

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Privato I

PROFILI CAUSALI DEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

RELATORE

Prof. Mario Nuzzo

CANDIDATO

Gaia Stefani
Matr. 106703

CORRELATORE

Prof. Roberto Carleo

ANNO ACCADEMICO
2014/2015

I CAPITOLO _____ 4

INTRODUZIONE _____ 4

1. PRIVATIZZAZIONE DEL RAPPORTO TRA CONIUGI _____ 6

a) Breve cenno all'evoluzione delle convenzioni matrimoniali e centralità del consenso dopo la riforma del 1975 _____ 6

b) Dal negozio giuridico al contratto come espressione dell'autonomia dei coniugi _____ 15

2. PRASSI _____ 21

a) Espressioni dell'autonomia privata in ambito familiare nella fase fisiologica del coniugio _____ 21

b) Accordi patrimoniali in vista di una crisi futura e meramente eventuale _____ 29

c) Accordi patrimoniali in sede di separazione e di divorzio _____ 32

c.1) Disciplina della separazione e del divorzio _____ 38

c.2) Separazione di fatto. Nozione _____ 41

c.3) Accordi nella separazione di fatto _____ 42

c.4) Il consenso dei coniugi e l'omologazione del giudice nella separazione consensuale _____ 43

c.5) Il contenuto necessario ed eventuale _____ 45

c.6) Gli accordi non omologati _____ 54

c.7) Accordi in sede di divorzio congiunto _____ 55

3. ANALISI DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE _____ 57

a) Ricognizione della disciplina normativa _____ 57

b) Norme imperative _____ 63

II CAPITOLO _____ 77

1. INTRODUZIONE AL PROBLEMA _____ 77

a) La ricerca della causa _____ 77

b) Il concetto di causa _____ 80

c) Esclusione degli accordi in esame dalla categoria delle convenzioni matrimoniali _____ 86

2. ANALISI DELLE FATTISPECIE CAUSALI TIPICHE PER VERIFICARE LA POSSIBILITA' DI RICONTRARLE NEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE _____ 91

a) Causa liberale e accordi della crisi coniugale _____ 92

b) Causa transattiva e accordi della crisi coniugale _____ 102

c) Causa solutoria e accordi della crisi coniugale _____ 110

d) <i>Causa divisoria e accordi della crisi coniugale</i>	115
e) <i>Negozi determinativi del contenuto di obblighi legali e accordi della crisi coniugale</i>	120
f) <i>Contratto atipico e accordi della crisi coniugale</i>	123
3. INDIVIDUAZIONE DELLA CAUSA DA PROSPETTIVE DIVERSE: CAUSA CONCRETA E GIURIDICIZZAZIONE DEI MOTIVI CON RIFERIMENTO AGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE	127
<i>Premessa</i>	127
a) <i>Causa concreta e accordi della crisi coniugale</i>	128
b) <i>Causa familiare degli accordi della crisi coniugale</i>	130
c) <i>Causa tipica di definizione della crisi coniugale</i>	133
4. PROBLEMA DELL'ASSENZA DI EXPRESSIO CAUSAE NEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE	142
<i>Premessa</i>	142
a) <i>Causa remota e accordi della crisi coniugale</i>	144
b) <i>Causa esterna e prestazioni isolate con riferimento agli accordi della crisi coniugale</i>	148
c) <i>Presupposizione e accordi della crisi coniugale</i>	153
d) <i>Obbligazioni di dare e pagamento traslativo con riferimento agli accordi della crisi coniugale</i>	155
e) <i>Critica comune alla teoria della causa remota, causa esterna, presupposizione e pagamento traslativo</i>	159
f) <i>Soluzione al problema della mancanza di "expressio causae".</i>	161
5. COLLEGAMENTO NEGOZIALE E ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE	163
<i>Premessa</i>	163
Collegamento negoziale con riferimento agli accordi della crisi coniugale	165
6. PROFILI APPLICATIVI DEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE	175
<i>Premessa</i>	175
a) <i>Forma degli accordi della crisi coniugale</i>	176
b) <i>Revocazione per ingratitudine o sopravvenienza dei figli con riferimento agli accordi della crisi coniugale</i>	178
c) <i>Collazione e azione di riduzione per lesione di legittima con riferimento agli accordi della crisi coniugale</i>	179
d) <i>Azione revocatoria ordinaria e fallimentare con riferimento agli accordi della crisi coniugale</i>	181
d) <i>Azione di simulazione con riferimento agli accordi della crisi coniugale</i>	187
III CAPITOLO	196
ANALISI DI ALCUNI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE	196

<i>Premessa</i>	196
<i>a) Primo caso. Divisione e causa generica di facilitazione della definizione consensuale della crisi.</i>	202
<i>b) Secondo caso. Causa solutoria e transattiva</i>	209
<i>c) Terzo caso. Trasferimento ai figli privo di “expressio causae”.</i>	212
<i>d) Quarto caso. Compravendita con prezzo inferiore al valore di mercato.</i>	216
<i>e) Quinto caso. Transazione e accenno alla donazione.</i>	218
<i>f) Sesto caso. Revocatoria ordinaria dell’assegnazione della casa familiare</i>	219
<i>g) Settimo caso: il trust</i>	224

CONCLUSIONI	237
--------------------	------------

BIBLIOGRAFIA

I CAPITOLO

INTRODUZIONE

Gli accordi patrimoniali tra coniugi in occasione della crisi matrimoniale sono ormai molto diffusi nella prassi pur non essendo espressamente previsti dal legislatore, che si limita a regolamentare aspetti marginali, quale quello fiscale.

Essi, come qualsiasi altro contratto atipico, trovano la loro legittimazione nell'art. 1322 c.c. che sancisce il principio di libertà contrattuale, per realizzare interessi meritevoli di tutela, nel rispetto delle norme imperative. Ecco quindi il principale nodo da risolvere: quali siano gli spazi in cui i privati possano autonomamente disciplinare i propri interessi in un campo, quale quello familiare, connotato da numerosi profili pubblicistici, volti a tutelare interessi di natura superiore. Solo dopo aver risolto tale questione e aver quindi stabilito in quali ipotesi e a quali condizioni gli accordi fra coniugi volti a regolare la crisi del matrimonio siano validi ed efficaci, ci si dovrà concentrare sull'individuazione del loro profilo causale. Da questo infatti dipende la disciplina applicabile in materia, fra le altre, di forma, di revocabilità per ingratitudine o sopravvenienza di figli, di obbligo di prestare gli alimenti in caso di bisogno del donante, di garanzia per evizione, di riduzione per lesione di legittima, di obbligo di collazione, di

revocatoria ordinaria e fallimentare, di azione di simulazione e di capacità.

L'indagine è complicata dalla frequente presenza di più profili causali tra i quali non è sempre agevole individuare quello prevalente.

1. PRIVATIZZAZIONE DEL RAPPORTO TRA CONIUGI

a) Breve cenno all'evoluzione delle convenzioni matrimoniali e centralità del consenso dopo la riforma del 1975

In passato, un'indiscussa centralità all'interno del diritto patrimoniale della famiglia era rivestita dalle convenzioni matrimoniali; esse erano, in effetti, trattati tra casate¹ con cui si organizzava la futura vita della nuova coppia, disponendo quanto necessario, in particolar modo per mezzo delle dote e delle donazioni obnuziali, di frequente inserite nel contenuto stesso della convenzione. Infatti, quanto meno fra i ceti più elevati della popolazione, era il patrimonio degli avi che garantiva il sostentamento della nuova famiglia, mentre poca importanza avevano le attività lavorative; ecco perché era fondamentale l'atto con cui le famiglie di ciascun coniuge si accordavano sul *quantum* da destinare al nuovo nucleo familiare. Imprescindibile corollario di tale sistema, era l'impossibilità di modificare le convenzioni una volta celebrato il matrimonio² che, congiuntamente al divieto di donazioni tra coniugi, permetteva di conservare invariato l'assetto patrimoniale che, di fatto, non era il risultato di una libera scelta degli sposi, bensì di un accordo

¹ UGO BECHINI, *Le convenzioni matrimoniali*

² Ancora "Il codice del 1942, nella sua originaria formulazione, poneva non pochi limiti alla stipulazione e alle modificazioni delle convenzioni matrimoniali, sostanzialmente prevedendo che l'adozione della convenzioni, successivamente al matrimonio, fosse ammissibile soltanto nei casi espressamente indicati dalla legge e sempre che non alterassero il contenuto sostanziale della convenzioni già poste in essere; mentre il mutamento della convenzioni adottate era considerato possibile solo fino al momento della stipulazione del matrimonio, rimanendo esse del tutto immutabili una volta avvenuta la celebrazione della nozze", TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Ipsoa, 2010

fra le rispettive famiglie. Completava l'insieme il regime dei beni dotali che potevano essere alienati solo in casi particolari e previa autorizzazione del giudice, la cui mancanza ne determinava la nullità, e ciò testimonia, una volta di più, l'importanza che il legislatore attribuiva alla stabilità degli assetti convenzionalmente decisi.

Il mutare dei costumi ha portato allo sgretolamento dal punto di vista giuridico di tale quadro di riferimento: dapprima con l'emanazione della Carta Costituzionale nel 1948, che ha imposto una nuova lettura dell'istituto della famiglia; poi con la dichiarazione d'incostituzionalità del divieto di donazione tra coniugi³, che pure il legislatore del 1942 aveva inserito nel codice civile, non volendo trasformare radicalmente le vecchie strutture formali in tema di famiglia; ancora con la riforma del diritto di famiglia del 1975 e poi con vari interventi legislativi, ultimo dei quali la legge del 2012⁴ con la quale il fulcro della famiglia si è decisamente spostato dal matrimonio alla filiazione, discendendo ormai da questa i rapporti di parentela e i vincoli familiari solidaristici.

La struttura patrimoniale familiare è così stata ripensata grazie al tramonto della sua tradizionale rigidità ed immutabilità a favore dell'elasticità: essa è ormai, senza dubbio, adattabile e conformabile alle molteplici esigenze che, al mutare della vita e della società, possono affiorare.

³ Corte Cost. 27 giugno 1973, n. 1991

⁴ L. 219/2012, attuata dal d. lgs. 154/2013.

Oggi sono sicuramente lontani i tempi in cui si parlava⁵ di teoria istituzionale della famiglia, riconoscendole una struttura fortemente gerarchica, incompatibile quindi con l'idea di soggetti posti su un piano di parità, propria del contratto, e non concependo, allora neanche lontanamente, la possibilità di uno spazio di libera negoziazione per i coniugi al di fuori del rigido dettato normativo e quindi escludendo un potere realmente dispositivo e regolativo, con la logica conseguenza della invalidità e più in particolare della nullità virtuale degli accordi conclusi se estranei alle fattispecie previste⁶. Su questo ebbero grande influenza il pensiero cattolico e i principi dello stato etico: la famiglia era sì dotata di un suo ordine interno extrastatuale ma, d'altro canto, era l'entità portatrice di interessi pubblici, superindividuali, assoluti.

Il cammino non è stato né breve né coerente ma certamente necessitato.

Già all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, vi era chi⁷, pur convinto che "la famiglia, come qualunque altro organismo, e più di ogni altro, per la sua particolare struttura, non vive senza un

⁵ CICU, *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in scritti minori di Antonio Cicu, I, 1, Milano, 1965.

⁶ "Non vedo come possa parlarsi di un'autonomia della volontà riconosciuta dalla legge nel matrimonio, di fronte al principio dell'indissolubilità che con quell'autonomia e con l'interesse individuale degli sposi è assolutamente inconciliabile", CICU, *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in scritti minori di Antonio Cicu, I, 1, Milano, 1965.

Sul punto Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, Riv. Dir. Civ., 2001, I.

Negano il regolamento negoziale nei rapporti di famiglia, fra gli altri: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Giuffrè, Milano, 1965; BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Utet, Torino, 1955; BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1941

⁷ FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in Saggi di diritto civile, I, Napoli, 1961

capo”, sentiva il bisogno di ricomprendere nella categoria generale di negozio giuridico i singoli istituti familiari caratterizzati da manifestazioni di volontà e di dar vita ad un istituto unitario ovvero il *negozio giuridico familiare* cui applicare la disciplina propria del negozio giuridico tradizionale seppur con “quegli adattamenti dipendenti dal modo particolare in cui l’autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia”, primo fra tutti la soggezione all’“interesse superiore” da cui dedurre i limiti all’autonomia privata. Si trattava, infatti, di un negozio patrimoniale “personalissimo, formale, nominato e legittimo”⁸, di conseguenza facente parte di un ambito governato da regole speciali rispetto a quelle proprie del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti⁹.

La dottrina e la giurisprudenza successive sono state influenzate per lungo tempo da tale concezione in cui hanno dominato la logica degli status, la considerazione dei singoli membri della famiglia quali appartenenti ad un nucleo e portatori, verso di esso, di diritti ed obblighi. Solo anni dopo si è compreso appieno che “affermare, comunque, l’esistenza della autonomia privata nel diritto di famiglia

⁸ GIACOBBE-VIRCADAMO, *Le persone e la famiglia*, Utet, 2011

⁹ “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 trovi applicazione la figura del negozio giuridico. Come è noto la questione è stata risolta da alcuni in senso negativo. Noi condividiamo invece la prevalente opinione che l’autonomia privata abbia una sfera di applicazione nel diritto di famiglia, sebbene questa sfera sia per molti aspetti più ridotta che nel diritto patrimoniale”, FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in Saggi di diritto civile, I, Napoli, 1961

segnava [...] l'abbandono della concezione pubblicistica di tali rapporti, il tramonto del predominio statale attraverso la riconduzione dei rapporti nell'ambito della teoria negoziale, e quindi nel generale ambito del diritto privato"¹⁰.

