo della giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha valorizzato adeguatamente tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, riconducendola alla sfera dei diritti personali di godimento.⁵⁰⁰

coniugale" (Cass., sez. civ. I, sentenza 18 febbraio 2008, n. 3934, in *Fam. e Dir.*, 2008, 7, p. 698).

⁴⁹⁹ Il quarto comma dell'art. 155 c.c. (*ante* riforma sull'affidamento condiviso) era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo "nella parte in cui non prevedeva la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione della abitazione nella casa familiare al coniuge affidatario della prole, ai fini della opponibilità ai terzi" (Corte Cost. 27 luglio 1989 n. 454).

⁵⁰⁰ Vedi per tutte Cass. civ., sez. I 17-09-2001, n. 11630 : "Questa corte ha costantemente affermato che il diritto che deriva dall'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi per abitarla con i figli è un atipico diritto personale di godimento e non un diritto reale di abitazione (cfr. per tutte Cass. n. 4420/88)". Nello stesso senso vedi anche Cass. civ., sez. V 16-03-2007, n. 6192; Cass., S.U., 27 luglio 2002, n. 11096; Cass., 18 settembre 2003, n. 13736, in *Famiglia*, 2004, II, p. 611, con nota L.A.SCARANO, *L'assegnazione della casa familiare: nozione e funzione*; e in *Giust. Civ.*, 2004, I, p. 688; Cass. 8 aprile 2003, n. 5455, in *Fam. e Dir.*, 2003, p. 439, con nota di M. QUARGNOLO, *Assegnazione della casa coniugale e tutela del terzo acquirente*; Cass., 17 settembre 2001, n.

La dottrina meno recente⁵⁰¹ invece aveva accolto l'idea della realtà del diritto dell'assegnatario assimilandolo a quello reale di abitazione, di cui agli artt. 1022 e ss. c.c., per l'immobile e al diritto d'uso, ex art. 1021 c.c., per i mobili ivi contenuti. Si sottolineava che il provvedimento giudiziale di assegnazione era fondato sul presupposto oggettivo dell'affidamento e della convivenza con la prole minorenni e che esso poteva essere modificato sulla base di situazioni nuove, rilevanti ai fini dell'attuazione dell'interesse dei minori. La modificabilità del diritto non impediva comunque di configurarlo come diritto assoluto opponibile *erga omnes*. Ciò in base alla considerazione che, anche se normalmente i diritti reali tipici sono caratterizzati da stabilità, essi non

11630, in *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 55, con nota di M. FINOCCHIARO, *Divisione dalla "casa familiare"*, assegnata in sede di divorzio al coniuge affidatario dei figli minori e (pretesa) inidoneità del provvedimento di assegnazione a incidere sul valore commerciale dell'immobile; in *Giur. it.*, 2002, p. 1147, con nota di L. COSTANTINO, *Assegnazione della casa familiare e natura del diritto di abitazione*; e in *Arch. Civ.*, 2002, p. 197; ma, già, Cass., 16 ottobre 1985, n. 5082, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1317, con nota di A. JANNARELLI, *Incerta sorte per la casa familiare*; Cass., 31 gennaio 1986, n. 624.

⁵⁰¹ Nel senso della natura reale del diritto si esprime, M.C. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano 2001, 198, p. 259, con riferimento all'immobile di proprietà esclusiva o in usufrutto, il quale sottolinea l'esigenza di garantire all'assegnatario una più appropriata tutela al fine dell'esercizio dell'azione di manutenzione, della legittimazione a votare nelle assemblee condominiali sugli affari di ordinaria amministrazione e di semplice godimento delle cose comuni e dei servizi. Secondo l'Autore il problema della natura del diritto di abitazione del coniuge separato o divorziato nella casa familiare non può esser risolto qualificandolo univocamente come diritto personale o come diritto reale: si deve invece tenere conto del diverso titolo di godimento che il coniuge assegnatario consegue sulla casa. Se si tratta di casa d'affitto, il coniuge assegnatario ha un semplice diritto personale di godimento (così anche Cass. n. 6458 del 1996). Se invece il diritto viene esercitato sulla casa appartenente in tutto o in parte all'altro coniuge, la sua natura reale (art. 1022 c.c.) appare difficilmente contestabile. Per la natura reale del diritto vedi anche L.A. SCARANO, *La casa familiare*, cit., p. 136, che accosta il diritto del coniuge separato a quello del coniuge superstite, eccettuate le situazioni personali di godimento espressamente disciplinate. nello stesso senso anche A. BUFFA, *Il diritto di abitazione sulla casa coniugale*, Piacenza 2003, 222; L. GRASSI, *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli 1976, p. 167.

Per una adeguata valorizzazione degli elementi di realtà del diritto vedi G. GABRIELLI, *Il diritto di abitare nella casa già familiare dopo la dissoluzione della famiglia*, in *Vita not.*, 1997, p. 1270; G. GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 65; F. PADOVINI, *Dati catastali e pubblicità dell'assegnazione al coniuge separato della casa familiare*, in *Fam. e Dir.*, 1994, p. 441 ss; E. ANDREOLA, *Sulla opponibilità dell'assegnazione della casa familiare nella separazione coniugale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I, p. 348.

sono necessariamente perpetui. Si indicavano come esempio proprio i diritti di usufrutto, uso ed abitazione. Se poi la stabilità era da intendersi nel senso che sin dal momento della costituzione del diritto si dovesse sapere con certezza quando lo stesso si sarebbe estinto, allora si faceva notare come il codice civile offrisse ipotesi di diritto reale certo, subordinato però al permanere di presupposti oggettivi suscettibili di mutamento.⁵⁰²

Il punto debole della tesi era quello di non considerare il fatto che il diritto di abitazione nella casa coniugale è costituito e modulato da un provvedimento giudiziale revocabile o modificabile *ex art. 155, quater c.c.*; ciò che mal si concilia con lo schema tipico del diritto reale, i cui modi di costituzione sono tassativamente previsti dalla legge. Inoltre il diritto di abitazione *ex art. 1022 c.c.*, nella sua tradizionale configurazione, non è instabile, essendo prevista una durata certa fin dal momento della sua costituzione. Nell'ipotesi di assegnazione della casa coniugale, viceversa, vi è una tendenziale assenza di determinazione temporale e il godimento può cessare solo in seguito alla sopravvenienza di circostanze nuove che possono determinarne la caducazione, previo accertamento del giudice⁵⁰³.

Poiché la teoria della realtà del diritto si esponeva a facili critiche, alcuni spiegavano l'istituto ricorrendo allo schema del comodato, la cui durata andava determinata *per relationem* e cioè finché non fossero mutate le condizioni che avevano fondato l'attribuzione del diritto di godimento. In altri termini, secondo questa impostazione, il coniuge

⁵⁰² Si argomentava analogicamente dal diritto di abitazione di cui all'art. 1022 c.c. il cui contenuto era variabile in quanto "limitato ai bisogni della famiglia" e quindi suscettibile di modifiche al mutare dei bisogni.

⁵⁰³ Intervento che è sempre necessario, in questo senso vedi sentenza della Corte Costituzionale n. 308 del 2008, che esclude la caducazione automatica del provvedimento di assegnazione al verificarsi degli eventi estintivi previsti dalla legge, essendo l'evento istintivo sempre subordinato ad una valutazione in concreto del giudice.

assegnatario diveniva comodatario acquisendo il diritto (personale) di servirsi dell'alloggio facente parte della casa coniugale fino a quando i figli affidatigli non fossero usciti definitivamente dal nucleo familiare residuo.

Anche questa teoria non coglieva tuttavia l'essenza del diritto per un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, l'instabilità della posizione del coniuge assegnatario non può essere assimilata alla precarietà del comodatario. L'art. 1809, comma secondo, c.c., in materia di restituzione della cosa data in comodato a tempo determinato, dispone che se durante il termine convenuto sopravviene un urgente ed impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata. La disposizione è inapplicabile al caso di specie, dove il titolo formale costitutivo ed estintivo del diritto è il provvedimento giudiziale. Sul piano della tutela del diritto del coniuge assegnatario, l'assimilazione al comodato lo renderebbe inopponibile ai terzi. Il principio *emptio non tollit locatum* non si applica infatti al comodato. L'acquirente di un immobile non può risentire alcun pregiudizio dall'esistenza di un comodato costituito in precedenza dal venditore, giacché, per effetto del trasferimento in suo favore, il compratore acquista *ipso iure* il diritto di far cessare il godimento da parte del comodatario e di ottenere la piena disponibilità della cosa⁵⁰⁴.

⁵⁰⁴ Nel senso che si tratti di un diritto di godimento assimilabile al comodato si è espressa la Corte di Cassazione nella sentenza n. 4016 del 2 aprile del 1992 (in *Mass. Giust. Civ.* 1992) secondo cui " In tema di separazione personale dei coniugi, l'assegnazione della casa coniugale disposta dal giudice (mediante una pronuncia riconducibile alla sfera dell'attività giurisdizionale costitutiva ai sensi dell'art. 2908 c.c.) quale componente dell'obbligo di mantenimento del coniuge più debole, nell'aspetto dell'esigenza abitativa, si configura come diritto personale di godimento assimilabile al comodato".

Per un esame critico sulle diverse qualificazioni del diritto come diritto reale o come comodato vedi M.G. CUBEDDU, *La casa familiare*, Milano 2005, p. 367 ss.

Viste le difficoltà operative delle soluzioni proposte, la dottrina⁵⁰⁵ e la giurisprudenza maggioritarie, superando la tradizionale bipartizione diritti reali/diritti personali, sono approdate ad una configurazione in termini di diritto personale di godimento *sui generis*. L'atipicità consiste nel fatto che, differentemente dalla locazione, ad esempio, la situazione non è costituita in forza di un negozio giuridico, bensì *iussu iudicis*. Il diritto è sempre trascrivibile, a prescindere dal fatto che esso duri per un periodo *infra* o *ultra* novennale (ora per espressa disposizione di legge, art. 155 *quater* c.c.). Il coniuge assegnatario non può essere onerato in alcun modo del pagamento di un corrispettivo a favore del coniuge estromesso, titolare del diritto dominicale sull'immobile.

A differenza del diritto di abitazione riservato al coniuge in ipotesi di successione necessaria (art. 540 c.c.), il diritto dell'assegnatario comprende l'utilizzo dei mobili che arredano la casa. Infatti l'espresso riferimento operato dall'art. 540 c.c. all'uso dei mobili (il diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare si estende all'uso degli arredi) ha ragione di esistere in quanto detto uso non è compreso nel diritto reale di abitazione. Lo stesso riferimento non è invece presente nell'ipotesi disciplinata dall'art. 155 *quater* c.c., che prevede il diritto di godimento dell'alloggio, nelle condizioni in cui esso si trova al

⁵⁰⁵ In dottrina ritengono si tratti di diritto personale di godimento, tra i tanti, A. FINOCCHIARO, *Natura non reale dell'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi nel corso del giudizio di separazione personale e pretesa inopponibilità di tale assegnazione al terzo acquirente*, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 73; E. QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1999, p. 345; M. DI NARDO, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di assegnazione della casa coniugale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1991, I, p. 91; G. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare (artt. 2646-2651)*, in *Commentario Schlesinger*, Milano 1993, sub art. 2648; M. MANTOVANI, *La separazione personale tra i coniugi - aspetti sostanziali*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1992, p. 27; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna- Roma, 1993, p. 415; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Milano 1995; A. JANNARELLI, *L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi*, in *Foro it.*, 1981, I, 1390.

momento della cessazione della convivenza coniugale, cioè fornito dei mobili d'arredamento⁵⁰⁶.

Con le dovute precisazioni, la qualificazione proposta dall'orientamento prevalente della dottrina e della giurisprudenza appare condivisibile, poiché gli elementi di realtà della fattispecie non sono sufficienti ad attrarla nel *numerus clausus* dei diritti reali. La situazione giuridica creata dal giudice in capo al coniuge assegnatario è quella di un detentore qualificato⁵⁰⁷, che può fruire integralmente della casa, nell'interesse proprio e della prole affidatagli, escludendo l'altro dalla facoltà di abitare l'immobile, anche se quest'ultimo è titolare del diritto dominicale o di un diritto personale di godimento antecedente all'assegnazione giudiziale.

Chiariti i presupposti e la natura del provvedimento di cui all'art. 155 *quater* c.c., è interessante verificare se l'ordinamento contempli una tutela preventiva dell'assegnazione della casa familiare nell'imminenza del conflitto coniugale. Nella fase iniziale del giudizio di separazione

⁵⁰⁶ Così Cass. civ., 1 dicembre 1983, n. 7303, in *Foro it.*, 1984, I, p. 419, che con riferimento alla vecchia formulazione dell'art. 155 quarto comma c.c. ha precisato: "Nel giudizio di separazione, l'assegnazione della casa coniugale ad uno dei coniugi, ai sensi dell'art. 155, comma quarto, cod. civ., ricomprende, per la necessaria tutela della prole minore, non il solo immobile, ma anche i mobili, gli arredi, gli elettrodomestici ed i servizi, con l'eccezione dei beni strettamente personali che soddisfano esigenze peculiari del coniuge privato del godimento della casa familiare. Tale diritto di uso dei mobili, essendo strumentale al godimento dell'immobile, è destinato a cessare quando l'assegnatario perda la disponibilità dello stabile, con la conseguenza che il coniuge che è stato privato del godimento di tali mobili, può reclamare quelli di sua appartenenza esclusiva o richiedere la divisione di quelli comuni, salvo che, in considerazione del permanere di fondate esigenze del nucleo familiare, il giudice autorizzi il trasferimento dei mobili fino allora goduti nel nuovo alloggio".