Fu sicuramente la Costituzione del '48 ad accelerare il cammino che ha condotto all'abbandono della teoria istituzionale¹¹ ed alla nascita della teoria non a caso chiamata costituzionale e di una "impostazione associativa-paritaria"¹² della famiglia, anche se solo a partire dagli anni settanta tale impostazione ha trovato piena attuazione¹³. Se ancora parte della giurisprudenza e della dottrina¹⁴, limitava l'autonomia privata nel diritto di famiglia postulando l'indisponibilità delle situazioni giuridiche e spingendo qualcuno¹⁵ a denunciare aspramente, ancora nel 1999, l'abuso del ricorso alla nullità virtuale con riferimento agli accordi in sede di separazione e di divorzio, si cominciò parallelamente

¹⁰ DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996. Sul punto anche PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982

¹¹ Per il superamento della concezione vedeva nel matrimonio l'attuazione di interessi pubblici: BIANCA, *Diritto Civile 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005; FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Cod. Civ.*, Scialoja-Branca, a cura di Galgano, artt. 48-158, Bologna-Roma, 1993.

¹² QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 1997

¹³ RUSCELLO, *I rapporti personali*, Giuffrè, Milano, 2000, afferma che con la riforma del 1975 la famiglia non è più protetta in quanto titolare di un interesse superiore ma solo in quanto meritevole ed idonea a consentire il pieno sviluppo della personalità dei suoi componenti. In tal senso anche PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982

¹⁴ DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1997: "la dinamica familiare involge interessi che, pur non essendo tecnicamente superindividuali, sono sottratti al potere dispositivo del singolo, perché l'interesse di ciascuno è connesso alla posizione degli altri componenti del consorzio familiare"; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della II edizione, Napoli, 1994

¹⁵ SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999

a ripensare il tradizionale modello fondato sul concetto di status e con esso le relative conseguenze: non solo quindi l'indisponibilità suddetta ma anche l'indissolubilità degli effetti, il dogma dell'interesse superiore e soprattutto l'incompatibilità con la dimensione contrattuale.

Non si poteva certamente ignorare la Costituzione che afferma all'art. 3 genericamente la pari dignità sociale di tutti i cittadini e la loro eguaglianza di fronte alla legge, all'art. 29 specificamente l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e che infine all'art. 2 tutela il singolo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità. Da tali articoli emerge come "la dimensione della famiglia possa valere a dare vita non ad interessi superiori del gruppo, ma ad interessi comuni dei suoi membri"¹⁶.

Come preannunciato, il percorso non fu lineare anche a causa dell'elaborazione di una diversa prospettiva, sempre contraria all'autonomia negoziale in tema di famiglia. Intorno agli anni '70, infatti, in dottrina vi era chi¹⁷, pur non condividendo l'idea dell'indisponibilità assoluta delle posizioni giuridiche familiari, giungeva ad un risultato non dissimile da quello cui si era approdati ormai decenni prima¹⁸, postulando l'inderogabilità della disciplina normativa. Nel nostro ordinamento, esisterebbero, quindi, limiti all'autonomia privata dovuti

¹⁶ BARCELLONA, *Famiglia (diritto civile)*, in Enc. Giur., XVI, Milano, 1967

¹⁷ GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in Riv. Dir. Civ., 1, 1996

¹⁸ Mi riferisco alla teoria elaborata da Cicu

alla presenza di specifici divieti; esemplare a tal proposito quello sancito dall'art. 160 c.c. ("gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio")¹⁹. Tale ricostruzione continuò ad affiorare nel mondo del diritto fino agli inizi degli anni duemila²⁰, quando si capì che non poteva essere condivisa. Un primo passo è stato l'abbandono del concetto di "status" per abbracciare quello di negozio giuridico; per tale via si è arrivati a considerare disponibili situazioni giuridiche soggettive riferibili a taluni negozi familiari, argomentando sulla base del rilievo ontologicamente individuale degli interessi sottesi ed ammettendo, quindi, la possibilità di disciplinare in via negoziale gli stessi. Un primo argomento a sostegno di questa nuova impostazione è stato rinvenuto proprio nell'art. 160 che, impedendo sì la deroga a diritti ed obblighi derivanti per legge dal matrimonio, non nega certo la facoltà di esercitare liberamente il potere regolativo privato al fine di attuare il precetto normativo. E' stato affermato²¹ che "vi sono spazi per l'autonomia dei coniugi pur in relazione alla disciplina inderogabile dei loro rapporti patrimoniali" e ancora²² che, se può effettivamente ravvisarsi una "dimensione organizzativa" le cui peculiarità sono, da un lato, lo

¹⁹ Sul punto CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Giuffrè, 2011

²⁰ QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001

²¹ DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1 *Personae, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998

²² ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I

svolgimento di un'attività comune e, dall'altro, "il regime d'imputazione collettivo di atti e situazioni soggettive cui si collega il prodursi effetti tipicamente extranegoziali" (in tema di figli minori o più in generale dei terzi), ciò non pone in discussione la "legittimità del potere di autodeterminazione quanto al contenuto dei rapporti che attengono individualmente ai coniugi".

Profondo è stato l'impatto esercitato dalla Corte Costituzionale, che con la citata sentenza del 1973 ha abolito il divieto di donazioni tra coniugi, rendendo così "<<automaticamente>> legittima ogni attività negoziale"²³ fra gli stessi: l'autonomia negoziale diviene "criterio determinante nell'ambito della famiglia"²⁴. Decisive in tal senso anche le successive sentenze²⁵ con cui la stessa Corte ha ricondotto le convenzioni matrimoniali nell'ambito contrattuale ed ha esteso alla separazione consensuale disposizioni proprie di quella giudiziale.

Nel 1970 è stata introdotta in Italia la disciplina sul divorzio, venendo così meno il presupposto su cui si basava l'impossibilità di ricondurre il matrimonio all'atto di manifestazione di volontà *tout court*. La riforma del 1975²⁶ ha consolidato tale tendenza: essa ha per la prima volta

²³ OBERTO, Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative, Relazione del 2011

²⁴ RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996

²⁵ Corte Cost. 31 maggio 1983, n. 144; 19 gennaio 1987, n.5; corte cost. 18 febbraio 1988 n.186; 6 luglio 1994 n. 278

²⁶ "La riforma [...] ha certamente costituito una delle <<rivoluzioni>> più importanti rispetto alla tradizionale struttura codicistica che, dal 1942, aveva mantenuto pressoché inalterato l'intero sistema normativo civilistico. E, tanto è più ravvisabile la portata dirompente della riforma, quanto più si tenga conto del tradizionale <<immobilismo>> degli istituti civilistici cui

parlato di “indirizzo concordato” (art. 144); non più quindi potere autoritario e sottomissione come regola della famiglia bensì accordo²⁷ fra i coniugi per le scelte di vita, per la fissazione della residenza, per gli atti più rilevanti in tema di amministrazione dei beni in comunione. L'intervento del giudice è stato invece relegato ad un posizione residuale, ovvero limitato ai soli casi di disaccordo, così da scongiurare il pericolo di indebite ingerenze. Ampio spazio quindi è stato riconosciuto all'autonomia dei coniugi e parte della dottrina ha, a tal proposito, parlato di tramonto della concezione istituzionale del matrimonio con conseguente contrattualizzazione dei rapporti familiari²⁸. Vi è inoltre chi²⁹ ha sottolineato la raggiunta coincidenza, ad opera della riforma del 1975, fra l'età per contrarre matrimonio e l'età per porre in essere validi atti giuridici, e quindi fra età matrimoniale e capacità d'agire.

il legislatore ci aveva, fino ad un certo tempo, abituati”. TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, 2010, Ipsoa

²⁷ FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001,4: evidenzia come il consenso sia espressione dell'uguaglianza fra coniugi.

Il criterio dell'accordo va inteso quale obbligo di ricercare l'accordo stesso. In tal senso Cass. 3168/1986.

²⁸ LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere-Granelli, Cedam, Padova, 1996; CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997

Ritiene invece che l'autonomia privata non sia nata con la riforma del 1975 ma fosse preesistente e da essa solo disciplinata: RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali*, in *Vita not.*, 1982

²⁹ DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996

La negozialità è entrata a pieno titolo in tale materia quando nel 1987 è stato introdotto, nel nostro ordinamento, il divorzio su domanda congiunta³⁰.

In generale, nasce in questi anni il fondamentale principio di solidarietà familiare e coniugale³¹ che conduce la Cassazione e la più autorevole dottrina a riconoscere l'accordo come "lo strumento privilegiato per la disciplina dei rapporti familiari"³² tanto che si è parlato di "privatizzazione del diritto di famiglia"³³, concetto ripreso più volte dalla dottrina successiva per alludere "allo scolorire [...] di interessi superiori, o pubblici, venendo in primo piano quelli personali dei coniugi e dei figli"³⁴.

b) Dal negozio giuridico al contratto come espressione dell'autonomia dei coniugi

³⁰ Legge 74/1997

³¹ Tuttavia anche tale legge ha i suoi limiti: "sembra che nel sistema di regole introdotto dalla riforma del '75 e dalla legge sul divorzio non sia stato tenuto nella dovuta considerazione il fatto che le esigenze di organizzare la vita della famiglia possono persistere anche durante la crisi del matrimonio e dopo la sua dissoluzione", MUREDEN, "Nuove prospettive di tutela del coniuge debole". *Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, in Nuovi percorsi di diritto di famiglia, collana diretta da M. Sesta, Ipsoa, Milano, 2007.

³² OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione e divorzio*, cit.

³³ RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983. Sulla tutela del completo svolgimento della persona all'interno della famiglia: PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1997. Secondo AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003, p.4, all'interno della famiglia prevalgono gli interessi del singolo componente ma ciò deve trovare un temperamento con i diritti e le libertà degli altri membri.

³⁴ FERRANDO, *Art. 158-separazione consensuale*, in Balestra L., *Della famiglia*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli E., Utet, Torino 2010. In generale sull'autonomia negoziale familiare: AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. Dir. Civ.* 2004, FERRANDO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari. L'evoluzione nell'ultimo trentennio*, in Dogliotti-Braun, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *riv. dir. Civ.* 2002

Punto di partenza è la distinzione sottesa al codice del 1942 fra l'istituto del "contratto" e quello degli "altri negozi giuridici bilaterali", questi ultimi caratterizzati dalla mancanza di patrimonialità³⁵, con la logica conseguenza della preferenza accordata, in ambito familiare, dallo stesso codice, ai termini "convenzione" o "patto" rispetto a "contratto", ad eccezione di due isolati articoli (art. 162, IV comma, che fa riferimento alla "data del contratto" relativamente alle convenzioni matrimoniali e art. 166 che fa riferimento al "contratto di matrimonio") quasi queste fossero sviste del legislatore. Certamente, però, svista non può essere considerato l'esplicito riferimento contenuto nell'articolo 11 del d.lgs. 70/2003 ai "contratti disciplinati dal diritto di famiglia".

In dottrina, contro il binomio famiglia-contratto, è stato affermato³⁶ che "anche quando consistono in atti bilaterali i negozi familiari non sono comunque inquadrabili nella categoria dei contratti in quanto hanno ad

³⁵ Sul punto, OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, Relazione del 2011

³⁶ BIANCA, *Diritto Civile, II*, la Famiglia-le Successioni, 3 ed. riveduta ed aggiornata, Milano, 2001.

Contrari ancora alla qualificazione degli accordi tra coniugi come contratti, ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1979; BRIGNONE-TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi*, in *i Contratti gratuiti*, a cura di Mazzaresse-Palazzo, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli.

Contraria ancora alla contrattualizzazione degli accordi della crisi coniugale, FASANO, *L'autonomia privata dei coniugi e il controllo giudiziale*, in *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, Fasano, Fasano, Rossano, Giappichelli Editore, Torino, 2010: "sebbene vi siano riflessi di indole patrimoniale nelle determinazioni prese o da assumere, la categoria dell'accordo convenzione soddisferebbe meglio le necessità di natura extrapatrimoniale che coinvolgono i rapporti, anche quando si controverta di diritti suscettibili di valutazione economica".

oggetto rapporti giuridici non patrimoniali” e che quindi “i negozi giuridici familiari costituiscono, nell’autonomia privata, una categoria a sé”. È agevole replicare considerando la lettera degli artt. 1321 e 1324 c.c., secondo i quali è contratto ogni atto, non unilaterale, tra vivi avente contenuto patrimoniale: non si può dunque dubitare della contrattualità ove l’accordo tra coniugi abbia ad oggetto la sfera degli interessi familiari di natura patrimoniale.

In effetti sono proprio tali articoli ad aver giocato il ruolo principale nel percorso che ha portato a parlare abitualmente di “contratti di famiglia”³⁷ anche grazie ad una costante interpretazione estensiva fattane³⁸.

³⁷ Concordi, ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale*; BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. Giur.*, 2000; COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995

Ammettono il contratto nei rapporti familiari anche: RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; RUSSO, *Negozi giuridici e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l’applicazione dell’accordo 18 febbraio 1984 tra l’Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1989; RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991; CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. Civ.*, 1996, II; SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996

Dottrina contraria: DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi coniugale*, relazione presentata all’incontro di studio sul tema: *Temi attuali del diritto di famiglia*, organizzato dal CSM e tenuto a Frascati dal 28 al 30 ottobre 1999

³⁸ In tal senso ancora FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, già citato; il quale ha persino esteso la disciplina del contratto non solo agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale ma anche a negozi privi del carattere della patrimonialità. TRIMARCHI, *Accordo*, in *Enc. Dir.*, I, 1958, sostiene che il carattere principale del contratto sia la contrapposizione di interessi e per questo lo ammette anche in ambito familiare.

Nel corso degli ultimi anni, infatti, il richiamo alle regole in tema di autonomia contrattuale è stato sempre più frequente³⁹ a seguito della constatazione che “ove tra le parti si convenga l’attribuzione di diritti e l’assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non parrebbe contraddire alla definizione dell’art. 1321 c.c. la qualificazione di contratto”⁴⁰ e con specifico riferimento alla fase patologica del coniugio si è aggiunto che “non può sfuggire - al di là della considerazione dei caratteri della bilateralità e della patrimonialità dell’atto - come proprio la crisi della famiglia, con le laceranti conflittualità cui dà luogo, rappresenti un momento tipico per lo svolgimento della tipica funzione mediatrice del contratto”⁴¹.

Concorde, in tal senso, anche la Cassazione⁴², la quale per ben due volte, pronunciandosi sulla validità degli accordi preventivi tra coniugi in merito alle conseguenze patrimoniali dell’annullamento del matrimonio, ha fatto riferimento al principio di libertà contrattuale di cui all’art. 1322 e da ultimo⁴³ ha affermato che “l’accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio [...] ha natura sicuramente negoziale e talora

³⁹ Cass. 18066/2014: “Oggi, escludendosi in genere che l’interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un’ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela, là dove essa non contrasti con l’esigenza di protezione dei minori o comunque dei soggetti più deboli, si afferma con maggior convinzione”.

⁴⁰ RESCIGNO, *Contratto in generale*, in Enc. Giur, Treccani, IX, Roma, 1988

⁴¹ BALESTRA, *L’evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in Riv.Dir. Civ., 2010

⁴² Cass. 13 gennaio 1993 n.348

⁴³ Cass 18066/2014

da vita ad un vero e proprio contratto”⁴⁴, aggiungendo che se anche così non fosse, “all’accordo stesso sarebbero sicuramente applicabili alcuni principi generali dell’ordinamento, come quelli attinenti alla nullità dell’atto o alla capacità delle parti, ma pure alcuni più specifici, ad esempio relativi ai vizi della volontà, del resto richiamati da varie norme codicistiche in materia familiare” (dalla celebrazione del matrimonio al riconoscimento dei figli nati al di fuori di esso). La stessa Corte, d’altronde, già in precedenza aveva applicato a tali accordi la disciplina della formazione del consenso⁴⁵ e quella in materia di interpretazione del contratto⁴⁶.

Al riguardo, è opportuno comunque sottolineare come sia tipico degli effetti dell’attività negoziale che questi non siano necessariamente, sempre ed in quanto tali, commisurati alla volontà delle parti ben potendo, in maggiore o minore misura, divergere dal voluto senza che con ciò il carattere negoziale della manifestazione della volontà possa ritenersi del tutto pregiudicato. Se quindi può dirsi che l’autonomia privata non viene meno in presenza della tipicità degli effetti, rimanendo pur sempre l’iniziativa frutto di una libera scelta, si viene a circoscrivere l’ambito dell’indisponibilità ed ampliare

⁴⁴ Sempre nella stessa sentenza si legge: “Nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, ma pure in caso di precisazioni comuni che concludano e trasformino il procedimento contenzioso di separazione e divorzio, si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale (tra le altre, Cass. n. 17607/2003), che, frequentemente, per i profili patrimoniali si configura come un vero e proprio contratto”.

⁴⁵ Cass. 29 aprile 1983, n.2948

⁴⁶ Cass. 8 novembre 2006, n. 23801, in tal caso con riferimento ad una pattuizione a latere rispetto all’accordo di separazione omologato

corrispondentemente quello dell'ammissibilità di manifestazioni di volontà aventi contenuto diverso rispetto agli schemi contrattuali tipici.

La contrattualizzazione del diritto di famiglia ha fino oggi assolto due funzioni: se da un lato ha permesso di qualificare come giuridiche situazioni che per il legislatore non lo erano, dall'altro ha permesso ai privati di riorganizzare e ridistribuire la ricchezza grazie a strumenti e regole confacenti i loro interessi concreti, in passato eccessivamente limitati dal concetto di status⁴⁷.

Certo è che, sebbene di contratto si possa anzi si debba ormai parlare, si tratta pur sempre di un contratto "particolare" per la delicatezza degli interessi coinvolti, che, in quanto tale, richiede speciale attenzione nel determinare condizioni e limiti entro i quali possano essere liberamente regolamentati aspetti che, se pur di natura patrimoniale, coinvolgono valori personalistici ed esistenziali delle parti⁴⁸. Da qui l'esigenza di guardare alla "giustizia" del contratto e all'equilibrio dei relativi effetti,

⁴⁷ Sul punto, DE CRESCENZO, *Gli accordi prematrimoniali e la nuova stagione delle convenzioni matrimoniali*, in *La Gazzetta Notarile, Rivista per il notariato di Itali*, n. 10/12 Ottobre-Dicembre, 2013

⁴⁸ Per l'individuazione degli ambiti e delle modalità entro i quali essa si esplica, vedi: SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, Comm. alla riforma del diritto di famiglia a cura di Cassaro-Oppo-Trabucchi, Padova, 1977, I, 1, sub art. 159; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu-Messineo, VI, tomo I, sez. 1, Milano, 1979; RUSSO, *Convenzioni matrimoniali e altri saggi nel nuovo diritto di famiglia*, 1983; ROPPO, *Voce Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario Utet*, libro I, 1, parte 3, Torino, 1983; GABRIELLI-CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1987; GALASSO-TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, artt. 159-230, in *Comm. al Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1999. Più recenti OBERTO, sub art. 159, *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di Balestra, artt. 177-342 ter, Torino, 2010; COSTANZA, *Rapporti patrimoniali ed autonomia privata*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato*, a cura di Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008.

tanto più pensando a quale dilatazione abbia subito in questi ultimi anni l'usuale contenuto dell'accordo di separazione. Occorre infatti sempre aver presente che i soggetti dei rapporti familiari sono deboli ed ancora che "un'altra sicura tendenza del nostro tempo è quella di non abbandonare la parte debole al potere contrattuale della parte forte"⁴⁹: si deve quindi strenuamente, evitare di incorrere nel "fenomeno di mercantilizzazione del diritto di famiglia"⁵⁰, in cui la parte più vulnerabile pagherebbe il prezzo dell'avvenuta valorizzazione dell'autonomia privata.

Ecco perché dopo che si sarà fatto cenno alle principali forme di manifestazione dell'autonomia privata, ci si dovrà concentrare sull'individuazione dei limiti invalicabili, ovvero su quali siano ad oggi le norme considerate imperative e quindi inderogabili in *subiecta materia*.

2. PRASSI

a) Espressioni dell'autonomia privata in ambito familiare nella fase fisiologica del coniugio⁵¹

⁴⁹ BIANCA, Diritto civile 2, La famiglia. Le successioni, quarta edizione, Milano, 2005

⁵⁰ DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, Ipsoa, Milano, 1997

⁵¹ "Nell'ambito dei rapporti patrimoniali, da tempo, sull'esistenza di un'autonomia rivata dei coniugi non è più dato riscontrare voci critiche", CUBEDDU, *Autonomia privata e regimi patrimoniali*, trattato di Diritto Privato. I rapporti patrimoniali tra coniugi. Il diritto di famiglia, 3, Giappichelli.

Se gli accordi della crisi coniugale non sono previsti né conseguentemente disciplinati dal legislatore e quindi se l'autonomia negoziale dei coniugi in crisi non ha riconoscimenti normativi, ciò non può dirsi della possibilità per quegli stessi soggetti di concludere negozi di vari tipi in costanza di matrimonio. Il codice civile infatti permette di concludere "negozi familiari"⁵² dal contenuto, a seconda dei casi, patrimoniale o personale ed è a questi che si farà ora un breve cenno. Come affermato in dottrina⁵³, "la contrattualizzazione dei rapporti coniugali è figlia della parità": i rapporti personali tra i coniugi trovano la loro disciplina, prima ancora che nelle norme del codice, nell'art. 29 della Costituzione, che tutela la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio e basa il rapporto coniugale sull'uguaglianza morale e giuridica con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare. L'uguaglianza fra i coniugi si manifesta in primo luogo attraverso la determinazione consensuale del governo della famiglia (art. 144 c.c.)⁵⁴: grazie a tale disposizione si può ormai affermare che "l'accordo è la legge fondamentale di svolgimento del rapporto coniugale"⁵⁵. Circa la qualificazione degli accordi previsti da tale norma si deve dar conto delle perplessità che in passato sorgevano sulla possibilità di ricorrere,

⁵² BIANCA, *Diritto civile* 2,1, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014

⁵³ ZANINI, *Contratti coniugali*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, volume III, *Personae e famiglia*, I, *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon

⁵⁴ Contraria CUBEDDU, Giappichelli: "l'attuazione del principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi [è] garantita primariamente dai diritti e doveri che nascono inderogabilmente dal matrimonio", cit.

⁵⁵ ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, III, 2, 1996

nella materia in esame, alla categoria del negozio giuridico. Peraltro, se fino a quando l'ordinamento italiano si fondava sulla indissolubilità del vincolo, era logico circoscrivere l'autonomia dei coniugi nello svolgimento del rapporto entro uno spazio ristretto, con l'introduzione della possibilità di sciogliere il matrimonio si è dovuto rinunciare a limitare entro schemi rigidi e formali le manifestazioni dell'autonomia privata riguardanti i rapporti familiari. In pratica "se i coniugi possono 'conseguire' lo scioglimento del matrimonio, a maggior ragione possono regolare il contenuto degli effetti di esso"⁵⁶.

All'interno degli accordi di cui all'art. 144 c.c.⁵⁷, i coniugi possono, per esempio, formulare un programma di carattere generale, con scelte ed obiettivi di lungo periodo: dall'intesa sul tenore economico o a quella relativa alla residenza comune alla scelta di adottare un determinato modello di vita.

Tali accordi, sotto il profilo della disciplina, sono ovviamente soggetti al controllo di liceità e meritevolezza dell'interesse perseguito, interesse spesso comune anche se non sono da escludere interessi personali del singolo coniuge.

Per inciso va sottolineato che il problema principale è quello della vincolatività di tali accordi per le parti contraenti e della individuazione

⁵⁶ DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Giuffrè, Milano, 1996

⁵⁷ Tali accordi sono considerati dalla dottrina atti negoziali: SANTORO PASSARELLI, in *Comm. Dir. Ital. Fam.*, II, 507; MOSCARINI, Bianca pag. 65
Contrario BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, La famiglia, Giuffrè, Milano, 2014

degli strumenti per reagire all'eventuale inadempimento di quanto previsto nell'intesa raggiunta. La prima questione da risolvere riguarda la possibilità di applicare il regime giuridico del contratto a tali accordi: ciò è da escludere ovviamente se non li si considerasse negozi ma anche in caso contrario possono nutrirsi dubbi dovuti all'assenza del requisito della patrimonialità che ne determina l'inconciliabilità con molte delle regole dettate dagli artt. 1321 ss⁵⁸ c.c.. In particolare, si discute sulla possibilità di applicare l'art. 1372 c.c. e cioè quello della forza di legge dell'accordo tra le parti. Infatti qui occorre trovare un equo temperamento tra l'esigenza di stabilità dell'intesa e quella della flessibilità⁵⁹, che sconsiglia rendere coercibile un accordo non più conforme agli interessi della famiglia. Ecco perché è dato ormai acquisito quello del carattere necessariamente *rebus sic stantibus*⁶⁰ delle intese familiari che consente di chiederne anche unilateralmente la revisione.

In caso di inosservanza di tali accordi non può ammettersi, almeno nella maggior parte dei casi, il ricorso all'esecuzione coattiva, a meno che si tratti di attuare un comportamento di contenuto esclusivamente

⁵⁸ DORIA, cit.

⁵⁹ AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Zanichelli, Bologna, 1995

⁶⁰ Comm. al c.c. a cura di PAOLO CENDON, art. 143-230 bis c.c., Giuffrè, 2009: "A seconda della natura che si intenda attribuire all'intesa ex art. 144 c.c., viene in luce una ben precisa finalità ad essa sottesa; e così rilevanza preminente risulta accordata al valore della stabilità da parte degli assertori della natura negoziale; mentre, all'opposto, quanti negano a tale intesa la vincolatività propria di un negozio giuridico mirano a valorizzare la dimensione dello scambio e del dialogo dei coniugi, parti di una negoziazione continua ed instancabile". In tale ultima ipotesi RODOTA', 1981, parla di "rinnovare continuamente le ragioni della convivenza attraverso una determinazione comune delle sue caratteristiche e modalità".

patrimoniale. Al contrario, ove siano coinvolti aspetti personali, l'esecuzione coattiva non è proprio ipotizzabile, potendo l'inadempimento essere sanzionato solo indirettamente ai fini della separazione. Quindi ancora una volta appare confermata la diversa natura di tali accordi a seconda che con essi si incida su rapporti personali o patrimoniali.