⁵⁰⁷ *Contra*, Cass. civ. 27 febbraio 1998, n. 2170, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 119, con nota critica di V. CARBONE, *Natura personale e non reale del diritto sulla casa familiare*. Secondo la sentenza della Corte "poiché l'istanza di assegnazione della casa coniugale in sede di separazione tra coniugi prescinde dalla titolarità o meno di un preesistente diritto dell'istante su di essa ed è indispensabile per ottenerne la disponibilità, non è incompatibile con la volontà di esercitare su di essa un potere di fatto corrispondente al diritto di proprietà ai fini della dimostrazione del possesso utile per usucapire la casa".

contenziosa, e particolarmente in questo momento, la contrapposizione tra le parti è molto forte, talvolta esasperata. E' proprio con l'instaurazione della controversia infatti che si verificano comportamenti mirati e preordinati a recare pregiudizio all'altro coniuge con elusione della normativa dettata a protezione della famiglia. Ci si riferisce al caso in cui, ad esempio, il marito, unico intestatario o comproprietario dei beni familiari (mobili, conti correnti, immobili ecc...), prima ed in vista della comparizione davanti al Presidente del Tribunale, adito in sede di separazione giudiziale, ceda a terzi i suoi diritti (o la quota di proprietà) per sottrarre il proprio patrimonio agli obblighi contributivi che la legge pone a suo carico.

L'ipotesi concreta è quella in cui il coniuge, nelle more dell'adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti resi dal Presidente *ex art. 708 c.p.c.*, successivamente al deposito del ricorso per separazione, venda la casa coniugale allo scopo di sottrarne il godimento alla moglie, in presenza di figli minori. Il problema è di particolare rilevanza in considerazione del fatto che l'interesse tutelato con l'istituto dell'assegnazione della casa familiare è infungibilmente quello della prole, sulla quale non si vuole far ricadere il peso di un cambiamento repentino delle abitudini e dell'ambiente domestico in conseguenza della patologia del rapporto matrimoniale. La particolarità del bene "casa familiare" ed il suo connotato "esistenziale" sembra escludere che una lesione dei diritti del potenziale assegnatario sia ripristinabile per equivalente. Un risarcimento del danno non potrebbe mai reintegrare il diritto leso.

Nel silenzio della legge ci si chiede allora quale sia la tutela del coniuge e dei figli contro gli atti di disposizione sulla casa compiuti fraudolentemente nella fase introduttiva del giudizio, nelle more dell'adozione dei provvedimenti presidenziali.

La disciplina di cui all'art. 155 *quater* c.c., con il meccanismo della trascrizione del provvedimento giudiziale, assicura l'intangibilità dei diritti dell'assegnatario solo quando la vendita sia successiva all'emissione del provvedimento di assegnazione. Resta quindi privo di protezione il coniuge, potenzialmente assegnatario, non solo quando la casa venga ceduta prima dell'ordinanza presidenziale di assegnazione, ma anche quando la vendita sia stata trascritta prima della trascrizione di detto provvedimento⁵⁰⁸. A ben vedere infatti, la formulazione dell'art. 155 *quater* c.c., secondo cui il provvedimento di assegnazione, come quello di revoca, sono trascrivibili ed opponibili ai terzi "*ai sensi dell'art. 2643 c.c.*", non fa alcun riferimento al regime di opponibilità "automatica" di cui all'art. 1599 c.c., che invece la legge sul divorzio aveva mantenuto (art. 6, 6° comma)⁵⁰⁹. Prima della riforma sull'affidamento condiviso, secondo un'interpretazione consolidata, il diritto dell'assegnatario si considerava opponibile ai terzi come se egli fosse il conduttore in un contratto di locazione⁵¹⁰. Secondo l'art. 1599,

⁵⁰⁸ Non si può negare che in tal caso, vista l'esistenza di una precisa statuizione del giudice è invocabile l'art. 388 c.p. sulla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (Chiunque, per sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti da una sentenza di condanna, o dei quali è in corso l'accertamento dinanzi l'Autorità giudiziaria, compie, sui propri o sugli altrui beni, atti simulati o fraudolenti, o commette allo stesso scopo altri fatti fraudolenti, e' punito, qualora non ottemperi alla ingiunzione di eseguire la sentenza, con la reclusione fino a tre anni o con la multa da lire duecentomila a due milioni. La stessa pena si applica a chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescriva misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito). La tutela penale non assicura comunque l'effettività del godimento all'assegnatario.

⁵⁰⁹ L'art. 6, comma 6° della legge sul divorzio, come novellato dalla legge n. 74 del 1987, prevede che "l'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 c.c." Successivamente, poiché l'art. 155, comma 4° c.c. nulla prevedeva in proposito, La Corte Costituzionale, con sentenza n. 454 del 1989, dichiarava l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevedeva la trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa coniugale ai fini dell'opponibilità ai terzi.

⁵¹⁰ La questione è stata molto dibattuta con particolare riferimento al significato del rinvio all'art. 1599 c.c. La tesi che alla fine è prevalsa è quella secondo cui il rinvio alla disciplina delle locazione doveva implicare la possibilità di opporre il godimento dell'immobile al terzo avente causa anche oltre i nove anni, mediante trascrizione, e

comma 3°, c.c., che dispone in materia, il diritto dell'assegnatario era quindi immediatamente efficace nei confronti dei terzi acquirenti nei primi nove anni dalla data dell'assegnazione e, dopo i nove anni, solo nel caso in cui il titolo fosse stato trascritto ai sensi del combinato disposto degli articoli 2643 n. 8) e 1599, comma 3°, c.c.⁵¹¹

La normativa vigente, che fissa i criteri con cui il giudice provvede sull'assegnazione, realizza gli interessi tutelati nella parte in cui assicura l'opponibilità ai terzi del relativo provvedimento con la conseguente inefficacia degli atti di disposizione sull'immobile successivi alla trascrizione dell'ordinanza attributiva. Restano invece sottratti ad una sanzione immediata e conservativa tutti quegli atti con il titolare della casa familiare ne dispone a favore di terzi, in vista del contenzioso di

non imporre la trascrizione in ogni caso prima dei nove anni. In questo senso E.ANDREOLA, *Sull'opponibilità dell'assegnazione della casa familiare nella separazione coniugale*, in *Riv. Dir. Civ.* 1994, 341 ss.

⁵¹¹ Quello dell'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa coniugale è stata questione su cui la dottrina e la giurisprudenza hanno vivacemente dibattuto per molti anni, esprimendo orientamenti contrastanti. L'accesa discussione era motivata dall'insufficienza di norme *ad hoc* e, perciò, si era posto l'interrogativo, di non facile soluzione, se il diritto di assegnazione attribuito con provvedimento del giudice potesse essere opposto al terzo acquirente dell'immobile familiare, se il diritto fosse trascrivibile e se dovesse essere sempre trascritto ai fini dell'opponibilità. Dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione -con sentenza del 26 luglio 2002, n. 11096- il regime di opponibilità era fissato nella seguente regola: "Ai sensi dell'art. 6, comma 6, legge 1.12.1970 n. 898, applicabile anche in tema di separazione personale, il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario, avente per definizione data certa, è opponibile, ancorché non trascritto, al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data di assegnazione, ovvero -ma solo ove il titolo sia stato in precedenza trascritto- oltre i nove anni". La nuova formulazione dell'art. 155-*quater* c.c., introdotto dalla legge 8 febbraio 2006, n. 54, che sancisce espressamente l'onere della trascrizione per l'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare, sembra recepire il criterio interpretativo fissato dalla Cassazione. Nel contenuto, tuttavia, il nuovo art. 155-*quater* c.c. rappresenta un passo indietro rispetto ai risultati cui era pervenuta la giurisprudenza. Essendo la trascrizione ora sempre un onere, l'efficacia verso i terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare viene fatto dipendere dalla tempestività nel procedere alla formalità pubblicitaria, non potendosi contare sull'opponibilità automatica del diritto nei primi nove anni. Vi è pertanto un serio rischio per l'assegnatario di vedere vanificati gli effetti del provvedimento giudiziale di assegnazione, se il coniuge proprietario procede alla trascrizione della vendita prima che l'assegnatario trascriva l'assegnazione.

separazione ed in frode delle ragioni dell'assegnatario⁵¹². Sembra comunque che essi non possano sfuggire al rimedio generale dell'azione revocatoria, ove sussistano tutti i presupposti di cui all'art. 2901 c.c., ma con i tempi di un giudizio ordinario.

Il provvedimento di assegnazione incide economicamente nei rapporti patrimoniali tra i coniugi, nel senso che, da un lato, costituisce un vantaggio per l'assegnatario rapportato al risparmio di spesa per la conduzione dell'immobile familiare e, dall'altro, rappresenta un

⁵¹² Per una maggiore effettività della tutela giudiziale, è necessario individuare uno strumento che consenta di far prevalere la conservazione dell' *habitat* domestico dei figli sul diritto di disporre del bene, che spetta al coniuge proprietario o comproprietario, già nella fase prodromica del processo e in vista dell'assegnazione. Vanno quindi esaminati i rimedi previsti nel nostro sistema, in materia di diritti immobiliari, in particolare l'istituto della trascrizione delle domande giudiziali, di cui agli articoli 2652 e 2653 c.c. Poiché, quanto a funzione, il mezzo offre un rimedio di natura *lato sensu* cautelare, con finalità conservativa e quindi con esiti anticipatori di una tutela giudiziale che non potrà giungere che alla chiusura del processo, viene da chiedersi se possa essere trascritto il ricorso di separazione o divorzio nel quale si chiede un provvedimento di assegnazione trascrivibile ex art. 155 *quater* c.c.

Nel silenzio del legislatore e stante il vuoto di tutela ci si chiede anche se si possa far ricorso alla tutela d'urgenza prima dei provvedimenti presidenziali e dopo la domanda di separazione. Sull'ammissibilità del rimedio cautelare ex art. 700 c.p.c., come modalità anticipatoria dei provvedimenti provvisori presidenziali, si richiama la posizione prevalentemente espressa dai giudici di merito e dai migliori contributi dottrinali in materia, che fa discendere dalla natura non cautelare dell'ordinanza presidenziale e delle ordinanze del giudice istruttore, emesse ai sensi dell'art. 709 ultimo comma c.p.c. -soprattutto dopo l'entrata in vigore della l. n. 54/2006 che, come è noto, ha introdotto l'istituto del reclamo avanti alla Corte d'Appello- l'esperibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. Si tratta di un rimedio cautelare nell'ambito di un procedimento che vede una prima fase sommaria (quella presidenziale) e una successiva fase disciplinata dalle norme del rito ordinario. Lo ha ben evidenziato un precedente dello stesso Tribunale di Padova (ordinanza Tribunale di Padova 20 luglio 2009, in *Nuova Giur. Civ. Comm*, I, 2010, con nota di F. RONCHESE, *Assegnazione della casa familiare e tutela cautelare atipica: centralità della persona e principio di sussidiarietà*). Il provvedimento valorizza a sua volta una pronuncia di merito conforme, di poco precedente, nella quale si è acutamente rilevato che "[...] per escludere l'applicabilità dell'art. 700 c.p.c., non basta affermare che esiste un rimedio tipico che consenta di ottenere gli stessi provvedimenti richiesti da detta norma, perché occorre anche verificare che tale equivalenza sussista pure in concreto, in relazione ai tempi ed ai mezzi attraverso i quali è possibile ottenere questi provvedimenti alternativi, in quanto non può negarsi che dette modalità condizionino significativamente l'idoneità dalla misura ad assicurare l'effettività della pretesa: non conta, in sostanza, la possibilità teorica di un altro rimedio ma il suo risultato utile rispetto al caso concreto." (in questo senso vedi T. Napoli, 25 marzo 2005 in *Foro it.*, 2006, I, p. 944; Trib. Perugia 26 febbraio 1999 in *Rass. giur. umbra*, 1999, p.751).

elemento di valutazione rispetto alla condizione del coniuge estromesso⁵¹³. L'attribuzione della casa potrebbe infatti determinare indirettamente una riduzione degli obblighi a carico del coniuge economicamente più capace ma privato del godimento della casa coniugale. Il giudice, del resto, nel contenzioso familiare ha la funzione di attuare l'equilibrio patrimoniale tra i consorti e deve valutare tutti gli oneri accessori (anche tributari) connessi alle situazioni giuridiche rispettivamente del coniuge assegnatario e di quello estromesso, distribuendo proporzionalmente tra i membri della famiglia gli obblighi legali di contribuzione, non solo con il provvedimento di assegnazione, ma anche con gli altri provvedimenti economici tipici di cui agli articoli 155 ss. c.c., agendo sulla quantificazione dell'assegno.

5.5. Rapporti tra il provvedimento di assegnazione e il potere di disposizione sull'immobile adibito a residenza familiare.

A conclusione dell'indagine sul rapporto tra poteri del giudice e autonomia privata in senso ampio, in relazione alla facoltà di disposizione sulla casa familiare, da parte del proprietario dell'immobile, resta da esaminare il problema dell'efficacia dell'assegnazione giudiziale rispetto ai rapporti giuridici già costituiti sul bene utilizzato come residenza della famiglia.

Il caso, molto frequente, è quello dell'immobile concesso in comodato dai genitori proprietari dell'immobile al figlio affinché ci viva con la famiglia, nella quale però sopravviene la crisi, si apre un procedimento contenzioso di separazione e il giudice attribuisce, *ex art. 155 quater c.c.*,

⁵¹³ Secondo la nuova formulazione dell'art. 155 *quater* c.c. "Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori".

alla moglie il godimento esclusivo in quanto affidataria della prole minorenni.

La Corte di Cassazione si è occupata della questione, anche recentemente⁵¹⁴, sulla base di una propria giurisprudenza ormai indirizzata verso un orientamento unitario, consolidatosi dopo la pronuncia della Suprema Corte, a Sezioni Unite, del 2004⁵¹⁵. Il caso esaminato nel 2010 è quello di una signora che aveva concesso in uso al figlio, tre anni prima delle sue nozze, un appartamento affinché vi svolgesse la sua attività lavorativa. Nel successivo giudizio di separazione tra il figlio e la nuora, a quest'ultima, quale affidataria del figlio minorenne e convivente con l'altro figlio maggiorenne, era assegnata la casa coniugale. Questa, diffidata dalla suocera alla riconsegna, aveva continuato ad occupare l'immobile, tanto che la proprietaria era costretta a convenirla in giudizio chiedendone la condanna al rilascio, oltre al risarcimento dei danni per l'occupazione senza titolo⁵¹⁶. Il Giudice di legittimità affermava che la suocera non è

⁵¹⁴ Cass. civ. Sez. I, 11-08-2010, n. 18619, *Fam. e Dir.*, 2011, 2, p.121.

⁵¹⁵ Cass. SS. UU. n. 13603 del 2004, in, *Foro It.*, 2005, 1, p. 442.

⁵¹⁶ Il Tribunale in primo grado accoglieva la domanda della proprietaria. La Corte d'Appello confermava la sentenza affermando che, poiché la casa era stata consegnata al figlio per lo svolgimento della sua personale attività professionale, non risultava la specifica prospettiva familiare dell'utilizzazione, né a tale fine era sufficiente l'allegazione del fatto, noto alla comodante, che l'appartamento era stato comunque adibito ad abitazione familiare. La Corte di Cassazione fissava i seguenti principi.

1) Non può desumersi dall'interesse del comodatario la possibilità di utilizzare in vari modi il bene, anche quindi per finalità diverse da quella meramente professionale. L'interesse va valutato non in relazione a quello astrattamente possibile ma a quello reale che entrambe le parti avevano inteso perseguire e soddisfare. E' richiamata la regola di giudizio affermata dalle Sezioni Unite (Cass. SS.UU. n. 13603 del 2004), secondo cui "...l'effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante non può essere desunta dalla mera natura immobiliare del bene concesso, ma implica un accertamento in fatto, che postula una specifica verifica della comune intenzione delle parti attraverso una valutazione globale dell'intero contesto nel quale il contratto si è perfezionato, della natura dei rapporti tra le medesime, degli interessi perseguiti e di ogni altro elemento che possa far luce sulla effettiva intenzione di dare e ricevere il bene allo specifico fine della sua destinazione a casa familiare."

2) Non essendovi una destinazione familiare implicita nel comodato dell'appartamento, è esclusa anche l'applicazione automatica del principio per cui il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento dell'immobile da

tenuta a cedere di fronte alla pretesa di godimento esclusivo dell'immobile da parte dell'assegnataria. La pronuncia è di particolare interesse nella parte in cui, pur richiamando l'insegnamento delle Sezioni Unite, giunge alla soluzione opposta di ritenere meritevoli di tutela le ragioni del proprietario comodante a discapito di quelle della moglie assegnataria. Secondo la Corte, è infatti l'accertamento dell'effettiva comune intenzione delle parti contraenti, in ordine alla destinazione dell'immobile, la base del giudizio per stabilire il diritto a rimanere nella casa coniugale.

Il tema del rapporto tra il preesistente contratto di comodato e il successivo provvedimento di assegnazione *ex art. 155 quater c.c.*, nel giudizio di separazione o divorzio, è controverso poiché il quadro normativo è assolutamente carente sul punto. Essendo la questione molto importante per la rilevanza degli interessi coinvolti⁵¹⁷, i giudici hanno dovuto supplire al vuoto di disciplina proponendo soluzioni diverse in relazione ai casi posti alla loro attenzione.

Nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la pronuncia in composizione plenaria del 2004⁵¹⁸ rappresenta un primo approdo significativo. Essa, mirando a risolvere un conflitto di decisioni di segno opposto, ha recepito l'orientamento maggioritario,

parte dell'assegnataria. Né, per dimostrare la destinazione familiare, può essere accolta la tesi della moglie circa una sopravvenuta novazione oggettiva dell'originario contratto di comodato desumibile dal consenso tacito della suocera alla fissazione della residenza familiare, poiché il silenzio può trovare giustificazione nella mera tolleranza dell'inadempienza del comodatario (*ex art. 1804 c.c.*).

⁵¹⁷ Gli interessi contrapposti sono di particolare rilevanza per i rapporti su cui incidono. Da un lato, viene in considerazione l'interesse della comunità familiare, ed in particolare dei figli minori, alla conservazione dell'ambiente domestico costituito in costanza di matrimonio, e dall'altro, quello del proprietario del bene - di per sé estraneo alle vicende del nucleo familiare ed al contenzioso giudiziale tra i coniugi - a recuperare la disponibilità dell'immobile di cui è titolare.

⁵¹⁸ Cass. SS. UU. n. 13603 del 2004, *cit.*

innovandolo⁵¹⁹. La sentenza ha innanzitutto ribadito il principio secondo cui i limiti soggettivi ed oggettivi del provvedimento di assegnazione non consentono una compressione dei diritti vantati dal *dominus*, estraneo al contenzioso sulla separazione,⁵²⁰ con la conseguenza che la posizione giuridica del coniuge assegnatario resta

⁵¹⁹ Un orientamento minoritario della Suprema Corte riteneva che nell'ipotesi in cui l'alloggio sia stato utilizzato dai coniugi in forza di comodato senza determinazione di durata, ove sopravvenga la separazione, per risolvere le questioni che attengono alla durata del godimento, deve farsi riferimento alla disciplina propria dell'assegnazione, e non a quella dell'originario rapporto di comodato "Una volta che sia stabilito che il titolo del godimento del bene è costituito, nella specie, dal provvedimento di assegnazione della abitazione nella casa familiare, e che tale provvedimento è opponibile alle proprietarie, è nella disciplina di questo tipo di provvedimento che deve collocarsi ogni problema di determinazione del termine finale, e non invece nell'originario rapporto di comodato, posto che sia realmente esistito e cioè nel marito, nelle due qualità di comproprietario e di comodatario), che è del tutto superato dalla successiva vicenda giuridica che ha interessato lo stesso bene" (Cass. civ. Sez. I, 10-12-1996, n. 10977).

Di segno opposto, l'orientamento maggioritario (Cass. Civ., Sez. I, 3 giugno 1982 n. 3391; Cass. Civ., Sez. I, 27 maggio 1994 n. 5236; Cass. n. 2407/1998, n. 10258/1997, n. 6458/1996, n. 929/1995, n. 5236/1994, n. 1258/1993) riteneva, al contrario, che il provvedimento giudiziale di assegnazione non potesse incidere negativamente su un regolamento contrattuale preesistente, intervenuto tra un soggetto estraneo al giudizio nel quale è stata disposta l'assegnazione (cioè il proprietario dell'immobile) ed uno dei coniugi.

L'opponibilità, nei confronti del terzo titolare del diritto di proprietà, del provvedimento di assegnazione della casa al coniuge divorziato o separato, secondo le previsioni, rispettivamente, dell'art. 11 della legge 6 marzo 1987 n. 74 (modificativo dell'art. 6 della legge 1 dicembre 1970 n. 898), e dell'art. 155 *quater* c.c. c.c., riguarda solo le ipotesi in cui detta titolarità sia stata acquisita dopo l'indicato provvedimento, mentre, nel caso in cui l'acquisto della proprietà stessa sia anteriore, il relativo diritto non può essere pregiudicato dalla assegnazione (salva restando la previsione dell'art. 6 della legge 27 luglio 1978 n. 392 sul subingresso nel rapporto di locazione del coniuge assegnatario).

⁵²⁰ Cass. SS. UU. 21-07-2004, n. 13603, *cit.* Le Sezioni Unite hanno evidenziato come l'ordinamento non stabilisca una "funzionalizzazione assoluta del diritto di proprietà" del terzo proprio a tutela di quei diritti che hanno radice nella solidarietà coniugale e postconiugale, con il conseguente ampliamento della posizione giuridica del coniuge assegnatario. Il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa, idoneo ad escludere uno dei coniugi dall'utilizzazione in atto e a "concentrare" il godimento del bene in favore della persona dell'assegnatario, resta regolato dalla disciplina del comodato negli stessi limiti che segnavano il godimento da parte della comunità domestica nella fase fisiologica della vita matrimoniale.

regolata dal titolo originario e non può essere più ampia di quella del comodatario⁵²¹.

Ma la ricostruzione delle Sezioni Unite va oltre. Sul problema della legittimità dell'azione di rilascio proposta dal comodante che abbia concesso in godimento il bene, senza espresso limite di durata, il Giudice di legittimità fissa il principio secondo cui la destinazione del bene alle esigenze abitative familiari determina l'uso da cui desumere un "termine implicito" di durata del rapporto. Tale uso - destinazione non verrebbe meno in ipotesi di crisi coniugale. Da ciò l'impossibilità di far cessare il comodato esclusivamente per volontà *ad nutum* del comodante (salva la sola facoltà di questo di chiedere la restituzione per sopravvenuto urgente bisogno *ex art. 1809, secondo comma, c.c.*).⁵²² In base a tale assunto è la destinazione del bene a casa familiare che farebbe perdere quella genericità dell'uso, che legittima la cessazione *ad nutum* da parte del comodante. Per contro, l'assegnatario, al fine di tutelarsi dalla situazione di precarietà che caratterizza il comodato senza determinazione di durata, potrebbe far valere la peculiare destinazione impressa al bene, pretendendo la continuazione del godimento.

Dopo il 2004 si possono annoverare numerose pronunce di legittimità e di merito che, argomentando in termini di "durata implicita" del

⁵²¹ Nel senso che il diritto di godimento esistente sulla casa coniugale non può essere pregiudicato dall'assegnazione vedi anche Cass. 6458/1996; Cass. n. 5236 del 1994; Cass. 6804/1993.

⁵²² "Il dato oggettivo della destinazione a casa familiare, finalizzata a consentire un godimento per definizione esteso a tutti i componenti della comunità familiare, comporta che il soggetto che formalmente assume la qualità di comodatario riceva il bene non solo o non tanto a titolo personale, quanto piuttosto quale esponente di detta comunità. Per effetto della concorde volontà delle parti viene così a configurarsi un vincolo di destinazione dell'immobile alle esigenze abitative familiari idoneo a conferire all'uso cui la casa doveva essere destinata il carattere di termine implicito della durata del rapporto, la cui scadenza non è determinata, ma è strettamente correlata alla destinazione impressa ed alle finalità cui essa tende: né tale vincolo può considerarsi automaticamente caducato per il sopravvenire della crisi coniugale" Cass. SS.UU. n. 13603/2004 *cit.*

comodato, collegata alla destinazione familiare dell'immobile, confermavano sistematicamente il rigetto della domanda di rilascio proposta dal comodante⁵²³. Tra tante pronunce conformi all'insegnamento delle Sezioni Unite, merita di soffermarsi su due di esse.

La prima⁵²⁴, argomentando sul caso di una coppia separata, senza figli, comodataria dell'immobile adibito a residenza coniugale, assegnato ex art. 155 *quater* c.c., concludeva per l'obbligo di rilascio della casa a favore del proprietario. Non si ravvisava nella specie quella funzionalizzazione del bene alle esigenze abitative della famiglia perchè non c'erano figli minori da tutelare. Anche se la Corte riaffermava il principio dell'opponibilità della destinazione familiare al comodato senza termine, in funzione strumentale alla conservazione *dell'habitat* naturale della famiglia con figli,⁵²⁵ la peculiarità della sentenza è quella di essersi soffermata sulla rilevanza della effettiva destinazione dell'immobile per dirimere il conflitto dei diritti.

La seconda pronuncia⁵²⁶, invece, sempre ribadendo il principio delle Sezioni Unite sulla desumibilità di un termine implicito dalla destinazione familiare della casa concessa in comodato, conferma il

⁵²³ In senso favorevole all'orientamento del 2004 delle Sezioni Unite della Cassazione e quindi di conferma del diritto del coniuge assegnatario a rimanere nella casa familiare nonostante la pretesa di restituzione del comodante vedi: Cass. 23.3.2005 n. 6278; Cass. 6.6.2006 n. 13260; Cass. 13.2.2006 n. 3072; Cass. ord. 18.6.2008 n. 16559; App. Genova 29.5.2006; Trib Bologna 17.4.2007; Tribunale di Trani 3.5.2007; Tribunale di Genova 29.10.2007; Tribunale di Roma 8.4.2008; Tribunale di Roma 6.11.2009; Tribunale di Rovigo 1.3.2010; App. Napoli 9.6.2010.

⁵²⁴ Cass. 4 maggio 2005 n. 9253.