Quando la giurisprudenza si è occupata della questione lo ha fatto o a seguito di ricorso ex art. 145 c.c. o per giudicare sulla domanda di addebito della separazione, dovendo sindacare se il rifiuto di onorare il precedente accordo potesse essere considerato un comportamento contrario ai doveri originati dal matrimonio. L'orientamento che appare prevalente tende a negare carattere vincolante agli accordi, esclude la possibilità di imporre al coniuge l'osservanza degli stessi e rinvia alla fase della separazione la rilevanza del mancato rispetto delle intese.

Si è ipotizzato pure il potere di recedere *ad nutum* dall'intesa in qualsiasi momento⁶¹.

Passando agli aspetti patrimoniali inerenti la famiglia, che sono quelli che interessano la presente trattazione, vengono in considerazione molteplici modi in cui l'autonomia privata può manifestarsi⁶²: a partire

⁶¹ In tal senso, Cass. 1983 n. 858

⁶² "Manca tuttavia una norma generale espressa e il termine autonomia non ricorre nella disciplina del regime patrimoniale della famiglia", CUBEDDU, cit.

Vi in dottrina chi individua il fondamento dell'autonomia negoziale nei rapporti familiari nel dettato costituzionale degli artt- 29, 30 e 31: ANGELONI, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1997; BOCCHINI, Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari.

dai cosiddetti “accordi prematrimoniali”, agli accordi inerenti il regime patrimoniale ed a qualunque altro accordo tra i coniugi tanto nella fase fisiologica quanto in quella patologica del coniugio.

Si accennerà solo brevemente alle convenzioni matrimoniali, al fondo patrimoniale, al trust ed al negozio di destinazione in quanto oggetto specifico di questa trattazione saranno gli accordi patrimoniali in occasione di una imminente e già programmata interruzione del rapporto.

Con riguardo alle convenzioni matrimoniali, l'autonomia privata trova fondamento nell'attuale codice civile⁶³ che nel disciplinare il regime patrimoniale riconosce ai coniugi il potere di stipulare le stesse, in mancanza delle quali si applica il regime patrimoniale legale della famiglia ovvero quello della comunione dei beni.

Come già osservato, se in passato le convenzioni matrimoniali avevano una funzione principalmente contributiva, con il mutare dei costumi la loro importanza è stata ridimensionata ed oggi esse possono considerarsi strumenti di distribuzione fra coniugi della ricchezza prodotta⁶⁴.

⁶³ Artt. 159 e ss.

⁶⁴ Prevale in dottrina l'orientamento che riconduce al contenuto delle convenzioni matrimoniali la sola scelta del regime patrimoniale dei coniugi---vedi più in là. Per una visione più ampia, CUBEDDU, Giuffrè: “tra gli atti di autonomia, alle convenzioni deve riconoscersi un contenuto non solo in vista della definizione di regole di appartenenza dei beni, ma di funzionalizzazione alla causa familiare-patrimoniale prescelta: di condivisione (nel vigore della comunione legale o convenzionale), di destinazione (in presenza del fondo patrimoniale), di separazione; il cui valore causale costituisce uno degli elementi essenziali degli atti negoziali dei coniugi soggetti alle disposizioni speciali di cui agli artt. 159 e ss c.c.”

Di fatto dall'art. 161 c.c. si ricava che è consentita l'adozione di un regolamento pattizio tra coniugi che, in tale materia, possono operare scelte di ampio respiro, pur se, a monte, vi è l'opzione di fondo tra un regime di separazione e un regime di comunione. Non si è ancora raggiunta unanimità di vedute circa i limiti entro cui tali scelte possano effettuarsi: così non manca chi sostiene che non esista un regime di comunione convenzionale autonomo rispetto a quello legale, giacché l'art. 210 consente soltanto semplici modifiche⁶⁵ e chi è invece di diverso avviso⁶⁶.

La questione non ha valore meramente nominalistico poiché la soluzione cui aderire ha ricadute sia sul problema interpretativo relativo alle eventuali lacune nella disciplina pattizia, sia su quello applicativo dell'eventuale violazione di norme imperative.

Con riguardo al fondo patrimoniale, esso non sarebbe propriamente una convenzione matrimoniale in quanto non è volto ad integrare o derogare il regime legale nei rapporti patrimoniali tra coniugi; tuttavia la giurisprudenza lo ritiene tale in quanto da sempre considera centrale rispetto al fenomeno convenzionale la disciplina delle risorse finalizzate alla vita del nucleo familiare. Scopo del fondo è quello di tutelare le esigenze della famiglia: dalle necessità primarie al mantenimento del

⁶⁵ IRTI, *Della comunione convenzionale*, in Comm. Rif. Dir. Fam. I,1, Padova, 1997; DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali in generale*, in Vita not., 1975; RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in Le convenzioni matrimoniali, 1983

⁶⁶ DE PAOLA E MACRI', *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978; GRASSO, *La comunione convenzionale*, in Tratt. Dir. Civ. diretto da Rescigno, III, 1982

tenore di vita liberamente scelto dai coniugi, creando un patrimonio destinato.

Affini e similari al fondo patrimoniale sono il trust e il negozio di destinazione che realizzano un effetto segregativo di risorse destinate ad uno scopo meritevole di tutela.

Occorre infine rilevare l'importanza fondamentale che la contrattualizzazione e quindi la più completa libertà negoziale ha assunto nell'ambito della famiglia di fatto. La famiglia di fatto non è solo la scelta obbligata per le coppie omosessuali, ma anche, e sempre più spesso, la scelta libera di coppie eterosessuali, che così possono concordare, contrattualmente appunto, le regole della loro famiglia ed adattarle, senza alcuna difficoltà e senza dover osservare rigidi schemi legislativi, ai loro interessi, desideri e necessità. D'altronde, a seguito della riforma della filiazione del 2012, "di fatto" rimane solo la relazione di coppia, mentre quella con i figli diviene a tutti gli effetti "di diritto".

b) Accordi patrimoniali in vista di una crisi futura e meramente eventuale⁶⁷

Gli accordi in vista di una crisi futura e meramente eventuale non saranno oggetto della presente trattazione in quanto, seppur a prima vista simili agli accordi assunti in sede di separazione o divorzio, essi sono ontologicamente diversi. Il loro presupposto causale non è infatti la crisi coniugale (la quale, si vedrà, viene al più dedotta in condizione); essi non sono conclusi nelle more dell'allentamento o dello scioglimento del vincolo bensì nel periodo fisiologico del coniugio, o addirittura prima del matrimonio, quando le future recriminazioni e rivendicazioni sono ancora lontane; essi non tendono a sistemare le ragioni di dare ed avere originatesi effettivamente dalla vita in comune, la quale continuerà a svolgersi e ad originare altre ragioni affini; essi non hanno un oggetto determinato, calcolabile, valutabile in quanto ancora futuro ed incerto, meramente eventuale e quindi suscettibile di una quantificazione ipotetica. È per questo che gli accordi "in vista di una crisi" non possono essere studiati insieme a quelli "della crisi", non essendo possibile accomunare due realtà distinte ai fini del giudizio di

⁶⁷ La giurisprudenza di legittimità nega la validità di accordi regolatori delle conseguenze della crisi coniugale: Cass. 3777/1981; Cass. 3080/1985; Cass. 8502/1987; Cass. 11788/1990; Cass. 6857/1992; Cass. 9840/1991. Concorde anche AULETTA, Gli accordi sulla crisi coniugale, in *Famiglia*, 2003, I.

Contrari a tale atteggiamento di chiusura: ANGELONI, Separazione fra coniugi e divisione dei beni, in *Contr. e impr.*, 1991; COMPORTI, Autonomia privata e convenzioni preventive; MORELLI, Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia, in *Fam. Dir.*, 1994; DORIA, Autonomia privata e <<causa>>. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, Giuffrè, Milano, 1996; BALESTRA, Accertamento della filiazione naturale e transigibilità dei diritti successori tra indisponibilità e autonomia, in *Contr. e impr.*, 2000.

ammissibilità e meritevolezza degli interessi. Tale necessaria distinzione fra le due categorie di accordi emerge chiaramente in giurisprudenza: come vedremo, se con riferimento ai primi essa è rimasta ferma nel predicarne la nullità, con riferimento ai secondi, dopo una passata e ormai lontana chiusura, essa li considera validi ed idonei a tutelare al meglio gli interessi dei coniugi nella fase terminale del loro rapporto.

Ciò non toglie che vi siano anche dei punti di contatto fra gli accordi in vista e gli accordi della crisi coniugale, essendo tutti diretti a disciplinare la fine di un organismo che, forse con eccessiva libertà, verrà in seguito definito "ente associativo" ed è per questo che si farà ai primi un breve cenno.

Si tratta di convenzioni che possono essere concluse prima del matrimonio o in costanza dello stesso, destinate a regolare l'eventuale futura crisi del matrimonio, contemplando, sin dalla loro conclusione, quali saranno le prestazioni a carico dell'uno o dell'altro coniuge.

Grazie a tali accordi i coniugi possono gestire anticipatamente e d'intesa tra loro i rapporti patrimoniali per evitare di doverli regolare in un momento successivo ovvero a crisi in atto, perché spesso allora entrano in gioco anche possibili recriminazioni e rivendicazioni. Per fare qualche esempio, si può considerare il caso in cui si concordi, in

caso di crisi, l'attribuzione da parte un coniuge a favore dell'altro di una somma periodica o capitalizzata o il trasferimento di diritti reali immobiliari con il vincolo di destinarne i frutti al mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica o ancora i caso in cui si concordi la rinuncia da parte di un (futuro) coniuge ad essere mantenuto dall'altro, facendo salvo l'indisponibile diritto agli alimenti.

Tali patti, pur non essendo previsti, rappresentano una realtà in via di diffusione all'interno del nostro ordinamento, non solo per spirito di emulazione di realtà straniere, ma anche per l'aumentata frequenza di matrimoni regolati da più leggi nazionali. Sempre più numerose sono infatti le ipotesi in cui una coppia straniera residente in Italia debba gestire una crisi coniugale già oggetto di un patto prematrimoniale concluso all'estero e valido secondo l'ordinamento di comune provenienza degli sposi.

Infine possono rientrare in tale categoria di accordi quelli assunti in sede di separazione e in vista del divorzio: anche qui le parti disciplinano rapporti futuri e meramente eventuali, seppur sul presupposto di una crisi già attuale, al fine di facilitare lo scioglimento definitivo della relazione coniugale.

c) Accordi patrimoniali in sede di separazione e di divorzio⁶⁸

Se, come autorevolmente sostenuto, l'unità della famiglia dipende da "un regime consensuale permanente"⁶⁹, "anche il dissenso dovrà avere un suo regime"⁷⁰. Di conseguenza è stato possibile applicare, nel silenzio legislativo, analogicamente quanto avviene nella fase fisiologica del coniugio a quella patologica⁷¹ ed a tal fine il contratto è divenuto un mezzo utilissimo⁷².

⁶⁸ Sull'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale, fra gli altri: ANDRINI, *La autonomia privata dei coniugi fra status e contratto*; ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Giuffrè, Milano, 1998; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in I mobili confini dell'autonomia privata, Giuffrè, Milano, 2005; BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in Riv. Dir. Civ., 2005, III, 2; BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in Riv. Dir. Civ., 2003, 1, II; CAPOBIANCO, *Crisi familiare e autonomia privata*, in Rass. Dir. Civ., 2003, IV; CAPONI, *La crisi coniugale tra contratto e giudice. Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio nella crisi coniugale)*, in Foro It., 2008, V, c.163; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Giuffrè, Milano, 1996; EMILIOZZI, *Autonomia contrattuale ed invalidità del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2001; FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in Studi in onore Schlesinger, I, Giuffrè, Milano, 2004; GIUNGHÌ, *Brevi note sull'autonomia privata dei coniugi nei rapporti familiari*, in Regime patrimoniale della famiglia, Maggioli, 2009; GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in Famiglia, persone e successioni, 2006, 12; MURGO, *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2006; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in Tratt. Dir. Fam. Diretto da Zatti, vol. III, Milano, 2002; PROTO PISANI, *La crisi coniugale tra contratto e giudice. Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto potestativo da esercitare necessariamente in giudizio a diritto potestativo sostanziale*, in Foro it., 2008, V, c.161; RUSCELLO, *Autonomia coniugale e crisi della famiglia. Rilievi introduttivi*, in Vita Not., 2005, I; VALIGNANI, *I limiti dell'autonomia privata dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in Famiglia, 2001.

⁶⁹ FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in Riv. Dir. Civ., 1997, I

⁷⁰ ANDRINI, cit.

⁷¹ Sul punto, RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della mediazione familiare*, in Matrimonio e famiglia, Cinquant'anni del diritto italiano, Torino, 2000; PICCIOTTI, *Accordi patrimoniali e cause di divorzio*, in Dir. Giur., 1973; BERGAMINI, *Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale ed in vista di un futuro divorzio*, in Giust. Civ., 1974; I, LISERRE, *Autonomia negoziale ed obbligo di mantenimento del coniuge separato*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1975; DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in Dir. Fam. e pers., 1992; MORACE-PINELLI,

È ormai assai frequente che i coniugi in sede di separazione o divorzio ricorrano a negozi aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari, immediati o differiti, ad effetti reali od obbligatori, ovvero la costituzione di diritti reali di godimento e più in generale attribuzioni di ogni genere per definire l'insieme dei loro reciproci rapporti patrimoniali. Ciò si verifica, a seconda dei casi, per l'adempimento (totale o parziale) dell'obbligo di mantenimento del coniuge debole e della prole minorenni o maggiorenne non economicamente autosufficiente, per l'assegnazione della casa familiare, per la divisione dei beni comuni e del patrimonio coniugale (comprendente mobili, immobili, partecipazioni in società e non solo), per la distribuzione di somme di denaro depositate su conto corrente bancario o postale (da uno o da entrambi i coniugi), per la regolamentazione dell'uso dei beni che rimangono comuni o dell'uso esclusivo di un bene di entrambi; può poi rilevare la volontà di effettuare liberalità, di risolvere liti pendenti o originatesi dall'allentamento o dallo scioglimento del vincolo coniugale o che da essi possano scaturire, di eseguire trasferimenti per

Separazione consensuale e negozi atipici familiari, in Giur. it., 1994, I; PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001

⁷² BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in Riv. Dir. Civ., II, 2003: "la disgregazione dell'unione, privando il matrimonio della sua intrinseca capacità di componimento degli interessi patrimoniali facenti capo a ciascuno dei coniugi, ben può giustificare il ricorso allo strumento negoziale per la risoluzione del conflitto tra le reciproche istanze individuali che riaffiorino proprio in conseguenza della crisi. In questo particolare contesto, viene dunque meno quella contrapposizione tra famiglia e mercato che costituisce una delle obiezioni tradizionalmente addotte contro l'ammissibilità dei contratti tra coniugi, basata sull'antagonismo tra istanze solidaristiche e cooperative sottese alle famiglia e istanze individualistiche proprie del mercato".

riconoscenza o per l'assunzione di responsabilità per il fallimento matrimoniale o al fine di raggiungere un'intesa per la definizione consensuale della crisi⁷³.

Anche i destinatari possono essere i più diversi: uno o entrambi i coniugi; i figli o alcuni di essi ed anche, come ammesso dalla giurisprudenza più recente⁷⁴ un trust del quale siano beneficiari i figli, i coniugi, ma persino un terzo estraneo alla compagine familiare (ad esempio un creditore di uno dei coniugi).

In definitiva il quadro degli accordi economici dei coniugi in occasione della crisi coniugale è ormai fortemente variegato. Sempre più spesso, infatti, i rapporti patrimoniali della coppia vengono regolati al di fuori del procedimento di separazione, sia perché i coniugi stessi decidono di definirli autonomamente, sia perché successivamente modificano gli accordi omologati senza richiedere nuovamente l'intervento del giudice⁷⁵; le stesse considerazioni valgono per gli accordi conclusi a *latere* del divorzio congiunto. Occorre infatti considerare che “il ricorso

⁷³ Cass. 18066/2014: “Nei verbali di separazione consensuale o in quelli recepiti dalla sentenza di divorzio congiunto, sono assai frequenti le clausole contenenti promesse di trasferimenti, ma pure trasferimenti effettivi di proprietà o altri diritti reali su beni immobili o mobili da un coniuge all'altro. Intenti, modalità, contenuti possono essere i più diversi: regolamentazione di tutti o di alcuni rapporti reciproci tra i coniugi, magari anche al fine di prevenire possibili controversie, con un sistema più o meno complesso di concessioni, compromessi, risarcimenti, riconoscimenti, ecc., attribuzioni ed assegnazioni reciproche, talora anche di portata divisoria, ma pure di adempimento dell'obbligo *ex lege* di mantenimento (o comunque di assistenza) a favore del coniuge economicamente più debole”.

⁷⁴ Trib. Siracusa 17-4-2013

⁷⁵ MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, diretto da G. Ferrando, vol. I, Utet, 2001

dei coniugi al meccanismo contrattuale si spiega con l'esigenza di ricercare all'interno del sistema una via alternativa all'intervento del giudice. Nella fase patologica del rapporto il controllo giurisdizionale rappresenta una limitazione all'esercizio dell'autonomia negoziale"⁷⁶.

Di conseguenza nelle procedure inerenti la crisi familiare, l'autonomia privata è considerata la fonte principale, capace di stabilire le condizioni per il raggiungimento di una soluzione concordata, in analogia a quanto avviene nello svolgimento fisiologico della vita familiare⁷⁷. Con particolare riferimento poi alla separazione personale consensuale, essa è "la sede statisticamente più frequente di esercizio dell'autonomia negoziale familiare"⁷⁸. Coerente con tale stato di fatto, l'invito rivolto⁷⁹ al legislatore di rivalutare, "de iure condendo e per quanto possibile de iure interpretando", i patti regolatori dei rapporti

⁷⁶ FASANO *L'autonomia privata dei coniugi e il controllo giudiziale*, in Rapporti patrimoniali e crisi coniugale, Fasano, Fasano, Rossano, Giappichelli, Torino, 2010. Concorde, CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*: "rimettere alla libera iniziativa e alla scelta consapevole degli interessati la determinazione di necessità e aspettative concrete è una prassi che deve essere incoraggiata. E non solo perché non minaccia valori e principi degni di protezione. Ma anche per la considerazione che il contratto, se da un lato ha il pregio di evitare i tempi e i costi di una separazione e di un divorzio, sotto altro profilo potrebbe tutelare in maniera più efficiente quel coniuge", cit. BRIGNONE-TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi*, in i Contratti gratuiti, a cura di Mazzaresse-Palazzo, in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno-Gabrielli: la sentenza di divorzio è "limitatamente alla regolamentazione dei rapporti tra coniugi, la peculiare forma imposta dal legislatore per attribuire validità ed efficacia al "contratto" della crisi coniugale volto a disciplinare le conseguenze dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio".

⁷⁷ ANDRINI, cit.; QUADRI, *Problemi di diritto privato*, Napoli, 2002: "la stessa tutela degli interessi dei figli, ritenuta da tempo, in tutti gli ordinamenti sovraordinata ad ogni altra esigenza nella disciplina della crisi familiare, consiglia appunto, l'adozione di modelli di risoluzione della crisi congegnati in modo tale da smussare l'esistente conflittualità, piuttosto che accentuarla".

⁷⁸ ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiare*, Cedam, 1997

⁷⁹ RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e crisi della famiglia*, Napoli, 2001

familiari in quanto “si potrebbero immaginare scelte pattizie della regola sulla dissoluzione del matrimonio, sul governo della famiglia, sul cognome dei coniugi”.

In conclusione, ormai la regolamentazione pattizia caratterizza la definizione consensuale della crisi coniugale, sia per quanto concerne l'accordo di natura personale sul vivere separati o sul porre fine alla comunione di vita materiale e spirituale⁸⁰, sia per quanto attiene agli aspetti di carattere patrimoniale, costituendo una regola che i coniugi devono rispettare nel periodo successivo alla separazione e al divorzio⁸¹.

Si tratta di forme di espressione dell'autonomia negoziale il cui fondamento non è tanto da ricercare in disposizioni normative specificamente dedicate, che come vedremo, sono quasi del tutto inesistenti, quanto nel principio fondamentale dettato dall'art. 1322 del codice civile.

Esemplare in tal senso quanto osservato dalla Cassazione⁸²: “in tema di separazione la natura negoziale dell'accordo da sostanza e fondamento alla separazione e nel decreto di omologazione [...] non è ravvisabile una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti”. Vi è però chi giustamente evidenzia come il “riconoscimento di

⁸⁰ ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in Tratt. Dir. Priv. diretto da Rescigno, III, 1996

⁸¹ In tal senso, fra gli altri, ANDRINI, *Gli accordi di separazione e di divorzio*. Secondo FERRI, *Il diritto statutale e il suo doppio*, in *Oltre il diritto*, a cura di Costanza, Padova, 1994, l'idea che il diritto di famiglia sia il diritto della crisi familiare risale a Rosario Nicolò.

⁸² Cass. 16664/2012

un ambito di autonomia ai coniugi in sede di separazione personale consensuale o di divorzio su domanda congiunta, in occasione della predisposizione dell'accordo che sancisce il loro consenso in ordine alla quiescenza o allo scioglimento del vincolo matrimoniale e alla regolamentazione del regime della loro vita futura, pone all'attenzione dell'interprete la questione dell'inquadramento sistematico dell'accordo medesimo, della sua qualificazione negoziale"⁸³.

Preme già qui sottolineare come il ricorso a tali accordi faciliti la soluzione di quelle questioni patrimoniali tra coniugi che l'autorità giudiziaria non è chiamata a considerare in sede di separazione o divorzio; infatti il giudice deve provvedere sull'assegnazione della casa familiare e deve adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse non solo morale ma anche materiale della stessa ma non è chiamato a regolamentare tutte le altre questioni che pure vengono, o almeno, possono venire in considerazione quali, per fare degli esempi, la divisione del patrimonio formatosi in costanza di matrimonio o la sistemazione di eventuali posizioni di dare ed avere tra i coniugi. Qualora la via negoziale risultasse impraticabile, l'alternativa sarebbe quella di intentare azioni giudiziarie che, oltre ai costi sia per lo Stato sia per i cittadini, non farebbero altro che inasprire i rapporti. Ecco allora che, anticipando le conclusioni cui si perverrà,

⁸³ MANCINI, *Trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione e divorzio. Inquadramento sistematico, uso ed abuso*, in Riv. Not., 2009, VI

può dirsi come gli accordi in esame assolvono una funzione fondamentale e cioè quella di favorire la composizione degli interessi patrimoniali tra coniugi nel momento in cui la comunione di vita tra essi viene a cessare; e tale funzione tanto più è rilevante in quanto qui le questioni patrimoniali sono strettamente collegate a quelle personali non soltanto delle parti ma anche di soggetti, quali i figli, che, pur non avendovi dato causa, della crisi risentono, ed a volte anche pesantemente, gli effetti. L'utilità degli accordi in esame è allora indubbia.

Occorre ora, per meglio inquadrare le problematiche che saranno esaminate oltre, accennare brevemente ai procedimenti di separazione e divorzio, anche alla luce del d.l. 132/2014, convertito in legge 162/2014.

c.1) Disciplina della separazione e del divorzio

La separazione è il rimedio per l'intollerabilità della convivenza ed incide esclusivamente su alcuni degli effetti propri del matrimonio: essa determina lo scioglimento della comunione legale dei beni e la sospensione dei doveri reciproci tra i coniugi di convivenza, fedeltà e collaborazione⁸⁴. Altri effetti invece permangono ma sono limitati o

⁸⁴ Quanto al dovere di assistenza, la dottrina non è concorde. Per BIANCA, *Diritto civile*, tale dovere permane; per DOGLIOTTI, *Il diritto di famiglia*, Trattato Bonilini-Cattaneo, Utet, Torino, 2007 esso viene meno.

disciplinati in modo specifico, come il dovere di contribuire nell'interesse della famiglia, il dovere di mantenere il coniuge più debole e il dovere di mantenere, educare ed istruire la prole.

A differenza di quella giudiziale, che ha titolo nella sentenza del giudice, la separazione consensuale ha titolo nell'accordo dei coniugi omologato dal giudice (art. 711 c.p.c.).

Tanto per l'una, quanto per l'altra, la nuova disciplina dettata dalla riforma del 1975 ha stravolto l'equilibrio tra interessi individuali da un lato e interessi collettivi e superiori dall'altro. Così mentre la separazione consensuale assume, secondo l'opinione prevalente⁸⁵, natura negoziale e diviene una delle più importanti manifestazioni dell'autonomia privata in ambito familiare, la separazione giudiziale perde i tradizionali elementi distintivi della colpa e della tassatività⁸⁶. La volontà di separarsi assume quindi i caratteri di un vero e proprio diritto potestativo.

Il divorzio è lo scioglimento giudiziale del vincolo coniugale quando ricorra una delle ipotesi tassativamente predeterminate dal legislatore.

⁸⁵ ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997; BIANCA, "negozio giuridico bilaterale", cit.

⁸⁶ Prima infatti la separazione poteva essere chiesta solo in ipotesi tassative "contro" un coniuge colpevole. Sul punto: BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, III ed., Utet, Torino, 2005; BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in Dig. Sez. civ., vol. XVIII, Torino, 1998, DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Utet, Torino, 1995; FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1984; GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in Commentario Cian, Oppo, Trabucchi, II, Cedam, Padova, 1992; MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. Disciplina sostanziale*, in Enc. giur., vol. XXVIII, Roma, 1992; ROSSI CARLEO, *La separazione ed il divorzio*, in Trattato Bessone, IV, Il diritto di famiglia, 1, Giappichelli, Torino, 1999; ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in Trattato Rescigno, 3, II, Utet, Torino, 1996.

Comporta l'estinzione dei doveri reciproci, che sono sostituiti da un "attenuato impegno di solidarietà postconiugale"⁸⁷, che si traduce, a seconda dei casi, in un assegno vitalizio o in un'assegno successorio, fermi restando i doveri verso i figli.

Con la legge del 1987 è stato previsto un giudizio per direttissima, promosso dai coniugi per domanda congiunta, nella quale devono essere contenute le pattuizioni riguardanti i figli ed i rapporti economici fra i coniugi.