⁵²⁵ "Nella fattispecie non sussiste, pertanto, l'obbligo della comodante di consentire la continuazione del godimento del bene, essendo cessata, al momento della separazione dei coniugi, la destinazione di questo a casa familiare; ragion per cui non può esserle opposto il provvedimento aspecifico di autorizzazione ad abitare, emanato dal giudice della separazione al fuori della previsione e dei limiti normativi dell'articolo 155, 4 co., c.c. La ricorrente, per conseguenza, non si trova nella posizione di comodataria soggetta all'azione di restituzione da parte della comodante, ma piuttosto risulta occupare l'alloggio senza essere in possesso di alcun titolo opponibile alla titolare di diritti reali sullo stesso" (Cass. 4.5.2005 n. 9253 *cit.*)

⁵²⁶ Cass. 18 giugno 2008, n. 16559.

rigetto della domanda di restituzione del comodante, ma pone l'accento sull'ulteriore regola secondo cui, per stabilire la destinazione della casa concessa in comodato, è necessario che il giudice di merito valuti "la comune intenzione delle parti"⁵²⁷, oltre il mero fatto dell'utilizzazione del bene come casa familiare.

Per questa strada altre sentenze, le più recenti, hanno circoscritto la portata della statuizione delle Sezioni Unite, ritenendo fondato il diritto del comodante alla restituzione del bene⁵²⁸. Quelle del 2010 si collocano in questo filone che, per strade diverse, hanno accolto le ragioni del comodante.⁵²⁹

⁵²⁷ "Ove il suddetto comodato (in favore di un nucleo familiare già formato o in via di formazione) sia stato stipulato senza limiti di durata, si versa nell'ipotesi del comodato a tempo indeterminato, caratterizzato dalla non prevedibilità del momento in cui la destinazione del bene verrà a cessare. Infatti, in tal caso, per effetto della concorde volontà delle parti, si è impresso allo stesso un vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari (e perciò non solo e non tanto a titolo personale del comodatario) idoneo a conferire all'uso - cui la cosa deve essere destinata - il carattere implicito della durata del rapporto, anche oltre la crisi coniugale e senza possibilità di far dipendere la cessazione del vincolo esclusivamente dalla volontà, *"ad nutum"*, del comodante. L'individuazione del vincolo di destinazione in favore delle esigenze abitative familiari implica un accertamento in fatto, di competenza del giudice del merito, che postula una verifica della comune intenzione delle parti" (Cass. 18.6.2008 n. 16559 *cit.*).

⁵²⁸ Si tratta di pronunce di merito e di legittimità: Cass. 13.2.2007 n. 3179; Cass. 30.6.2010 n. 18619, in commento, praticamente coeva alla sentenza del 7 luglio 2010 n. 15986, Tribunale di Monza 7.6.2005; App. Genova 29. 5.2006; Tribunale di Monza 19.2.2008; Appello di Palermo 17.3.2009.

Per il diritto alla restituzione della casa concessa in comodato da un terzo vedi anche le risalenti sentenze anteriori alla pronuncia delle Sezioni Unite del 2004: Cass. Sez. III, 26 gennaio 1995 n. 929; Cass. Civ., Sez. III, 17 luglio 1996 n. 6458; Cass. Civ., Sez. III, 20 ottobre 1997 n. 10258;; Cass. civ. Sez. III, 07-01-2000, n. 74; Tribunale di Cagliari, 14 dicembre 1999; Tribunale di Cagliari, 23 febbraio 2001; Tribunale di Palermo, 13 giugno 2003, tutte nello stesso senso, "Il coniuge assegnatario della casa coniugale, utilizzata in virtù di comodato senza determinazione di durata, è tenuto a restituire l'immobile a richiesta del comodante, senza poter opporre il provvedimento di assegnazione della casa, perché la durata dell'utilizzazione dell'immobile è disciplinata dal rapporto originario di comodato e non dal provvedimento giudiziale di assegnazione".

⁵²⁹ Cass. 30.6.2010 n. 18619, *cit.*; Cass. n.159867 del 7 luglio 2010. In base a questa ultima pronuncia si fa espresso riferimento all'estinzione del comodato *ad nutum*: "poiché la convenzione negoziale in esame è priva di termine, è integrata la fattispecie del c.d. comodato precario caratterizzato dalla circostanza che la determinazione del

La soluzione della questione relativa al caso in cui il genitore o un parente mettano gratuitamente a disposizione un immobile, poi adibito a residenza familiare del beneficiario,⁵³⁰ e nel quale l'insorgenza del contenzioso di separazione induce il proprietario a chiedere al restituzione dell'immobile, pone innanzitutto un problema di qualificazione del rapporto. Se non vi sono dubbi che si tratti di comodato,⁵³¹ il punto da chiarire è però se esso sia a tempo determinato o indeterminato, considerato che le parti normalmente nulla

termine di efficacia del *vinculum iuris* costituito tra le parti è rimesso in via potestativa alla sola volontà del comodante, che ha facoltà di manifestarla *ad nutum* con la semplice richiesta di restituzione del bene, senza che assuma rilievo la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione tra coniugi, all'affidatario dei figli, come condivisibilmente affermato da questa corte regolatrice con la sentenza 10258/1997". Cass. n.159867 del 7 luglio 2010, *cit.*

⁵³⁰ Per una trattazione del tema, alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale dopo l'intervento delle Sezioni Unite con sentenza n. 13603 del 2004, vedi V.VACIRCA, *L'assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. L'opponibilità del provvedimento di assegnazione al successivo acquirente dell'immobile e al proprietario comodante*, in *Riv. Not.* 2008, p. 1433 ss.; G.CONTIERO, *L'assegnazione della casa coniugale. separazione, divorzio, convivenza more uxorio; La casa coniugale concessa in comodato: il rapporto tra i diritti del coniuge assegnatario e quelli del comodante nell'evoluzione di dottrina e giurisprudenza*, Milano 2007; E. AL MUREDEN, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante*, in *Fam. e Dir.* 2005, p. 543 ss.; E.QUADRI, *Comodato e "casa familiare": l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1439 ss.; B.LENA, *La rilevanza esterna del vincolo di destinazione a casa familiare dell'immobile concesso da un terzo in comodato: la Cassazione ritorna sui suoi passi?*, in *Fam e Dir.* 2007, p. 689 ss.

⁵³¹ Sui caratteri essenziali del comodato vedi A. LUMINOSO, voce "*Comodato*", *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1988: "Dagli artt. 1803 e 1810 c.c. emerge che il comodato è il contratto, essenzialmente gratuito, col quale una parte (comodante) consegna all'altra (comodatario) una determinata cosa mobile o immobile, affinché la stessa se ne serva e alla cessazione del rapporto la restituisca. Il codice vigente (a differenza di quello abrogato [artt. 1805 ss. c.c. 1865]) ricomprende espressamente nello schema di questo negozio anche il c.d. precario (gratuito), che ormai altro non è, legislativamente, se non un comodato senza determinazione di durata (art. 1810 c.c.). La legge, conformemente alla tradizione, configura il comodato come un contratto reale, contrassegnato dalla funzione (tipica) di realizzare un'attribuzione del godimento di cosa di specie a beneficio dell'accipiente, senza un corrispettivo a carico di questo. Attribuzione alla cui base sta un intento liberale del tradente che, normalmente, muove da ragioni di cortesia, amicizia, favore o riconoscenza. Di qui il carattere di «rapporto di fiducia» che la dottrina suole ravvisare nel comodato, o, quanto meno, il rilievo che riveste in esso la persona del comodatario (c.d. *intuitus personae*)".

stabiliscono sulla durata. La fattispecie evoca certamente lo schema del “comodato precario” disciplinato dall’art. 1810 c.c., norma dettata per il caso in cui non sia stato convenuto un termine, né questo risulti dall’uso, e che prevede l’estinzione del diritto di godimento per volontà unilaterale del comodante, su sua richiesta *ad nutum*⁵³². A tale qualificazione hanno mostrato di accedere le numerose pronunce della Cassazione, anteriori a quella delle Sezioni Unite del 2004, statuendo a favore dell’obbligo di riconsegna al comodante⁵³³. Dopo l’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite del 2004, tuttavia, non è più pacifico ricondurre la fattispecie *de qua* al comodato precario per il semplice fatto che non è convenuto un termine per la restituzione. Come evidenziato, la scadenza, pur non essendo espressamente determinata, è quindi determinabile *per relationem*, in quanto correlata alla destinazione impressa al bene⁵³⁴. Conseguentemente il regime dell’estinzione del rapporto non è quello dell’art. 1810 c.c., ma quello dell’art. 1809 c.c., per cui la cessazione dipende o dalla fine dell’uso convenuto o da un sopravvenuto urgente bisogno del concedente. Rispetto a tale assunto, quanto statuito dalla Suprema Corte nel 2010⁵³⁵ rappresenta un passo avanti nella parte in cui precisa che il termine di durata del comodato non deriva necessariamente dalla destinazione familiare dell’immobile, ma deve essere ricavato in base alla comune intenzione delle parti e all’effettiva portata dell’accordo⁵³⁶, nel momento

⁵³² Poiché si ritiene prevalentemente che l’indicazione di un termine di durata non sia elemento essenziale del contratto in parola, il comodato precario è considerato un particolare tipo della categoria generale *ex art. 1803 e ss. c.c.*

⁵³³ Per l’individuazione delle sentenze, vedi precedente nota n. 13.

⁵³⁴ Così Cass. SS. UU. n.13603/2004 *cit.*

⁵³⁵ Cass. civ. Sez. I, 11-08-2010, n. 18619, *cit.*

⁵³⁶ “In quanto contratto reale, il comodato, sotto il profilo strutturale, risulta dalla somma dell’accordo dei soggetti negoziali e dalla consegna della cosa. L’*iter formativo* dell’accordo segue, evidentemente, le regole ordinarie di cui agli artt. 1326 ss. c.c. Il comodato è contratto a forma libera. Anche quando abbia ad oggetto il godimento di beni immobili per una durata superiore a nove anni, non è soggetto, per la sua

genetico del rapporto, che si perfeziona con la consegna, devono di volta in volta chiarire la reale volontà di destinazione⁵³⁷.

L'accertamento in concreto della effettiva volontà di destinazione del bene ad abitazione familiare - che non si può desumere semplicemente dalla natura immobiliare del bene- deve tenere in considerazione tutti gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie⁵³⁸, come la natura dei rapporti fra le parti, nonchè l'uso effettivamente convenuto e caratterizzante la fase iniziale del rapporto. Seguendo tale impostazione la Cassazione nel 2007 aveva affermato il diritto della società comodante a conseguire la restituzione dell'immobile adibito a casa familiare dal proprio amministratore unico, valutando come significativa l'assenza di un vincolo di parentela tra comodante e comodatario⁵³⁹. In base a tale dato oggettivo si era escluso che le parti avessero inteso sottoporre il diritto alla restituzione dell'immobile ad un

validità, a forma scritta costitutiva, poiché nessuna norma di legge (v. in particolare l'art. 1350 c.c.) prevede per tale ipotesi la forma vincolata (Cass., 23.2.1981, n. 1083, in *Foro it. Mass.*, 1981, 239). Di conseguenza, anche il comodato immobiliare può essere provato per mezzo di testimoni e per presunzioni (Cass., 25.6.1977, n. 2732, in *Foro it. Rep.*, 1977, voce *Comodato*, n. 2)". A.LUMINOSO, *op. cit.*

⁵³⁷ Ai fini della valutazione della comune intenzione delle parti e della reale destinazione del bene, devono venire in considerazione elementi sia oggettivi (ad esempio l'uso professionale, commerciale o abitativo), sia soggettivi (il soggetto o i soggetti che acquistano il diritto personale di godimento del bene).

⁵³⁸ La sentenza n. 18619/2010 in commento fa espresso richiamo al principio fissato dalla sentenza n. 13603 del 2004, a Sezioni Unite, cit.: "...l'effettività della destinazione a casa familiare da parte del comodante non può essere desunta dalla mera natura immobiliare del bene concesso, ma implica un accertamento in fatto, che postula una specifica verifica della comune intenzione delle parti attraverso una valutazione globale dell'intero contesto nel quale il contratto si è perfezionato, della natura dei rapporti tra le medesime, degli interessi perseguiti e di ogni altro elemento che possa far luce sulla effettiva intenzione di dare e ricevere il bene allo specifico fine della sua destinazione a casa familiare."

⁵³⁹ La sentenza della Cassazione n. 3179 del 13 febbraio 2007 aveva affrontato il caso dell'abitazione concessa in comodato da una società di capitali al proprio amministratore unico.

termine implicito legato all'insediamento della famiglia del comodatario⁵⁴⁰.

Quanto all'uso, se il comodante consegna l'immobile perché il comodatario se ne serva per la sua professione, esiste, in quanto dimostrato, un dato decisivo per escludere quella destinazione familiare da cui desumere un termine implicito di durata. Seguendo tale prospettiva, appare corretta la decisione della Cassazione⁵⁴¹ laddove ha confermato il diritto della comodante ad ottenere la restituzione dell'immobile nel quale vivevano i nipoti, dando rilievo al fatto oggettivo che il bene era stato concesso in comodato al figlio prima del matrimonio e per adibirlo ad uso "eminentemente professionale"⁵⁴².

Sul piano soggettivo, non può prescindere dal fatto che il comodato ha natura di "rapporto di fiducia", considerato il rilievo che riveste in esso la persona del comodatario (c.d. *intuitus personae*)⁵⁴³. Ciò che infatti giustifica il divieto di subcomodato, a meno che il comodante, ritenendo sussistenti il presupposto della "fiducia" anche in capo al terzo, ne autorizzi il godimento. Se quindi il comodante avesse messo a disposizione l'immobile perché il giovane figlio, privo di risorse proprie, ivi stabilisse la dimora, il successivo godimento del bene anche

⁵⁴⁰ Tale decisione dissonante del 2007 ha indotto parte della dottrina a ritenere che la Cassazione avesse fatto un passo indietro rispetto alla soluzione delle Sezioni unite. In questo senso vedi: B.LENA, *La rilevanza esterna del vincolo di destinazione a casa familiare dell'immobile concesso da un terzo in comodato: la Cassazione ritorna sui suoi passi?*, in *Fam e Dir.* 2007, cit.; E. AL MUREDEN, *Limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, 1275.