Se questo era il quadro fino a pochi mesi fa, il d.l. 132/2014, attuato da l.162/2014, ha stravolto il rapporto fra autonomia delle parti e intervento del giudice, a netto favore della prima e segnato un decisivo punto di svolta, attenuando marcatamente l'indisponibilità che ha da sempre caratterizzato questo settore del diritto. Se vi è infatti l'accordo fra i coniugi, tanto in merito alla separazione o al divorzio, quanto in merito alle modifiche delle condizioni stabilite nei procedimenti di separazione e divorzio già sanciti, vi è la possibilità della negoziazione assistita da parte degli avvocati, almeno uno per parte. L'accordo, contenente la modifica dello status, le conseguenze economico-patrimoniali della cessazione del rapporto matrimoniale, nonché le disposizioni inerenti i figli e quindi il loro affidamento e mantenimento, deve essere poi trasmesso al pubblico ministero per il controllo. Si può poi, in limitati casi, ovvero in assenza di prole minorenni o

⁸⁷ BIANCA, cit.

maggiorenne incapace o portatrice di handicap o economicamente non autosufficiente, ricorrere persino all'ufficiale dello stato civile, senza alcun controllo giudiziale, con l'unico divieto di inserire nell'accordo qualsivoglia pattuizione economica.

c.2) Separazione di fatto. Nozione

Per separazione di fatto si intende la modifica dello stato dei coniugi dovuta al solo dato obiettivo dell'effettiva interruzione della convivenza. Ciò avviene in assenza di una pronuncia di separazione giudiziale o di un accordo omologato dal Tribunale. Alla base di tale separazione vi può essere tanto un accordo, espresso o tacito, quanto una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi portata a conoscenza dell'altro e da questi accettata o esteriorizzata in modo idoneo, senza possibilità di equivoci, a comprovare l'intento di dissolvere il rapporto coniugale⁸⁸, ma anche un semplice presupposto di carattere oggettivo, ovvero "il difetto del *consortium vitae* – e cioè di quel minimo di convivenza caratterizzato da una certa organizzazione domestica comune, dalla disponibilità al reciproco aiuto personale e normalmente

⁸⁸ Fra le altre Cass. 2837/1981

da rapporti sessuali – unito ad un presupposto di carattere soggettivo la mancanza dell'*affectio coniugalis*'⁸⁹.

c.3) Accordi nella separazione di fatto

L'accordo volto a disciplinare l'aspetto patrimoniale della separazione di fatto, seppur non omologato, non è privo di effetti giuridici⁹⁰.

La giurisprudenza sul punto afferma che ai coniugi “non è [...] vietato di regolare l'assetto patrimoniale del rapporto di fatto scaturito dall'accordo di separazione”⁹¹ e che “l'inefficacia della separazione consensuale non omologata non incide sulla validità delle pattuizioni patrimoniali stipulate dai coniugi in occasione della separazione stessa”⁹², validità circoscritta alle pattuizioni inerenti l'obbligo di mantenimento purché siano fatti salvi i diritti inderogabili della prole e, non senza riserve, i bisogni necessari del coniuge beneficiario. La delicatezza degli interessi coinvolti, come vedremo, infatti, non consente di lasciare una illimitata libertà all'autonomia dei coniugi, tanto che “per gli aspetti patrimoniali, l'indisponibilità dei diritti nascenti dal matrimonio, e la protezione degli interessi della prole, fanno

⁸⁹ Cass. 3709/1977

⁹⁰ Sul punto, Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in Tratt. Dir. Priv., diretto da Rescigno, III, II ed., Utet, Torino, 1996 e Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Contenuti e disciplina, Giuffrè, Milano, 1999

⁹¹ Cass. 7470/1992

⁹² Cass. 2731/1970

ritenere che il coniuge separato di fatto il cui interesse sia sacrificato dall'accordo o che ritenga l'accordo contrastante con l'interesse dei figli, possa adire il giudice per chiedere la condanna dell'altro a un adeguato contributo, a nulla rilevando l'opposizione dell'accordo ad opera di quest'ultimo"⁹³.

La Cassazione, inoltre, ha considerato tale tipo di accordo "un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina"⁹⁴; d'altronde i problemi da esso sollevati sono affini a quelli degli accordi *a latere* della separazione consensuale.

c.4) Il consenso dei coniugi e l'omologazione del giudice nella separazione consensuale

La separazione personale si articola in più fasi basate su due momenti principali, ovvero l'intesa dei coniugi e l'omologazione del giudice, il cui reciproco rapporto è stato oggetto di un complesso e articolato dibattito. Vi era chi⁹⁵ ravvisava nel provvedimento giudiziale il fulcro dell'intero procedimento, relegando l'accordo a mero presupposto di quello, chi invece riteneva i due elementi "egualmente necessari e

⁹³ Zatti e Mantovani, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158 c.c.)*, Cedam, Padova, 1983

⁹⁴ Cass. 9034/1997

⁹⁵ Fra gli altri, CICU, *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1914

concorrenti”⁹⁶ e chi⁹⁷ infine ravvisava nel consenso il “momento essenziale dell’intero procedimento”.

A partire dalla riforma del 1975, che non solo ha riconosciuto ampio spazio all’autonomia dei coniugi ma ha anche previsto al secondo comma dell’art. 158 c.c. la restrizione del controllo giudiziale alle sole intese relative alla prole, la soluzione sembra esser stata raggiunta. Fonte della separazione è ormai inequivocabilmente l’accordo fra i coniugi e il provvedimento di omologazione è mera condizione legale di efficacia. Chiaro in tal senso risulta il dettato normativo: l’art. 158 c.c. stabilisce che la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l’omologazione del giudice e l’art. 711 c.p.c. stabilisce che la separazione acquista efficacia con la omologazione del tribunale. La stessa Suprema Corte⁹⁸ ha affermato che tali articoli attribuiscono al provvedimento di omologazione il valore e la funzione di elemento esterno, condizionante l’efficacia della fattispecie prevista dal legislatore e non il perfezionamento della stessa, aggiungendo che l’ordinamento non consente al giudice di sindacare i motivi della separazione “in piena coerenza con la centralità del principio del consenso nel modello di famiglia delineato dalla legge di riforma ed in ragione del tasso di negoziabilità dalla stessa legge riconosciuto in

⁹⁶ Fra gli altri, D’ANTONIO, *Irrevocabilità del consenso dei coniugi alla separazione*, RDC, II, 1959

⁹⁷ Fra gli altri, MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, Utet, Torino, 1962

⁹⁸ Cass. 17607/2003

relazione ai diversi momenti ed aspetti della dinamica familiare”. Il controllo del giudice è infatti meramente formale (scendendo nel merito solo per le pattuizioni inerenti i figli minori) e quindi “si presenta come atto dovuto”⁹⁹.

Occorre infine distinguere l'efficacia dell'accordo dall'efficacia della separazione: il consenso sarà infatti produttivo di effetti (si è già scritto quali esaminando la separazione di fatto) anche in assenza dell'omologazione. Il provvedimento del giudice aggiunge a tali effetti la modifica dello status coniugale e la pubblica certezza sul regime di separazione tra coniugi.

c.5) Il contenuto necessario ed eventuale

Già nel 1943¹⁰⁰ si evidenziava la netta distinzione fra il negozio di separazione in senso stretto, ovvero l'atto con cui i coniugi influiscono direttamente sul rapporto, e gli atti e i negozi che ad esso si accompagnano, i quali “figurano occasionalmente e la cui assenza non

⁹⁹ DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996.

DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Principi generali. I rapporti patrimoniali tra coniugi, II, ed. Giuffrè, Milano, 1996: “considerando che l'accordo di separazione si inserisce in una tipica fattispecie procedimentale di volontaria giurisdizione, della quale la fase terminale è il decreto di omologazione, non idoneo ad acquistare efficacia di giudicato e passibile di riesame nella sua legittimità sostanziale dallo stesso organo giudiziario che lo ha emesso, oltre che dal giudice del reclamo, ne consegue [...] che i vizi e le anomalie dell'accordo di separazione si tramutano in vizi ed anomalie del procedimento e quindi possono essere fatti valere dalle parti soltanto nei limiti e secondo le regole di impugnazione e di revocazione previste per la procedura ordinaria: reclamo alla Corte d'Appello (art. 739 c.p.c.), richiesta al tribunale competente per la revoca delle condizioni della separazione per vizi di legittimità sostanziale (art. 742 c.p.c.).

¹⁰⁰ FALZEA, *La separazione personale*, Giuffrè, Milano, 1943

pregiudica la validità del negozio” principale; atti e negozi autonomi seppur collegati l’uno all’altro per motivi sia formali (l’essere contenuti nel verbale) sia funzionali.

Nel mutato contesto del diritto di famiglia sopravvive e si consolida, tanto in dottrina¹⁰¹ quanto in giurisprudenza, la distinzione fra un contenuto essenziale¹⁰² ed un contenuto eventuale¹⁰³. Il primo può essere identificato con il complesso delle pattuizioni, clausole e condizioni che devono essere contenute nell’accordo di separazione per permettere che esso venga giuridicamente ad esistenza ed sia produttivo di effetti; il secondo, invece, può essere identificato con il complesso delle pattuizioni, clausole e condizioni che possono volontariamente essere incluse nell’accordo e la cui assenza non incide in alcun modo sul perfezionamento, sull’efficacia e sulla validità dell’accordo.

Se detta distinzione è pacifica, non vi è invece uniformità di vedute sul contenuto degli accordi che dovrebbero comporre l’una e l’altra categoria¹⁰⁴: ciò varia, infatti, a seconda dello spazio di azione che si vuole riconoscere all’autonomia privata.

¹⁰¹ FERRANDO, cit.; CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, 2006

¹⁰² O tipico o principale

¹⁰³ O atipico o accessorio

¹⁰⁴ “Non sembra che detti termini abbiano conseguito, sul piano del significato, una condivisa traduzione concreta”, MARTINO, *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2007, I

L'orientamento più restrittivo include nel contenuto essenziale non solo la dichiarazione di volontà di modificare lo status ovvero l'accordo sul vivere separati, bensì anche le pattuizioni concernenti l'affidamento, l'educazione e il mantenimento della prole minorenni, l'assegnazione della casa familiare, la misura e modalità di mantenimento del coniuge privo di redditi propri adeguati. Nel contenuto eventuale vi include i patti e i negozi dipendenti che pur divenendo operativi in vista della separazione hanno natura accessoria in quanto meramente occasionati, e non già determinati sul piano causale, dalla separazione¹⁰⁵. Concorde in tal senso anche la giurisprudenza di legittimità¹⁰⁶, secondo la quale, tanto in occasione della separazione, quanto in occasione del divorzio, "nell'accordo tra le parti si ravvisa un contenuto necessario (attinente all'affidamento dei figli, al regime di visita dei genitori, ai modi di contributo al mantenimento dei figli, all'assegnazione della casa coniugale, alla misura e al modo di

¹⁰⁵ In tal senso DE PAOLA, ma anche Cass. n. 2788/1991: "l'accordo con il quale i coniugi pongono fine alla convivenza regolando i loro rapporti intersoggettivi e nei confronti della prole può racchiudere una pluralità di pattuizioni oltre quelle integranti il suo contenuto tipico e consistenti nel consenso a vivere separati e in tutte le altre clausole eventualmente necessarie al fine dell'instaurazione del nuovo regime di vita (in ordine all'assegno di mantenimento, all'affidamento e al mantenimento della prole, al diritto di visita ai figli, all'assegnazione della casa familiare ecc). Esso può invero riguardare anche negozi che pur trovando sede d'occasione nella separazione contestuale non hanno causa in questa in quanto non sono direttamente collegati ai diritti e agli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio: tali negozi pertanto non si configurano come convenzioni di famiglia quali figure giuridiche distinte dai contratti e caratterizzate da un sostanziale parallelismo di interessi e volontà [...] ma costituiscono libere espressioni di libera autonomia contrattuale. Come questa Suprema Corte ha frequentemente affermato [...] è diritto di ciascuno dei coniugi condizionare il proprio consenso alla separazione personale ad un soddisfacente assetto globale dei propri interessi economici, sempre che con tale composizione non si realizzi una lesione di diritti inderogabili."

¹⁰⁶ Cass. 18066/2014

mantenimento ovvero alla determinazione di un assegno divorzile per il coniuge economicamente più debole) ed uno eventuale (la regolamentazione di ogni altra questione patrimoniale o personale tra i coniugi).”

L'orientamento più liberale, al contrario, include nel contenuto essenziale il solo accordo sulla cessazione della coabitazione, lasciando tutto il resto al contenuto eventuale e quindi alla libera determinazione da parte dei coniugi. In tal senso si è espressa in passato anche la Corte di Cassazione¹⁰⁷, affermando che “come questa Corte ha già rilevato (Cass. 25 settembre 1978 n. 4277) detto accordo ha un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati - e 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; situazioni economiche connesse).”

La soluzione andrebbe probabilmente trovata nel contemperamento tra i due contrapposti orientamenti: mentre è infatti condivisibile inserire nel contenuto eventuale le clausole relative al mantenimento del coniuge e più in generale le pattuizioni inerenti i rapporti patrimoniali, come sostenuto dall'orientamento più liberale, le pattuizioni concernenti i figli minori non possono non far parte del contenuto essenziale.