⁵⁴¹ Cass., 30 giugno 2010, n. 18619, cit.

⁵⁴² Per superare la ricostruzione in questi termini della comune intenzione delle parti, la resistente nell'azione di rilascio aveva prospettato senza successo la sopravvenuta novazione oggettiva dell'originario contratto di comodato, desumibile dal consenso tacito della comodante alla modifica dell'iniziale consentito uso in quello a casa familiare. La Corte, a parte il rilievo di tardività della difesa, aveva valutato il silenzio serbato dalla comodante a fronte del diverso uso, come mera tolleranza dell'inadempimento del comodatario (ex art. 1804 c.c.).

⁵⁴³ Per la qualificazione del contratto come rapporto fiduciario *intuitus personae* vedi A. LUMINOSO, op. cit.; M. FRAGALI, *Del comodato*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 1754 1812.

da parte del terzo, la compagna o la moglie del comodatario, dovrebbe a rigore essere autorizzato. In mancanza, se l'autorizzazione del comodante non risulta da fatti concludenti⁵⁴⁴ ma è al contrario dimostrata una sua opposizione all'occupazione da parte di un soggetto diverso da quello dell'accordo originario, non pare si possa escludere l'applicabilità dell'ulteriore causa di estinzione di cui all'art. 1804 c.c.⁵⁴⁵. In conclusione, il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare (art. 155 *quater* c.c.) non può incidere negativamente ed direttamente su una situazione giuridica che già appartiene ad un soggetto estraneo al giudizio di separazione. Poiché non esiste una "funzionalizzazione assoluta del diritto di proprietà del terzo a tutela dei diritti che hanno radice nella solidarietà coniugale o postconiugale"⁵⁴⁶, il nuovo titolo di godimento di fonte giudiziale "resta modellato" nel suo contenuto dalla disciplina di quello negoziale anteriore⁵⁴⁷. Nel conflitto tra il comodante e l'assegnatario dovrà quindi applicarsi il regime del contratto di comodato, disciplinato e ricostruito

⁵⁴⁴ Quale ad esempio un accordo di gestione dell'immobile (spese, manutenzione ecc...) tra suocera e nuora.

⁵⁴⁵ In base all'art. 1804 c.c., se il comodatario concede al terzo il godimento senza il consenso del comodante, questo può chiedere l'immediata restituzione della cosa, oltre al risarcimento del danno.

⁵⁴⁶ Sulla funzione del provvedimento di assegnazione della casa familiare vedi Corte Cost. n. 454 del 1989 e per tutte Cass. n. 12309 del 2004: "l'assegnazione della casa familiare è finalizzata all'esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a permanere nell'ambiente domestico in cui è cresciuta". Non può essere disposta allo scopo di sopperire alle esigenze economiche del coniuge più debole, a garanzia delle quali sono destinati unicamente gli assegni previsti dalla legge, onde la concessione del beneficio in parola resta subordinata all'imprescindibile presupposto dell'affidamento di figli minori o della convivenza con figli maggiori economicamente non autosufficienti. "Laddove, nell'ipotesi in cui l'alloggio appartenga in proprietà a uno solo dei coniugi e manchino figli con i requisiti suddetti, il titolo di proprietà vantato da quest'ultimo preclude ogni eventuale assegnazione dell'immobile all'altro, rendendo poi ridondante e superflua qualsivoglia pronuncia di assegnazione in favore del coniuge proprietario". Sul connotato esistenziale del bene casa coniugale e sui motivi del radicamento del conflitto in materia vedi E. ANDREOLA, *Trascrivibilità della domanda giudiziale di assegnazione della casa coniugale*, in *Riv. Not.* 2008, p. 1193 ss.

⁵⁴⁷ Cass., SS. UU, n. 13603/2004 cit. I precedenti conformi sono: Cass. 1998 n. 2407; 1997 n. 10258; 1996 n. 6458; 1995 n. 929; 1994 n. 5236; 1993 n. 1258; 1982 n. 3391.

secondo la comune intenzione delle parti, anche con riferimento alla cause di estinzione a seconda della diversa qualificazione del rapporto (*sub* art. 1810 o *sub* art. 1809 c.c.). Di conseguenza, il beneficiario-assegnatario dell'assegnazione può conservare il godimento della casa se ed in quanto il precedente comodato non sia già estinto o non possa essere estinto.

Thesis abstract

Judicial Control of Private Autonomy in Separation and Divorce

The theme herein examined is that of the discipline of estate relationships between spouses during the breakdown phase of marriage, when the interest in settling the state of the personal separation or mending the effects of marriage dissolution arises.

Beginning from the consideration that in our system separation and divorce are necessarily obtained through recourse to the judicial authority, the investigative perspective must therefore be that of verifying the relationship between the controlling power of the judge and the spouses' power over their own estate. In other words, the said research intends to identify the limits of spousal private autonomy with respect to the judicial intervention.

Following such logic, the basis of the norms upon which rests the actors' right to establish contractual agreements that define the crisis itself is examined. Moreover, a brief survey of the civil code norms is permitted, norms which recognise the great availability spousal power in the healthy phase of marriage, as well as reference to the new constitutional foundation of the family, which continues to designate greater space to the forming of contractual agreements in the family sphere.

It also became apparent that if the necessary location for the autonomous negotiations of the spouses is the trial, this depends on the fact that in our system, notwithstanding attempts by the doctrine to substantiate its validity, prenuptial agreements are not permitted, that is, agreements between spouses intended to privately and pre-emptively order the effects of separation and divorce. Unlike Common Law Countries which allow prenuptial agreements in contemplation of divorce, the Italian Supreme Court declares them null and void for reason of unlawful cause. For this reason, all legislative proposals that advocate such an

introduction of prenuptial agreements with modification to the civil code have been examined.

The investigation of the relationship between judicial control and private autonomy of the spouses has been articulated in two sections.

The first develops the theme while considering the situation in which, despite being in conflict with one another, the spouses reach a consensual separation (or divorce in the case of a combined request). Once the function and structure of the particular proceedings related to separation and divorce have been clarified (necessary elements of the *status*), associated with the essential characteristic of being voluntary judicial proceedings, one reaches the first conclusion which is that in this setting the margins of private autonomy externalisation are very broad. For this reason, they are permitted to establish real and proper contracts, conferring or establishing rights with which one carries out estate settlement directed towards regulating the rights and obligations which arise from separation and divorce. In this setting particular focus was given to the agreements deriving from real estate conveyances (or the establishment of property rights), both between the spouses as well as for the benefit of minor children, confronting problems related to the formal appropriateness of the separation record, and its appropriateness in constituting title for the deed registration. Other than the formal aspect the more complex theme of the causal justification of the conveyances and the assignments between spouses in the trial setting was examined. The doctrinal contributions to the notion of cause of contract, even in the light of the most recent theories were analysed, as well as the jurisprudence standing, one which has finally recognized an anonymity under the causal profile in such a conferment. The generally notable matter within the discipline which is connected to this particular case is present under the fiscal profile as well, that being the facilitation of applicable taxation dependent on the link between the acts of title conferment and transfer, and the “cause of divorce and separation”.

Aside from looking at the acts of title conferment and transfer, the research has pondered other types of negotiation acts and other institutions used to define the crisis with the aim of guaranteeing the fulfillment of alimony and child support obligations. Divorce Court decrees which brought acts such as the *ex art. 2645 ter c.c.* into effect were examined, on the presumption that the foundation of the obligation correspond to the interests of worthy expenses. Attempts have also been made to explain the reasons for which the estate fund institution 167 c.c., despite displaying ties relating to real estate, registered property and credit documents in the interest of the family, is insufficient in satisfying the needs that arise in the breakdown phase of marriage. One needs only think of the fact that the fund ceases with the divorce and that even if it does not dissolve with the separation it remains difficult to ponder joint spousal administration with the best interests of the family in mind, a family which is suffering conflict at such a point of disintegration.

Upon these bases the institution of the trust in common law has also been examined, one through which the settlor transfers the title of goods to a trustee who administers and manages it in the interest of a beneficiary. The trustee thus becomes the owner, whose ownership of the conferred goods in trust remains separate and unaffected by the executive actions of the personal creditors of the trustee. A situation arises in which the formal owner is the trustee, while the corresponding rights to the property are held by the beneficiary. These essential characteristics always increasingly justify the undertaking of the institution in the area of family crises in which the duty to deliver could be functional both for the obligation of alimony payments, as well as for guaranteeing the habitable destination of the family property in the interests of the children. Even with reference to the act of constitution of the trust the judge explains its control function while evaluating the respect for the imperative norms of domestic law at the time of constitution.

The second part of the research is instead concentrated on the hypothesis that when the spouses in conflict do not reach an agreement on the definition of the estate relationships between them, the judge must adopt all the measures of

which art. 155 speaks: custody; support (for the children as well as for the spouse). In this case the judicial protection of rights expands to define every necessary and relevant question with regards the new separation regime of the family is dissolution. The measures of judicial authority are adopted according to the mechanisms of contentious proceedings, and are subject to the rules of customary procedure after an initial judge-presided phase that allows for the adoption of temporary and urgent measures that remain in place until the final decision is made.

Given the juridical and social relevance of the 'family home', the research has concentrated in particular on the presumptions, nature and the effects of the measures regarding the assignment of the spousal home in the case of legal separation, *ex art. 155 quater cc.*. Since it is a measure with the function of protecting the minors in custody, and is of a financial nature, its indirect effects on the regulation of the economic relationship between the parents by the judge in the contentious separation have been considered.

Lastly, with the prospect of verifying the relationship between judicial protection of the family home and the negotiating power of the property's legal owner, apart from the particular case in which the deed of assignment intervenes following the conferment – a case which is resolvable according to the rules of registration – the problems related to the efficiency of the legal assignment with respect to the legal relationships already in existence for the house that is used as the family residence have been examined. The common hypothesis is that of the house being ceded on loan by the parents who are legal owners to the child while they live with the family. However, a crisis then emerges and so contentious separation proceedings occur and the judge assigns the wife exclusive enjoyment of the property since she holds custody of the minor child *ex art. 155 quater c.c.*. The theme has been confronted on the basis of the most recent guidance of the Supreme Court after the intervention of United Sectors in 2004.

IL CONTROLLO GIUDIZIALE DELL'AUTONOMIA PRIVATA NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO

Esposizione riassuntiva.

Il tema esaminato è quello della disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi nella fase patologica del matrimonio, quando sorge l'interesse a regolare lo stato di separazione personale o a sistemare gli effetti dello scioglimento del matrimonio.

Si parte dalla considerazione che nel nostro sistema la separazione e il divorzio si ottengono necessariamente mediante ricorso all'autorità giudiziaria e che quindi la prospettiva di indagine non può che essere quella di verificare il rapporto tra il potere di controllo del giudice e il potere di disposizione dei coniugi sul proprio patrimonio. In altri termini, la ricerca ha voluto individuare i limiti dell'autonomia privata dei coniugi rispetto all'intervento giudiziale.

In questa logica, premessa una breve ricognizione delle norme del codice civile che riconoscono un ampio potere di disposizione dei coniugi nella fase fisiologica del matrimonio, nonché un richiamo al nuovo fondamento costituzionale della famiglia, che accorda sempre maggiori spazi alla libera contrattazione in ambito familiare, si sono esaminate le basi normative su cui poggia il diritto dei protagonisti della crisi a porre in essere accordi contrattuali per definire la crisi stessa.

Si è inoltre evidenziato che se la sede necessaria dell'autonomia negoziale dei coniugi è il processo, dipende dal fatto che nel nostro ordinamento, nonostante tentativi della dottrina di accreditarli, non sono ammessi i patti prematrimoniali, ovvero quei contratti tra coniugi volti a sistemare preventivamente e privatamente gli effetti della separazione e del divorzio. Diversamente dai Paesi di *common law* che ammettono i *Prenuptial Agreements in contemplation of divorce*, la Corte di Cassazione in Italia li sanziona con la nullità per illiceità della causa. Per questo, sono

state esaminate tutte le proposte di legge che ne auspicano l'introduzione con modifica del codice civile.

L'indagine sul rapporto tra controllo giudiziale e autonomia privata dei coniugi si è articolato in due parti.

La prima, sviluppa il tema considerando lo scenario in cui, pur nel conflitto, i coniugi giungono ad una separazione consensuale (o al divorzio a domanda congiunta). Chiarita la funzione e la struttura dei giudizi speciali di separazione e di divorzio (costitutivi necessari dello *status*), accomunati dalla caratteristica essenziale di essere procedimenti di giurisdizione volontaria, si giunge alla prima conclusione che, in questa sede, i margini di estrinsecazione dell'autonomia privata dei coniugi sono molto ampi. Per questo motivo, è loro consentito di porre in essere veri e propri contratti, trasferimenti o costituzione di diritti, con cui si attua una sistemazione patrimoniale volta a regolare i diritti e i doveri che nascono dalla separazione e dal divorzio. In questo quadro, sono stati esaminati in particolare gli accordi che prevedono trasferimenti immobiliari (o la costituzione di diritti reali immobiliari), sia tra coniugi, sia a favore della prole minorenni, affrontando i problemi legati all'idoneità formale del verbale di separazione, e della sua idoneità a costituire titolo per la trascrizione. Oltre all'aspetto formale è stato però affrontato il tema più complesso della giustificazione causale dei trasferimenti e delle attribuzioni tra coniugi nella sede processuale. Sono stati analizzati i contributi dottrinali sulla nozione di causa del contratto, anche alla luce delle teorie più recenti, nonché la posizione della giurisprudenza, la quale è giunta da ultimo a riconoscere a tali attribuzioni un'autonomia sotto il profilo causale. La questione generalmente rilevante sotto l'aspetto della disciplina sostanziale applicabile alla fattispecie, rileva anche sotto il profilo fiscale, essendo l'agevolazione tributaria vigente dipendente dal collegamento degli atti traslativi alla "causa di separazione o divorzio".

Oltre che su gli atti traslativi, la ricerca si è soffermata su altre tipologie di atti negoziali e istituti impiegati per la definizione della crisi con la finalità di garantire l'attuazione degli obblighi contributivi di

mantenimento. Sono stati quindi esaminati decreti di omologazione del Tribunale della separazione che hanno reso efficaci atti di destinazione *ex art. 2645 ter c.c.* sul presupposto che la costituzione del vincolo corrispondesse a degli interessi meritevoli di tutela. Si è cercato anche di spiegare le ragioni per cui l'istituto del fondo patrimoniale 167 c.c., che pure realizza un vincolo di destinazione relativamente a beni immobili, mobili registrati e titoli di credito, nell'interesse della famiglia, sia insufficiente a soddisfare le esigenze che si manifestano nella fase patologica del matrimonio. Si pensi solo al fatto che il fondo cessa con il divorzio e che, anche se non si scioglie con la separazione, resta difficile pensare ad un'amministrazione comune dei coniugi, in conflitto, nell'interesse di una famiglia che oramai si è disgregata.

Su queste basi si è esaminato anche l'istituto del *trust*, di *common law*, mediante il quale un *settlor* trasferisce la proprietà di un bene ad un *trustee* che lo amministra e gestisce nell'interesse di un terzo *beneficiary*. Proprietario diventa quindi il *trustee*, rispetto al cui patrimonio i beni conferiti in trust rimangono separati e insensibili alle azioni esecutive dei creditori personali del *trustee*. Si crea una situazione per cui il proprietario formale è il *trustee* mentre i diritti corrispondenti al diritto di proprietà spettano al *beneficiary*. Queste caratteristiche essenziali giustificano sempre di più l'impiego dell'istituto nell'ambito della crisi familiare in cui il vincolo di destinazione può essere funzionale sia all'obbligo di pagamento dell'assegno di mantenimento, sia a quello di garantire la destinazione abitativa dell'immobile familiare nell'interesse dei figli. Anche con riferimento all'atto istitutivo del *trust* il giudice esplica la sua funzione di controllo valutando, in sede di omologazione, il rispetto delle norme imperative di diritto interno.

La seconda parte della ricerca si è invece concentrata sull'ipotesi in cui i coniugi in conflitto non raggiungono alcun accordo sulla definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi e il giudice deve adottare tutti i provvedimenti di cui all'art. 155: affidamento; mantenimento (per i figli e per il coniuge). In questo caso, la tutela giudiziale dei diritti si "espande"

per definire ogni questione necessaria e relativa al nuovo regime patologico della famiglia in dissoluzione. I provvedimenti dell'autorità giudiziaria vengono adottati secondo i meccanismi di un procedimento contenzioso, soggetto alle regole del rito ordinario, dopo una prima fase presidenziale che consente l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti efficaci fino alla pronuncia finale.

Data la rilevanza giuridica e sociale del bene "casa familiare", la ricerca si è in particolare concentrata sui presupposti, natura ed gli effetti del provvedimento di assegnazione della casa coniugale in ipotesi di separazione giudiziale, *ex art. 155 quater c.c.*. Poiché si tratta di un provvedimento in funzione di tutela della prole minorenni affidataria, di contenuto economico, si sono considerati i suoi effetti "indiretti" nella "regolazione dei rapporti economici tra i genitori" operata dal giudice nella separazione contenziosa.

Infine, nella prospettiva di verificare il rapporto tra tutela giudiziale della casa familiare e il potere negoziale del titolare del diritto di proprietà sul bene, oltre alla fattispecie in cui l'atto disposizione interviene successivamente all'assegnazione -caso risolvibile secondo le regole della priorità della trascrizione- si è esaminato il problema dell'efficacia dell'assegnazione giudiziale rispetto ai rapporti giuridici già costituiti sulla casa utilizzata come residenza della famiglia. L'ipotesi, molto frequente, è quella della casa concessa in comodato dai genitori proprietari dell'immobile al figlio affinché ci viva con la famiglia, nella quale però sopravviene la crisi, si apre un procedimento contenzioso di separazione e il giudice attribuisce, *ex art. 155 quater c.c.*, alla moglie il godimento esclusivo in quanto affidataria della prole minorenni. Il tema è stato affrontato sulla base dell'orientamento più recente della Corte di Cassazione dopo l'intervento a Sezioni Unite nel 2004.

BIBLIOGRAFIA

- AL MUREDEN E. *Limite al diritto alla restituzione della casa familiare in comodato: vincolo di destinazione del bene o nuovo vincolo di solidarietà nella famiglia?* In *Nuova Giur. Civ.Comm.*, 2007, I, 1275.
- AL MUREDEN E. *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante*, in *Fam. e Dir.* 2005, p. 543 ss..
- AL MUREDEN E. *Casa familiare in comodato: il proprietario ha diritto alla restituzione ad nutum*, in *Fam. e Dir.* 2010, p. 1089.
- ALPA G. e FERRANDO G. *Quaestio*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, .
- AMADIO G. *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996.
- AMBROSOLI M. *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte, nota Cass. del 24.3.2006 n. 6631*, in *Contratti*, 2006, 12, p. 1085
- AMENTA G. *Coabitazione e convivenza*, in *Studi in memoria di Costa*, Milano, 1982.
- ANDRINI M.C. *Il nuovo diritto di famiglia Europeo*, Padova 2007, p. 31 ss.
- ANDRINI M.C. *I regimi patrimoniali della famiglia*, a cura di M. BESSONE, in *Casi e questioni di diritto privato per la pratica notarile*; Milano, 1995, Parte I, p. 120 ss.
- ANGELONI F. *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Milano 1997.
- ARANGIO F. *Voce Transazione*, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1994.
- ARCERI A. *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto al ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica, nota a Cass. 8.5.11488*, in *Fam. e Dir.*, 2008, 12, p. 1117.
- ARRIGO T. *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, in *separazione e divorzio*, diretto da G. Ferrando, in *Giur. Sist. Civ. e comm.* Fondata da W. Bigiavi., Torino 2003, p. 709 ss.
- AULETTA T. *Il diritto di famiglia*, Torino, 1993, p. 208.
- AULETTA T. *Il fondo patrimoniale*, in *Commentario al codice civile dir.* da P. Schlesinger, Milano, 1992.
- AULETTA T. *Il diritto di famiglia*, Torino 2006, pag. 7-18.
- AULETTA T. *Misure (civili) contro la violenza nelle relazioni familiari: ipotesi ricostruttive della legge n. 154/2001*, in *Fam. e Dir.* 2003, p. 294 ss..
- AULETTA T. *Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Commentario diretto da G. GABRIELLI, Della famiglia*, Torino 2010.
- AULETTA T. *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 66.
- AULETTA T. *Il fondo patrimoniale*, Milano, 1990, p. 211;

BIBLIOGRAFIA

- AULETTA T. *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. Dir. fam.* A cura di G. Bonilini-G. Cattaneo, vol. II, Torino, 1997, p. 343 ss..
- AZZOLINA U. *La separazione personale di coniugi*, Torino 1966, p. 225 ss.
- BALENA G. *Le riforme più recenti del processo civile*, Taranto 2006 p. 425 ss.
- BALESTRA L. *Commentario del codice civile. Della famiglia, sub art. 210 c.c., p. 246.*, UTET- Milano 2010.
- BALESTRA L. *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corriere giur.*, 2000, 1021.
- BARASSI L. *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè Milano 1941, p. 1 ss.
- BARBAGLI M. *La scelta del regime patrimoniale*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 1055.
- BARBALUCCA V. *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Milano 2012, p. 78..
- BARBIERA L. *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna 1993, p.65.
- BARBIERA L. *Il Divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 331.
- BARBIERA L. *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna 1988, p. 85.
- BARBIERA L. *Conservazione del tenore di vita coniugale e decisione del coniuge obbligato all'assegno di cessare l'attività professionale*, (nota a Cass. 4 aprile 2002 n. 4800) in *Giur. It.* 2003, I, p. 686.
- BARBIERA L. *I diritti patrimoniali dei separati e divorziati*, Bologna 2001, p. 17.
- BARBIERA L. *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971 p. 331.
- BARGELLI E. *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi conclusi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 303.
- BARGELLI E. ...nota Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704.
- BARGELLI E. -BUSNELLI F.D. *Voce Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano 2000, p. 436 ss.
- BARTOLI S. *Il problema della conversione del fondo patrimoniale in trust: osservazioni a margine di due recenti vicende giudiziarie*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2003, p. 387.
- BASILAVECCHIA M. *Profili eccentrici di soggettività passiva nell'ICI: l'utilizzatore nel leasing, i concessionari demaniali, il diritto di abitazione, il fallimento l'eredità giacente*, in *Fin. Loc.*, 2004, n. 2, 74.

BIBLIOGRAFIA

- BASILAVECCHIA M. Voce *Imposta comunale sugli immobili*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano p. 669 ss.
- BASINI G.F. *I provvedimenti relativi alla prole*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile diretto da Schlesinger, Milano 2004, p. 689 ss.
- BATTELLI V. *Il collegamento negoziale occasionale*, nota a Cass. civ. Sez. II, 27-03-2007, n. 7524, in *Ccontratto e impresa*, 2008, 2, p. 132.
- BECCARO A. *I procedimenti camerali nel diritto di famiglia*, Milano 1999, p. 9 ss.
- BESSONE M. *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 278 e ss..
- BESSONE M. *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, BRANCA G. -Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, 1 ss.
- BESSONE M.- FERRANDO G. *Regime della filiazione naturale, parentela naturale famiglia di fatto*, in *Dir. Fam e Pers.* 1979, 1318 s.
- BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960 p. 173 – 182 ss.
- BIANCA C. M. *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898*, in *Comm. Dir. It. Della Fam.* a cura di Cian Oppo Trabucchi, VI, I, Padova, 1993, p. 359.
- BIANCA C.M. *Diritto civile, II Famiglia e successioni*, Milano 2005, p. 145.
- BIANCA C.M. *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano 2001, p. 4, 198, 218, 259.
- BIANCA C.M. *La famiglia. Le successioni, II*, Milano, 1993.
- BIANCA C.M. *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 1981, p. 159.
- BIANCA C.M. *Diritto civile, Il contratto, III*, Milano 2001, p. 447 ss.
- BIANCA M. *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 197 ss. e ID., *Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 189 ss.;
- BITONTI I. *Nota a decreto 2 settembre 2008*, Tribunale di Padova, in *Trust e attività fiduciarie*, 2008, p. 628;
- BONILINI G. *Manuale di diritto di famiglia*, Torino 1998, p. 210.
- BONILINI G. *Nozioni di diritto di famiglia*, Torino, 1992, p. 126.
- BONILINI G. *Gli effetti della sentenza di divorzio sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, *sub art. 149 c.c. e l. 1 dicembre 1970 n. 898*, Giuffrè Milano, 2004. p. 485 ss.
- BRIENZA A. *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. notar.*, 1990, p. 1409 ss.;

BIBLIOGRAFIA

- BRIGULIO M. Separazione personale dei coniugi (diritto civile), in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XVII, 1970, p.13.
- BUCCHI M. *Separazione consensuale e trust a garanzia del mantenimento dei figli in Trusts e attività fiduciarie*, 2012, p. 11.
- BUFFA A. *Il diritto di abitazione sulla casa coniugale*, Piacenza 2003, p.222.
- BUZZELLI D. *Contratto di transazione e rapporti di famiglia*, nota a sent.Cass. 12.5.1994, n. 4647, in *Nuova Giur. Civ.*, 1995, I, p. 882.
- CAPECCHI M. *I limiti allo scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale*, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 67.
- CAPOZZI G. *L'assegno periodico al coniuge divorziato*, *Dir. e Giur.* 1971, p. 178.
- CARBONE V. *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, nota a Cass. 4.6.1992 n. 6857, in *Corriere Giur.*, 1992, p. 863.
- CARBONE V. *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, nota a sent. Cass. 22 gennaio 1994 n. 657, in *Fam. e Dir.*, 1994, p. 141 ss.
- CARBONE P. *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 622.
- CARBONE V. *Revocatoria fallimentare: diritto di abitazione*, in *Il Corriere Giuridico*, 2006, p. 757.
- CARBONE V. *Natura personale e non reale del diritto sulla casa familiare*, nota a sent. Cass. civ. 27 febbraio 1998, n. 2170, in *Fam. e Dir.*, 1998, p. 119.
- CARBONE V. *E' sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?* in *Fam. e Dir.*, 2001, 2, p. 128.
- CARNELUTTI F. *Separazione per accordo tra i coniugi*, in *Riv. Dir. Priv.* 1936, II, p.153.
- CARRARO L. *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1975, I, p. 105.
- CARRASI E. *Paga l'ICI il coniuge separato proprietario di abitazione familiare*, in *Corriere Tributario*, 2005, n. 45, 3561.
- CARRESI F. *Del fondo patrimoniale*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di G. Cian-G. Oppo-A. Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 43 ss.
- CASABURI G. *Separazione consensuale dei coniugi ed accordi patrimoniali atipici tra i coniugi: ammissibilità ed impugnazione*, nota a Cass. 22.11.2007, in *Fam. e Dir.* 2008, p. 450.
- CASSANO G. *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *I Contratti*, 2001, p. 1161 ss.
- CATTANEO G. *La nuova legge sul divorzio*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 230 ss.
- CECCHERINI A. *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano 1996, p. 362.
- CECCHERINI G. *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999.