¹⁰⁷ Cass. 4306/1997

In definitiva il contenuto essenziale è costituito dall'intesa di vivere separati, ovvero dal negozio di separazione in senso stretto, e dalle pattuizioni concernenti la prole minorenni, cioè dagli aspetti disciplinati da norme imperative (come si vedrà più avanti), mentre il contenuto eventuale è costituito dall'insieme delle altre condizioni della separazione, di natura patrimoniale (ad es. eventuali trasferimenti di immobili) così come di natura meramente personale (ad es. in materia di uso di cognome del marito).

Tale distinzione comporta rilevanti conseguenze pratiche. Mentre la mancanza delle pattuizioni relative al contenuto essenziale incide sulla validità e sulla possibilità di omologazione dell'accordo, il contrario deve dirsi con riguardo all'assenza delle pattuizioni relative al contenuto eventuale, in quanto su queste i coniugi ben potrebbero accordarsi in un momento successivo. Inoltre, mentre le vicende posteriori al perfezionamento della separazione incidono sul contenuto essenziale, quello eventuale è ad esse insensibile. Infine se l'omologazione è necessaria quale condizione di efficacia del contenuto essenziale dell'accordo¹⁰⁸, che necessita del controllo giudiziale per la natura degli interessi coinvolti, essa non lo è con

¹⁰⁸ In tal caso spetterebbe infatti al giudice "un'essenziale funzione di controllare che i patti intervenuti tra i coniugi siano conformi agli interessi superiori della famiglia", Cass 9287/1997

riferimento a quello eventuale¹⁰⁹ che trova la sua unica legittimazione nell'art. 1322 c.c..

In tal modo ci si è però spinti oltre: si è manifestata infatti la tendenza ad inserire nell'accordo di separazione una vasta molteplicità di negozi, "la cui effettiva attinenza agli interessi familiari desta fondate perplessità specie quando si tratta di stipulazioni che dalla separazione traggono soltanto l'occasione o, peggio, inserimento per soli motivi di convenienza fiscale"¹¹⁰. Si è cioè trasformato l'accordo di separazione in un "contenitore di atti eterogenei"¹¹¹. Tuttavia di fronte a questa osservazione rimane da sottolineare la difficoltà per l'interprete di operare una distinzione puntuale tra pattuizioni che possono trovare spazio negli accordi in esame e pattuizioni che invece sarebbero da considerare ad essi estranee; ci si deve infatti interrogare su quale potrebbe essere un criterio valido in tutti i casi e la difficoltà è tanto maggiore in quanto le situazioni che possono venire in considerazione mutano anche grandemente a seconda del patrimonio della famiglia e dei rapporti di natura economica tra i coniugi, per tacere delle altre circostanze, magari personali, che possono trovare componimento con attribuzioni patrimoniali da un coniuge all'altro o da questi ai figli. Si potrebbe fare l'esempio del genitore che, considerate le preferenze dei

¹⁰⁹ A meno che tale accordo non sia tacitamente condizionato all'omologazione.

¹¹⁰ ARCIERI, *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto a ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, in Fam e Dir., 2008

¹¹¹ BRECCIA, *Voce separazione personale dei coniugi*, in Digesto, disc. priv. sez. civ., IV, 1999

figli, abbia promesso di destinare all'uno la casa in campagna ed all'altro quella al mare e si senta tenuto a porre in essere tali trasferimenti in occasione della separazione; potrebbe farlo considerandosi moralmente obbligato nei loro confronti, ovvero per l'intento di escludere che detti beni possano diventare un domani comuni ad essi e ad altri suoi futuri figli o all'altro coniuge in caso di apertura della successione del disponente in pendenza del termine per la pronuncia di divorzio ovvero ancora perché spinto dall'altro coniuge a farlo, ovvero ancora perché a sua volta l'altro coniuge si determina a fare altrettanto disponendo in favore della prole di beni propri. In un caso del genere può essere arduo ritenere che si tratti di trasferimenti del tutto svincolati dall'accordo di separazione posto che, al contrario, potrebbero a pieno titolo costituire condizioni della stessa ponendo mente al semplice fatto che con ogni probabilità il perdurare della famiglia non avrebbe fatto nascere l'esigenza di porli in essere. Si potrebbe allora sostenere, ripetendo quanto osservato sopra, che il contenuto degli accordi in esame può essere il più vario, come d'altra parte può accadere per l'oggetto di ogni contratto con i soli limiti posti dalla legge. E la questione è tanto più rilevante ove si giunga ad affermare la causa autonoma degli accordi in questione che, con l'individuazione della disciplina ad essi applicabile, consentirebbe una

volta per tutte di dare una risposta alle varie questioni che nella pratica possono verificarsi.

Tornando all'accordo di separazione, la sua natura è assai discussa.

Ai fini che qui interessano, è sufficiente sottolineare come si debba operare una diversificazione in base al contenuto dell'accordo stesso che, come sopra chiarito, va distinto in essenziale ed eventuale. Non può certamente riconoscersi natura contrattuale alle pattuizioni inerenti il contenuto essenziale, avendo esse natura evidentemente personale, in quanto loro funzione è incidere sullo *status*; diversamente va riconosciuta natura contrattuale alle pattuizioni inerenti il contenuto eventuale laddove esse siano volte a costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici di natura patrimoniale. A tal riguardo, è stato giustamente affermato che “potrà dunque parlarsi di veri e propri contratti di separazione consensuale, intendendo per tali gli accordi di carattere patrimoniale su quelle che l'art. 711 c.p.c. definisce le condizioni della separazione, prescindendo dunque, tanto dall'intesa sulla cessazione della coabitazione, che dalle clausole relative all'affidamento della prole e su altre questioni di carattere non patrimoniale”¹¹².

¹¹² OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, Fam. e Dir., 2000

Dubbi invece non sussistono quanto alla disciplina applicabile: la prevalente giurisprudenza, supportata dalla dottrina¹¹³, applica, nei limiti della loro compatibilità, le norme contrattuali concernenti la disciplina del negozio giuridico oppure espressione di principi generali dell'ordinamento¹¹⁴, ammettendo anche l'azione di annullamento per vizi della volontà¹¹⁵.

Solo un'ultima precisazione: il riferimento ad un "contenuto eventuale" operato dalla giurisprudenza sembra voler significare che esso possa mancare ma non anche che, ove sia oggetto dell'accordo delle parti, esso abbia causa diversa, quasi a voler significare che i negozi, pur potendosi ammettere che siano due o più, siano distinti l'uno dall'altro e non invece collegati. In effetti non vi è motivo di negare l'unitarietà causale del negozio con cui i coniugi regolamentano gli effetti della crisi coniugale; la causa non pare dover risentire della ampiezza dell'oggetto del negozio, sia esso, cioè, limitato alle sole pattuizioni necessarie ovvero ricomprenda previsioni di natura matrimoniale diverse da quelle. Con questo non si vuole escludere che talvolta a latere degli accordi della crisi coniugale ma assolutamente svincolati dagli stessi i coniugi separandi o divorziandi pongano in essere

¹¹³ PINTO, *La separazione consensuale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da Ferrando, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Zanichelli, Bologna, 2007: "si tratta, più specificatamente, di un negozio giuridico bilaterale, di diritto familiare, soggetto alla disciplina contemplata dagli artt. 1321 ss. c.c. nei limiti della compatibilità".

¹¹⁴ Cass. 17606/2003

¹¹⁵ Cass. 17902/2004

contratti tra loro non previsti in sede di separazione; in tal caso soltanto si tratterà di negozi distinti.

c.6) Gli accordi non omologati

Per quanto riguarda “gli accordi intervenuti tra i coniugi anteriormente o contemporaneamente alla omologazione della separazione consensuale, ma in essa non trasfusi, essi sono validi solo se si collocano, rispetto all’accordo omologato, in posizione di non interferenza, perché riguardano un aspetto non disciplinato nell’accordo formale e compatibile con esso”¹¹⁶. Così dovrà considerarsi compatibile la pattuizione che non alteri nella sostanza le sinergie raggiunte nell’accordo formale omologato, o perché ne costituisce una specificazione o perché si pone in posizione di

¹¹⁶ RINALDI-VITULLO, *Trasferimenti immobiliari nella separazione e divorzio*, Maggioli, Sant’Angelo di Romagna, 2014

Cass. 18066/2014: “gli accordi omologati (ovvero recepiti dalla sentenza di divorzio) non esauriscono necessariamente ogni rapporto tra i coniugi o tra genitori e figli. Si potrebbero ipotizzare (e nella prassi ciò accade frequentemente) accordi anteriori, contemporanei o magari successivi alla separazione o al divorzio nella forma della scrittura privata o dell’atto pubblico.

A riguardo, la giurisprudenza di questa Corte è variamente intervenuta, con particolare riferimento agli accordi extragiudiziali, in occasione della separazione, attraverso una complessa evoluzione verso una più ampia autonomia negoziale dei coniugi. Dapprima si affermava che tutti i patti intercorsi tra i coniugi, in vista della separazione, anteriori, coevi o successivi, indipendentemente dal loro contenuto, dovevano essere sottoposti al controllo del giudice che, con il suo decreto di omologa, conferiva ad essi valore di efficacia giuridica. Successivamente si cominciò ad effettuare distinzione sul contenuto necessario ed eventuale delle separazioni consensuali, sui rapporti tra genitori e figli, riservati al controllo del giudice, e tra coniugi, che, almeno tendenzialmente, rimanevano nell’ambito della loro discrezionale ed autonoma determinazione, in base alla valutazione delle rispettive convenienze, fino a sostenere successivamente l’autonomia negoziale dei genitori, anche nel rapporto con i figli, purché si pervenga ad un miglioramento degli assetti concordati davanti al giudice [...]”.

maggiore o pari rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art.158 c.c.¹¹⁷ .

Sono inoltre ammessi patti successivi all'omologazione¹¹⁸ , con riferimento ai quali il controllo del giudice è meramente eventuale, in quanto circoscritto alle ipotesi in cui sorga una controversia sulla loro legittimità. Essi conseguono un interesse meritevole di tutela, ovvero quello di adeguare l'accordo omologato a mutate esigenze e possono anche riguardare aspetti concernenti i figli minori¹¹⁹ .

Valgono anche qui le regole generali applicabili a qualunque accordo fra i coniugi non disciplinato esplicitamente dalla legge: loro fondamento si rinviene nell'art. 1322 c.c., con il limite del rispetto delle norme inderogabili.

c.7) Accordi in sede di divorzio congiunto

¹¹⁷ In tal senso, Cass. 22329/2007

¹¹⁸ Cass. 17434/2004: "pur acquisendo la separazione consensuale efficacia con l'omologazione, non è esclusa la validità di pattuizioni stipulate fra i coniugi, anche al di fuori degli accordi omologati, sia posteriori alla omologazione, sia anteriori o contemporanee all'accordo omologato, purché queste non ledano il contenuto minimo indispensabile del regime di separazione e non interferiscano con esso".

¹¹⁹ Cass. 657/1994: "il controllo del Tribunale, in sede di omologazione ex art. 158 c.c., si appunta particolarmente sulla materia dell'affidamento e del mantenimento della prole, ma tale constatazione non può rovesciarsi nella proposizione reciproca secondo cui quella materia, in quanto tale, richiederebbe in ogni caso un momento di controllo giudiziario preventivo, anche quando il relativo negozio intervenga dopo l'omologazione. Tale ipotesi, fra l'altro, implicherebbe uno strumento processuale *ad hoc*, che invece non esiste, prevedendo la legge il procedimento di omologazione della separazione (art. 158 c.c.) ma non procedimenti omologativi di eventuali pattuizioni successive di modifica".

Anche in questa sede trova spazio l'autonomia negoziale poiché le parti possono determinare di comune accordo l'ammontare dell'assegno divorzile che ha comunque la sua fonte nella legge, limitandosi le parti ad accertarne l'esistenza e a fissarne il contenuto: "l'accordo delle parti non muta la causa del diritto all'assegno, e cioè la solidarietà postconiugale e neppure il suo titolo, che è pur sempre la legge"¹²⁰.

Per il resto si rinvia a quanto già esposto con riferimento all'accordo in sede di separazione consensuale tanto per il contenuto quanto per gli accordi *a latere*.

¹²⁰ BIANCA, cit.

3. ANALISI DELLA FATTISPECIE CONTRATTUALE

a) Ricognizione della disciplina normativa

Come già anticipato, le espressioni dell'autonomia privata nella crisi coniugale appaiono eccedenti rispetto al dettato normativo, in tale materia praticamente assente, e ciò a differenza di altri ordinamenti europei, nei quali sono tendenzialmente previste discipline specifiche anche per tali contratti e nei quali, in caso di lacune, è fatta salva l'applicazione delle regole generali.

Per quanto riguarda gli accordi in vista di una crisi futura e meramente eventuale, che si ripete non saranno oggetto della presente trattazione, non esiste alcuna norma, che li preveda o li regoli, anche se è in questi mesi oggetto di discussione alle camere parlamentari un disegno di legge che li introduca.

Per quanto riguarda poi gli accordi in occasione della crisi coniugale, allo stato attuale il nostro ordinamento giuridico in una sola norma, art. 5, comma VIII, legge 898/70, si riferisce al tema in esame, permettendo ai coniugi, previo loro accordo, di prevedere la corresponsione "in unica soluzione" di un assegno di mantenimento, prestazione tradizionalmente prevista come periodica, purché la convenzione appaia equa e con preclusione di qualsiasi successiva domanda avente contenuto economico.