BIBLIOGRAFIA

- CECCHERINI G. *Separazione consensuale e contratti tra i coniugi*, in *Giust. Civ.*, III, 1996 p. 185.
- CENNI M. L. *Il fondo patrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da P. Zatti, vol. III. Milano, 2002, p. 551 ss.
- CEOLIN M. *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, p. 96.
- CERDONIO CHIAROMONTE G. *Transazione e solidarietà*, Padova 2002, p. 29.
- CHECCHINI A. *Collegamento tra negozi a prestazioni corrispettive e nullità per mancanza di causa*, in *Il Fisco*, 2006, p. 19.
- CHECCHINI A. *Regolamento contrattuale e interessi delle parti. (Intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. Civ.* 1991, p. 229-255.
- CHECCHINI A. *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. Civ.*, 1976. p. 255-317.
- CHIOVENDA G. *Istituzioni di diritto processuale*, Roma, 1935.
- CIAN G. - CASAROTTO G. *Voce Fondo patrimoniale della Famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. III, Torino, 1983, p. 838.
- CIANCI A. *Gli ordini di protezione familiare*, in *Familia (Quaderni)*, 2003.
- CICU A. *Il diritto di famiglia*, Roma 1914, p. 33- 244.
- CICU A. *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1939; *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice civile*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, p. 145-155; *Il concetto di status*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, p. 181-197.
- CICU A. *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. Trim. di Dir. e proc. civ.* 1955, 1-24.
- CIPRIANI F. *Sull'audizione dei coniugi nel procedimento camerale di divorzio*, nota a Trib. Verona 2.4.1988, in *Foro It*, 1988, I, 2391.
- CIPRIANI F. *La riforma dei processi di divorzio e di separazione*, in *Riv. Dir. priv.* 1988, p. 419.
- CIAN G. - CASAROTTO G. *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, III, Torino, 1982, p. 825 ss.
- COLOMBO C. *Voce Contratti collegati*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1988.
- COMPORTI M. *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.* 1995, V, p. 105.
- COMPORTI M. *Abitazione e famiglia*, in *Studi Senesi*, Milano, 1983, p. 39.
- CONDÒ G.F. *Ancora sulle attribuzioni immobiliari nella separazione e nel divorzio*, in *Vita not.*, 1990, p. 1425.

BIBLIOGRAFIA

- CONSOLO C. *Commentario al Codice di Procedura Civile*, sub art. 69 e 113 c.p.c., Milano 2007.
- CONTE G. *I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione*, in *Fam. e dir.* 2004, p. 473.
- CONTIERO G. *L'assegnazione della casa coniugale. separazione, divorzio, convivenza more uxorio, dalla Riforma del diritto di famiglia alla Legge sull'affidamento condiviso*, Milano 2007.
- COPPOLA C. *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in *Lo Scioglimento del matrimonio*, Commentario al codice civile Schlesinger, sub art. 149 c.c. e l. 1 dicembre 1970 n. 898, Giuffrè Milano, 2004, p. 643 ss.
- CORSI F. *Il regime patrimoniale della famiglia, II, Le convenzioni matrimoniali, Fam. e impresa*, in *Trattato CICU-MESSINEO*, VI, Milano, 1984, p. 83 ss.
- COSTANTINO L. *Assegnazione della casa familiare e natura del diritto di abitazione*, in *Arch. Civ.*, 2002, p. 197.
- CUBEDDU M.G. *La casa familiare*, Milano, 2005, p. 20, 190 e 367 ss.
- CUBEDDU M.G. - RIMINI C. *Annullamento del matrimonio e autonomia negoziale, nota Cass. 13.1.1993, n. 348*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1993, I, 950.
- D'ANTONIO A. *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1959, p. 458 ss.
- D'ANTONIO A. *Il divorzio*, (l. 1° dicembre 1970, n. 898), Padova, 1983, p. 293.
- DALL'ONGARO F. *Considerazioni in merito alla definizione dei rapporti economici concordata dalle parti ex art. 5, quarto comma, della legge sul divorzio*, nota a Cass. 2.6.1977 n. 2237, in *Giust. Civ.*, 1977, p. 1519.
- DALMOTTO E. *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. It.* 1993, p. 346 ss.
- DE MARE C. *Nota a Cass.*, 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1495.
- DE MARZO G. *Ordini di protezione: le applicazioni della giurisprudenza*, in *Fam. e dir.* p. 623 ss.
- DE MITA E. *Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali*, in *Riv. Dir. Trib.* 1996, II, p. 1119.
- DE NOVA G. *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia privata*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1988, p. 263 ss.
- DE PAOLA V. *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*. III, Milano, 1996, p. 23, 35, 129, 238 ss, 312, .
- DEGNI F. *Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano*, Padova 1943, p.107 s.

BIBLIOGRAFIA

- DEL PRATO E. Voce *Transazione*, in Enc. del diritto, XVIV, Milano 1992, p. 830.
- DI CIOMMO F. *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1296;
- DI GREGORIO V. *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano 2003, p. 110.
- DI LANDRO A. C. *Trust tra garanzie atipiche e divieto del patto commissorio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, 4, p. 353;
- DI MAJO A. Voce *Causa*, Enc. dir. Treccani, Roma, 1990
- DI NARDO M. *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di assegnazione della casa coniugale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1991, I, p. 91.
- DOGLIOTTI M. *Separazione e divorzio. Il dato normativo, i problemi interpretativi*, Torino 1995.
- DONISI C. *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, Milano 1997, 7 ss.
- DORIA G. *Autonomia privata e "causa familiare". Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano 1996.
- DORIA G. *Il patrimonio finalizzato*, in *Riv. dir. civ.* 2007 p. 458 ss.
- DORIA G. *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano 1996, p. 64.
- ESU M. *Domicilio, residenza, dimora*, in Trattato di diritto privato diretto da RESCIGNO, II, I, p. 595.
- FALSITTA G. Manuale di diritto tributario, Padova, 2009, pag. 934 – 985 ss.
- FALZEA A. *La separazione personale*, Milano 1943, p.79 – 109 ss.
- FALZEA A. *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, 1996, 302 ss.
- FANTOZZI A. *Il diritto Tributario*, Torino 2003, pag. 1051 ss.
- FEDERICO A. *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. Civ.*, 2007, p.614.
- FERRANDO G. Nota a Corte Cost., 13-05-1998, n. 166, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 678.
- FERRANDO G. *I contratti collegati*, in *Nuova Giur. Civ. comm.* 1986, p. 256 ss.
- FERRANDO G. *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 243 ss.
- FERRANDO G. Voce *Motivi*, Enc. Dir.TRECCANI,Roma. 1989.

BIBLIOGRAFIA

- FERRARI A. *I trasferimenti a causa della separazione o del divorzio come titolo di provenienza*, in *Fam. e Dir.*, 2011, p. 1067.
- FERRARI M. *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*, nota a Cass. 22.1.1994 n. 657, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1994, II, p. 714.
- FERRI G.B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965, p. 167 e ss.
- FERRI L.-ZANELLI P. *Della trascrizione*, in *Commentario SCIALOIA-BRANCA*, 1995, 315.
- FIGONE A. *La legge sulla violenza in famiglia*, in *Fam. e dir.* 2001, p. 353 ss..
- FINOCCHIARO A. e M. *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 689.
- FINOCCHIARO F. *Del matrimonio*, in *Commentario del codice civile Scialoja Branca*, Bologna Roma 1971, p. 8 ss.
- FINOCCHIARO M. *Natura non reale dell'assegnazione della casa familiare ad uno dei coniugi nel corso del giudizio di separazione personale e pretesa inopponibilità di tale assegnazione al terzo acquirente*, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 73.
- FINOCCHIARO M. *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa*, Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Guida al diritto*, 2000, n. 24, 43.
- FINOCCHIARO M. *Il matrimonio*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna- Roma, 1993, p. 415.
- FRACCON A. *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1999, 670 ss.
- FRAGALI M. *Del comodato*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 1754 -1812.
- FRAGALI M. *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, in *Giust. Civ.* 1959. I . pag. 316.
- FRANCESCHINI B. *Fondo patrimoniale e trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, p. 19 ss.
- FREGNI M.C. *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, p. 8.
- FREZZA G. *I luoghi della famiglia*, Torino 2004, p.3 ss.
- GABRIELLI E. *Le garanzie rotative*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Milano, 1995, I, p. 853.
- GABRIELLI G. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982, p. 293ss:
- GABRIELLI G. *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 65.
- GABRIELLI G. *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. Dir. Civ.* 2007, I, p. 321 ss.
- GABRIELLI G. *Le autorizzazioni giudiziali nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. Dir. civ.* 1981, I, p. 48.

BIBLIOGRAFIA

- GABRIELLI G. *Patrimonio familiare e fondo patrimoniale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 293 ss.
- GABRIELLI G. *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. Dir. civ.* 1996, I, p. 697.
- GALASSO A. *Il comodato*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1984 p.188.
- GALLUZZO F. *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum e art. 2645-ter c.c.*, in *Fam.e Dir.*, 2008, p. 616.
- GAMBARO A. Voce "Trust", in *Digesto*, Disc. Priv., sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 449 ss.
- GANGI C. *Il matrimonio*, Milano 1969, p. 289.
- GAZZONI F. *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1982, pag. 26 e 33 ss.
- GAZZONI F. *La trascrizione immobiliare (artt. 2646-2651)*, in *Commentario Schlesinger*, Milano 1993, sub art. 2648.
- GIORGIANNI M. Voce *Causa*, *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547.
- GIUNCHI P. *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita Not.*, 1993, p. 1048 ss.
- GIUNCHI P. *Gli atti "relativi" ai procedimenti di separazione personale e di divorzio, tra forma e imposizione fiscale*, in *Notariato*, 2003, p. 277.
- GIUSTI A. *Crisi coniugale e protezione della casa familiare*, in *Dir. fam. pers.*, 1985, p. 773.
- GORGONI A. *Accordi a latere della separazione e del divorzio*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006 p. 1027.
- GORLA G. *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 1497.
- GRASSETTI C. *Scioglimento del matrimonio e separazione personale dei coniugi*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, Padova, 1977, p. 312 s.
- GRASSI L. *La separazione personale dei coniugi nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli 1976, p.167.
- IANNELLO G. *L'ICI è dovuta da entrambi i coniugi separati in proporzione alle quote di possesso*, in *GT – Riv. Dir. Trib.*, n. 12/2004, p. 1177.
- IRTI N. *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2006, p. 3.
- JANNARELLI A. *L'assegnazione della "casa familiare" nella separazione personale dei coniugi*, in *Foro it.*, 1981, I, 1390.

BIBLIOGRAFIA

- JANNARELLI A. *Incerta sorte per la casa familiare*, nota a Cass., 31 gennaio 1986, n. 624.
- JANNARELLI A. *Nota a Cass.* 25.9.1978, N. 4277, in *Foro it.* I, 718-720.
- JEMOLO A.C. *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1967, p. 530.
- JEMOLO A.C. *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, p. 376-378.
- JEMOLO A.C. *Il matrimonio*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, p. 54.
- JEVA M. *Trasferimenti mobiliari e immobiliari in sede di separazione e divorzio*, in *Riv. Notar.* 1995, I, 471 ss.
- LA SPINAA. *Accordi di separazione ed assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, in *Riv. Dir. Civ.* 2010, II, p. 453 ss.
- LENA B. *La rilevanza esterna del vincolo di destinazione a casa familiare dell'immobile concesso da un terzo in comodato: la Cassazione ritorna sui suoi passi?*, in *Fam e Dir.* 2007, p. 689 ss.
- LENER A. *"Expressio causae" e astrazione processuale*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli 1972, p. 765.
- LENZI R. *Le destinazioni atipiche e l'art. 2645-ter c.c.*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 229.
- LIPARI N. *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova 1996 p. 16 ss.
- LIPARI N. *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove Leggi civili Commentate* 1987, p.848 ss.
- LUMINOSO A. *Voce Comodato*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma 1988.
- LUPOI M. *Trusts*, Milano 2001, p. 641 ss.
- LUPOI M. *Trusts*, Milano, 2001, p. 753 ss.;
- MACARIO F. *Commento all'art. 10 della l.n. 74/1987*, in *Nuove Leggi civili Commentate*, 1987, p. 898.
- MAIELLO U. *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova 1991, p. 10755.
- MAINE HENRY SUMNER *From status to contract*, in *Ancient Law: Its Conventions with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas*, London, Murray, 1906, pp. 172-174, traduzione a cura di S. RODOTA' in *Il diritto privato nella società moderna*; a cura di S. RODOTA' Bologna, 1971, p. 211 ss.
- MANDRIOLI C. *Diritto processuale civile*, II, Torino 2006, p. 113 ss.

BIBLIOGRAFIA

- MANDRIOLI C. *Diritto processuale civile; I procedimenti di giurisdizione volontaria*, Torino 2006, p. 311 ss.
- MANTOVANI M. *La separazione personale tra i coniugi – aspetti sostanziali*, in Enc. Giur., XXVII, Roma, 1992, p. 27.
- MANZINI C. *“Spirito di liberalità” e controllo giudiziario della causa donandi*, in *Contr. e Impresa*, 1985, pp. 409 e ss.
- MARELLO E. *Imposta comunale sugli immobili (I.C.I.)*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, Agg. II, Torino, 2003, p. 441 ss.
- MARINI G. *Contributo allo studio dell'imposta comunale sugli immobili*, Milano 2000, 128 ss.
- MARIOTTI L. *Paga l'imposta il coniuge assegnatario della casa familiare*, in *Corr. Trib.* 2005, p. 3561, nota a sentenza Cass. del 19 settembre 2005 n. 18476.
- MARTINO M. *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale*, in *Nuova Giur. Civ.Comm.*, 2007, 3, 1, 378.
- MARTINO M. *Separazione personale tra cessazione e scioglimento del rapporto di impresa familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2006, 1, p. 68.
- MASTRACCI M. *Il trust è garanzia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, 4, p.639.
- MESSINEO F. *L'opera di Antonio Cicu*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, Milano 1965, p. 22 ss.
- METAFORA V. *Quando Amleto veste la toga: la contraddittoria giurisprudenza del tribunale di Napoli in tema di separazione dei coniugi*, in *Dir. Giur.* 1992, p. 292 ss.
- MONEGAT M. *Separazione consensuale dei coniugi, trust e vincolo del trust sui beni costituiti in fondo patrimoniale*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2007, 243.
- MONEGAT M. *Trust, Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e della persone*, Torino 2007, p. 316.
- MONEGAT M. *Trust nei patti di separazione coniugale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 649.
- MONTINARO R. *Il ruolo del trust e degli atti di destinazione allo scopo nei rapporti patrimoniali familiari*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, a cura di F. ANELLI e M. SESTA Milano 2012, p. 787.
- MORA A. *Questioni in tema di domanda congiunta di divorzio*, nota a *Trib. Monza* 23.4.1990, in *N. Giur. Civ. Comm.*, 1991, I, p. 84 ss.
- MORA A. *La separazione consensuale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, v. I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 530.
- MORACE PINELLI A. *Struttura dell'atto di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale, ed azione revocatoria*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 449 ss.

BIBLIOGRAFIA

- MORELLI M.R. *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.* 1994, p. 107.
- MOROZZO DELLA ROCCA F. *Separazione personale*, in *Enc. Dir.*, p. 1381 ss.
- NAPPI G.B. *Trasferimenti immobiliari (e costituzione di altri diritti reali tra coniugi separandi o divorziandi Tri, nota a sent. Tribunale di Milano del 7 febbraio 1992*, in *Dir. Fam. e pers.*, 1993, p. 170.
- NATALI A. *L'indisponibilità del diritto al mantenimento da parte dei coniugi separati e l'invalidità della prestazione una tantum: due limiti forse eccessivi all'autonomia coniugale*, *Arch. Civ.*, 2004, p. 499.
- NATALI L. C. *La necessita' dell'autonoma disponibilita' di "mezzi adeguati" nella variazione dell'assegno divorzile*, nota a Cass. 11.9.2007 n. 19065 in *Fam. e Dir.*, 2008, p. 343.
- OBERTO G. *I trasferimenti immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 155;
- OBERTO G. *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Familia*, 2003, I, p. 617.
- OBERTO G. *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. e dir.* 2000, p. 86.
- OBERTO G. *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e Dir.* 2003, 395-396.
- OBERTO G. *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999.
- OBERTO G. *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti di parte generale*, in *Fam. e d.*, 1995, p. 600.
- OBERTO G. *I rimedi all'inadempimento degli obblighi di mantenimento nell'ambito della crisi della famiglia*, in *Fam. e Dir.* 2008, p. 77.
- OBERTO G. *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano 2000, p. 154 ss.
- OBERTO G. *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam e Dir.* 2012, p.69
- OBERTO G. *"Prenuptialagreements in contemplation of divorce " e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 212. .
- OBERTO G. *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano 1991, p. 53 ss.
- OBERTO G. *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, in *Fam. e Dir.* 2007, p. 64 (commento alla sentenza del Tribunale di Salerno 4.7.2006).
- OBERTO G. *Vincoli di destinazione ex art. 2645-ter c.c. e rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Fam. e dir.* 2007, p. 202.

BIBLIOGRAFIA

- OBERTO G. *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e Dir.*, 2006, p. 147.
- OPPO G. *Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p.1 ss.
- OPPO G. *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, in scritti giuridici. *Persona e famiglia*, V, Padova, 1992, p. 293 ss.
- PACIA DEPINGUENTE R. *Presupposti soggettivi degli ordini di protezione e problemi di coordinamento con gli articoli 330 ss. c.c.*, in *Famiglia* p. 761.
- PACIA DEPINGUENTE R. *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, in *Riv. Dir. civ.* 1980, II, p. 563. in giurisprudenza vedi Tribunale di Savona, 24 aprile 2003, in *Fam. e dir.*, 2004, p. 67.
- PADOVINI F. *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 545.
- PADOVINI F. *Dati catastali e pubblicità dell'assegnazione al coniuge separato della casa familiare*, in *Fam. e Dir.*, 1994, p. 441 ss.
- PALERMO G. *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 61 e ss.
- PARADISO M. *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 168 ss.
- PARADISO M. *I rapporti personali tra coniugi*, in *Codice civile*, Commentario, diretto da P. Schlesinger, artt, 145-148, Milano, 1990, p. 137 ss.
- PATANIA E. *Sugli accordi transattivi conclusi dai coniugi antecedentemente al divorzio; nota a Tribunale di Varese*, 29 marzo 2010, in *Fam e Dir.*, 2011, p. 295.
- PATTI S. *Illeciti familiari:nuove sanzioni*, in *Fam., pers. e succ.* 20008, p. 294ss.
- PATTI S. *From status to contract? Die Bedeutung des Vertrages Im Familienrecht*; in *Atti del Convegno di Regensburg*, 30 settembre-2ottobre 2004.
- PECORIELLO D. *Causa del trasferimento immobiliare tra i coniugi in esecuzione dell'accordo di separazione ed ammissibilità dell'azione revocatoria ordinaria*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 1468.
- PERLINGIERI P. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli 1987, p. 34.
- PERLINGIERI P. *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1992, p. 72 ss.
- PERRONE L. *L'imposta comunale sugli immobili*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1994 I, p. 754.
- PETRELLI G. *La trascrizione degli atti di destinazione*, *ivi*, II, p.183 ss.
- PROTO PISANI A. *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, pag. 234-235.
- PROTO PISANI A. *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. Dir. civ.* 1990, p. 393 ss.

BIBLIOGRAFIA

- PUGLIATTI S. *Della transazione*, in *Comm. del codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi.
- QUADRI E. *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1997, p. 53 ss.
- QUADRI E. *Della comunione convenzionale*, in *Comm. Cian-Oppo- Trabucchi*, Padova 1992, p. 402-403.
- QUADRI E. *Comodato e "casa familiare": l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 1439 ss.
- QUADRI E. *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, *Dig. Disc. Priv.*, Torino 1990, p. 781.
- QUADRI E. *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli 1987, p. 58 ss.
- QUADRI R. *Voce Fondo patrimoniale*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1989.
- QUADRI R. *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*. Napoli 2004, p. 284.
- QUADRI R. *Alienazione di beni costituiti in fondo patrimoniale e autorizzazione giudiziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2001, I, p. 170.
- QUARGNOLO M. *Assegnazione della casa coniugale e tutela del terzo acquirente*, in *Famiglia e dir.* 2003, 440ss.
- RAVÀ T. *Lezioni di diritto civile sul matrimonio*, Padova 1935, p. 588 ss.
- REDDENTI E. *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 904 e ss.
- RESCIGNO P. *Persona e comunità*, Bologna 1966, p. 3 ss., 52 ss.
- RESCIGNO P. *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. It.* 1978, p. 117.
- ROPPO E. *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.* 1971, I, 2377.
- ROPPO E. *Voce Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. giur.*, Roma 1988.
- RUBINO L. *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino 1991, p. 1172 ss.
- RUSCELLO F. *La potestà dei genitori*, in *Commentario Schlesinger*, Milano 2006, p. 265.
- RUSSO E. *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano 1983, p. 58 ss.
- RUSSO E. *Le convenzioni matrimoniali*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano 2004, p. 22.

BIBLIOGRAFIA

- RUSSO E. *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982., p. 525.
- RUSSO E. *Negoziio giuridico e dichiarazione di volontà relativi ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la Santa Sede nella parte concernente il matrimonio*, in *Dir. fam. e pers.* 1989, p. 1079 ss.
- RUSSO E. *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano 1983, p. 45 ss.
- RUSSO E. *Il fondo patrimoniale*, in *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 113.
- SACCO R. *Del regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. Cian-Uppo-Trabucchi*, p. 9 ss.
- SALA M. *Simulazione dell'accordo di separazione consensuale?* in *Fam. e Dir.*, 2000, p. 60.
- SALA M. *Accordi successivi all'omologazione della separazione e autonomia negoziale dei coniugi*, in *Dir. fam e pers.* 1995, II, P. 1489 ss.
- SALVATI A. *Assegnazione della casa familiare e imposta comunale sugli immobili*, in *Fam. e Dir.*, 2007, 778 ss.
- SANTORO PASSARELLI F. *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961, p. 381 ss.
- SANTOSUOSSO F. *Delle persone e della famiglia. Il matrimonio*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1981, p.353.
- SANTOSUOSSO F. *Il divorzio*, in *Tratt. Dir. Priv.* Diretto da P. Rescigno, Torino 1984, p. 349.
- SANTOSUOSSO F. *Il matrimonio*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1989, p. 362.
- SANTOSUOSSO F. *Scioglimento del matrimonio (diritto vivente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989.
- SANTOSUOSSO F. *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm. al Codice Civile*, Torino, 1983, p. 117 ss.
- SATTA S. *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1987, p. 316.
- SCALISI V. *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 153.
- SCALISI V. *Commento alla l. 1.8.1978, n. 436, Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove Leggi civ. comm.* 1979, p. 632.
- SCANNICCHIO N. *Le nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1987, p. 917 ss.

BIBLIOGRAFIA

- SCARANO L.A. *L'assegnazione della casa familiare: nozione e funzione*; e in *Giust. Civ.*, 2004, I, p. 688.
- SCIA F. *Assegno di divorzio ed operatività della compensazione*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2003, I, p. 578 ss.
- SICA S. *Famiglia di fatto e cohabitation contracts, Sistemi giuridici comparati: ipotesi applicative*, Salerno, 1997, p. 269 ss.
- SICCHIERO G. *Ancora sulla revocabilità del trust e dell'atto di destinazione, ovvero delle tesi scritte alla lavagna*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 18 ss.
- SILVANI S. *Gli ordini di protezione. La tutela del minore dagli abusi domestici*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2004, p. 179.
- STASSANO M. *Il divorzio. Commento sistematico alla l. 6 marzo 1987, n. 74 con massimario di giurisprudenza*, Milano, 1994, p. 30.
- TARIGO P. *Assegnatario della casa familiare e Ici: il concetto ministeriale di "diritto" reale e la sua disapplicazione*, in *Rass. Trib.*, n. 6/2002, p. 1937.
- TOMMASEO F. *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano 1997, 260- 589 ss.
- TOMMASEO F. *La disciplina processuale del divorzio*, in *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al codice civile diretto da P. Schlesinger*, Milano 1997, p. 367.
- TOTARO A. *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. Dir., fam. dir.* da P. Zatti, vol 1, Milano 2002, p. 1249 ss.
- TRIMARCHI G.A.M. *Negoziato di destinazione nell'ambito familiare e nella famiglia di fatto*, in *Notariato*, 4/2009, p. 426;
- TRIOLA R. *La trascrizione*, in *Trattato Bessone*, Torino 2012, Vol. IX, p. 165-165 ss.
- UDA G.M. *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in *Fam e dir.*, 1995, p. 19.
- VACIRCA V. *L'assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio. L'opponibilità del provvedimento di assegnazione al successivo acquirente dell'immobile e al proprietario comodante*, in *Riv. Not.* 2008, p. 1433 ss..
- VAGLIO S. *La forma necessaria per i trasferimenti dei beni immobili tra coniugi separandi o divorziandi la trascrizione ed il trattamento fiscale*, in *Federnotizie*, 1995, 19 ss., e in *Fam. e dir.*, 1994, 685.
- VALIGNANI B. *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*; in *Famiglia*, 2001, p. 381.
- VALIGNANI B. *I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti matrimoniali*, in *Famiglia*, 2001. p. 401 ss.

BIBLIOGRAFIA

- VILLANACCI G. *La separazione non giudiziale*, Torino, 2001, P. 86-87.
- VINCENZI AMATO D. *Commentario al Codice civile* a cura di P. Rescigno, Padova 1980, p. 340 ss.
- ZACCARIA A. *Commentario breve al diritto di famiglia* di Milano 2011, *sub art.* 158 c.c.
- ZACCARIA A. *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova 2001, *sub art.* 5 l. div.
- ZANUZZI A. *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale*, in *Nuova Giur. Civ.*, 1999, I, p. 278.
- ZATTI P. *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, III, Torino, 1982, p. 129, p.73 ss., p. 101.
- ZATTIP. *Famiglia e matrimonio*, volume I, Milano 2011.
- ZATTI P. *Familia, familiae. Declinazione di un'idea. I, La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I, p. 9 ss.
- ZOPPINI A. *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, p. 130 (nota a Cass.23.12.1988, n. 7044, in *Giur. It.*, 1990, p. 1319).
- ZOPPINI A. *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, p. 218.