La disposizione non ha riguardo alle attribuzioni patrimoniali in generale, quanto piuttosto a quelle aventi ad oggetto una somma di denaro: rimangono quindi privi di espressa disciplina i trasferimenti mobiliari o immobiliari oggetto della presente trattazione.

Inoltre tale norma non è evocata né in materia di separazione personale né in quella di divorzio congiunto. A tal proposito si potrebbe sostenere che il suo ambito applicativo sia limitato al divorzio contenzioso in quanto, sebbene pronunciato sulla base di una intesa raggiunta dalle parti, la sua stessa natura non permette di sostenere che la decisione del tribunale abbia solo una mera efficacia omologativa dell'accordo delle parti: "la sentenza conserva infatti tutto il valore determinativo e costitutivo che le è proprio, anche in relazione alle clausole economiche"¹²¹ e ciò giustificerebbe non solo la

¹²¹ OBERTO, Prestazioni *una tantum* e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio: "Ora, l'inserimento di un elemento spurio, di un aspetto di negozialità, come l'accordo sulla corresponsione *una tantum* nel quadro di una determinazione complessivamente giudiziale, non poteva attuarsi senza pagare un prezzo; un prezzo che tenesse conto, tra l'altro, del fatto che in sede contenziosa, il tribunale è chiamato ad emettere una serie talora complessa di statuizioni su pretese patrimoniali che non coinvolgono solo l'assegno, ma che possono estendersi anche ad altri campi, dalla divisione della comunione legale, a richieste di restituzioni ex mutuo, a domande risarcitorie e (last but not least) a questioni concernenti il contributo per il mantenimento della prole. Dunque, il giudizio di equità di cui all'art. 5, comma 8, l. div., sembra giustificarsi proprio in ordine alla necessità di valutare la correttezza della determinazione operata dai coniugi alla luce del più vasto quadro costituito dal complesso delle statuizioni di ordine patrimoniale che il tribunale effettuerà in sentenza (o comunque delle altre intese eventualmente raggiunge nel frattempo dai coniugi stessi su altri aspetti d'ordine patrimoniale) e di inserirla, recependola, in un assetto di rapporti che trova la propria fonte nella determinazione del giudice, anziché nella volontà delle parti. Ciò spiega perché, nel momento in cui il legislatore ha deciso di imporre il giudizio di equità (come prezzo della "giurisdizionalizzazione" dell'intesa dei coniugi) si è visto poi anche costretto a prevedere expressis verbis un effetto preclusivo in ordine alla esperibilità di azioni ex art. 9, l. div., proprio al fine di evitare che la determinazione della somma, fatta propria dall'autorità giudiziaria, privando l'intesa del suo carattere (inizialmente) contrattuale, conferisse a quest'ultima quella caratteristica che è tipica delle determinazioni giudiziali in materia di condizioni della separazione e del divorzio, vale a dire la modificabilità in ogni tempo per il sopravvenire di giustificati motivi, ciò che avrebbe

necessaria valutazione equitativa ad opera del giudice ma anche l'impossibilità di revisione.

Si potrebbe poi spiegare anche la mancata previsione della facoltà di una prestazione *una tantum* in sede di semplice separazione¹²²: essa è infatti uno stato provvisorio, destinato a svanire, a seconda dei casi, per l'avvenuto divorzio e quindi per la totale cessazione degli effetti del matrimonio o per il ritorno alla normale convivenza e quindi al ripristino della fase fisiologica dello stesso. Se il divorzio non prevede alcun ritorno allo status quo ante e di conseguenza ammette l'attribuzione *una tantum*, questa potrebbe essere considerata incompatibile con una situazione, quale quella della separazione, per sua natura non definitiva: la liquidazione capitalizzata del diritto al mantenimento sarebbe "priva di adeguata giustificazione in quanto interverrebbe in una fase ancora fluida nelle prospettive"¹²³. Ciò porrebbe il problema delle conseguenze in caso di riconciliazione dei coniugi¹²⁴ che potrebbe trovare però agevole soluzione considerando tali accordi

indubbiamente frustrato l'intento delle parti (che nell'ipotesi in esame è sempre volto ad una regolamentazione definitiva) e dunque reso in buona sostanza priva di utilità pratica la previsione legislativa. Ciò spiega anche perché una norma analoga a quella in esame non sia stata inserita nell'ambito delle disposizioni in materia di divorzio su domanda congiunta, fattispecie in cui l'autonomia privata – qui pienamente riconosciuta dal legislatore – è già di per sé sola sufficiente a raggiungere non solo l'effetto della corresponsione dell'assegno in unica soluzione, bensì anche a quello dell'irretrattabilità della relativa pattuizione".

¹²² Favorevoli all'estensione dell'art. 5 l. div. Alla separazione: Cass. 3299/1972 e in dottrina, FERRANDO, Separazione consensuale, Comm. Cod. Civ.. Della famiglia, Utet, Torino

Vi è però chi ritiene la corresponsione *una tantum* nulla perché essa implicherebbe la rinuncia alla modifica delle condizioni della separazione e al diritto agli alimenti: SCARDULLA, La separazione personale; MOROZZO DELLA ROCCA, in Enc. Dir., 1399.

Per altri l'attribuzione *una tantum* è ammissibile solo *rebus sic stantibus*: BARBIERA, Separazione e divorzio, Zanichelli, Bologna, 1997

¹²³ AULETTA, Comm. Cod. Civ. diretto da Gabrielli, art. 84-176, Utet, Torino, 2009

¹²⁴ Art. 157 c.c.

soggetti alla regola *rebus sic stantibus*, (analogamente a quanto accade per le disposizioni adottate dal giudice in tale materia) e quindi sempre oggetto di possibile revisione dal momento che questa “si rende in primo luogo opportuna per assicurare al coniuge separato il diritto al mantenimento secondo le proprie necessità, ed inoltre si rivela necessaria in considerazione dei limiti che circoscrivono l’ambito dell’autonomia privata che, in una materia così delicata, può rendere in ogni caso opportuna una verifica del giudice della congruità ed equità dell’assetto di interessi predisposto dai coniugi”¹²⁵ anche *in itinere*. Si vedrà più avanti come non sia però questo l’orientamento da preferire. Certo è che tali accordi di liquidazione *una tantum* sono ormai nella prassi adottati anche in sede di semplice separazione e ritenuti pienamente legittimi dalla giurisprudenza, sempre con l’ovvio limite dei principi inderogabili.

D'altronde c'è chi ¹²⁶ ritiene che anche in caso di divorzio la corresponsione di un assegno in unica soluzione non sia mai pienamente solutoria, in quanto sopravvenute esigenze legate all'impossibilità di provvedere ai bisogni fondamentali della vita (stretto diritto alimentare) consentirebbero la presentazione di una successiva domanda di contenuto economico¹²⁷. Ciò nonostante la chiara lettera

¹²⁵ RABITTI, *La prestazione Una tantum nella separazione dei coniugi*, in *Famiglia*, 2001

¹²⁶ BIANCA, *Cit.*

¹²⁷ In tal senso BIANCA, *Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Giuffrè, 2014 secondo il quale escludere la possibilità per l'ex coniuge beneficiario di un'attribuzione una tantum di chiedere gli alimenti “contrastava con l'esigenza minima espressa dalla solidarietà coniugale e

della norma (“non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”) e la giurisprudenza della Cassazione¹²⁸ (“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 fra gli ex coniugi”).

Ad un attento esame altre disposizioni, seppur indirettamente, possono avere attinenza al tema in esame: così l’art. 711, comma 3, c.p.c., il quale, in relazione alla separazione consensuale, stabilisce che nel processo verbale debba darsi atto “del consenso dei coniugi alla separazione e delle condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole” e ancora l’art. 4, comma 16, l. div., nella parte in cui prevede che la domanda di divorzio proposta congiuntamente dai coniugi “indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici”. La regola dell’accordo si ritrova poi introdotta dalla l. 54/2006 sull’affido condiviso con cui si dà rilievo con tutta evidenza alla preferenza per gli accordi tra i genitori sull’affidamento, sulle modalità degli incontri della prole con il genitore non collocatario prevalente e sul contributo al mantenimento dei figli.

postconiugale, ossia l’esigenza che il coniuge in stato di stretto bisogno non sia abbandonato a sé stesso quali che siano state le cause del divorzio, i contributi dati in costanza di matrimonio, i capitali ricevuti”.

Contrario ROSSI CARLEO, La separazione e il divorzio,, Trattato Bessone, I, la famiglia, Giappichelli, 1999

¹²⁸ Cass. 5 gennaio 2001, n.126

Infine in materia fiscale l'art. 19, l. 6 marzo 87 n. 74, dispone che “ tutti gli atti, i documenti e 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 art. 5 e 6 della l. 1 dicembre 1970, n.898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa”, previsione estesa agli atti conseguenti alle separazioni tra coniugi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n.159 del 29 aprile e 10 maggio 1999.

Da ultimo, l'art. 12, d.l. 132/2014, come integrato dalla legge di conversione 162/2014, che nel prevedere ipotesi di separazione o divorzio dinanzi al sindaco del comune di residenza dei coniugi, prevede tale possibilità anche se “l'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale”, e quindi a contrario ammettendoli con riferimento alle altre modalità di soluzione della crisi, siano esse dinanzi al giudice o raggiunte con l'assistenza degli avvocati.

A prescindere da tali norme, che non dettano una disciplina organica degli accordi patrimoniali in esame, è evidente il fondamento normativo degli stessi debba essere ricercato altrove e precisamente nel generale principio di libertà contrattuale da un lato, e dall'altro nel carattere prettamente disponibile dei diritti in gioco¹²⁹, tenendo in ogni caso presente che “l'interprete, di fronte ad una pratica non prevista dalla

¹²⁹ OBERTO, cit.

legge, ne ricerca indici di rilevanza giuridica. Se rilevante è il fatto che riceve un predicato giuridico da una norma, gli artt. 155 commi 2 e 4 c.c., 711 co. 3 c.p.c., 4 co. 16 e 5 co. 8 l. n. 898/1970, impiegando i concetti di “accordo” o “condizioni”, valorizzano ogni patto volto a definire i rapporti patrimoniali, quindi anche il trasferimento della proprietà”¹³⁰.

b) Norme imperative

Dopo aver chiarito come non abbia più senso interrogarsi sull’operatività dell’autonomia negoziale fra coniugi in crisi, ormai pienamente riconosciuta dal nostro come da altri ordinamenti giuridici, l’indagine deve spostarsi dall’*an* al *quomodo* e quindi all’individuazione delle manifestazioni e dei limiti di tale autonomia¹³¹. Difatti “libertà e garanzia [...] interagiscono tra loro disegnando un sistema, forse non del tutto limpido, che richiede un nuovo sforzo ricostruttivo”¹³².

Il legislatore italiano, come è noto, riconosce la possibilità di concludere anche accordi non previsti da alcuna norma, e per questo atipici, purché sussistano due presupposti, ovvero che il fine sia il perseguimento di interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico e che si rispetti il generale divieto di violare norme imperative,

¹³⁰ GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, 2009, Giuffrè

¹³¹ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006: “l’interpretazione deve sempre tendere ad individuare qual è la ratio, a quale principio si ispira quell’articolato [normativo] e se tale principio è legittimo sotto il profilo comunitario e costituzionale”.

¹³² GORGONI, cit.

a pena di nullità¹³³.

Quanto al primo presupposto appare evidente che esso, con riferimento agli accordi coniugali della crisi, sia pienamente soddisfatto: il raggiungimento di un'intesa fra le parti, oltre a rendere la regolamentazione dei reciproci rapporti fra le stesse conforme alle loro esigenze ed aspettative, alleggerisce notevolmente il carico di lavoro dei giudici civili, i quali saranno chiamati a svolgere un controllo semplificato o addirittura saranno sostituiti, per scelta libera delle parti, dagli avvocati o dai sindaci dei comuni.

Quanto al secondo presupposto occorre ora individuare le norme inderogabili in materia familiare. Difatti, come meglio si specificherà nel secondo capitolo, la causa assolve due diverse funzioni, la prima delle quali permette di selezionare quali atti possano essere compiuti dai privati, selezione il cui criterio ordinante sarà la meritevolezza dell'interesse perseguito congiuntamente al rispetto delle norme imperative. Il "compito dell'interprete non è quello di accertare puramente e semplicemente la presenza della causa destinataria, ma di identificare e valutare gli elementi che la compongono e caratterizzano, dal cui complessivo esame dipende non solo il giudizio

¹³³ Combinato disposto degli artt. 1322 e 1418 c.c.

di liceità/illiceità, ma l'esito positivo/negativo del più generale controllo di validità/invalidità"¹³⁴.

A tal proposito, in primo luogo, viene in considerazione la tutela di interessi collettivi: i privati possono infatti disporre solo ed esclusivamente dei propri personali interessi e non di quelli riferibili anche ad altri soggetti. Gli interessi della famiglia, come già sottolineato, non si esauriscono in quelli appartenenti ai singoli membri, dovendo esservi inclusi anche gli interessi comuni a tutti coloro che ne fanno parte, cosicché il potere di autoregolamentazione del singolo in tal modo possa avere effetti, diretti o indiretti, sugli altri. Il sopra citato passaggio da una concezione pubblicistica della famiglia ad una privatistica “non ha seriamente scalfito l’idea che la famiglia persegua, ed abbia a perseguire, la solidarietà e non l’interesse egoistico degli individui che la compongono”¹³⁵, solidarietà che caratterizza anche la situazione nascente dalla crisi coniugale (“solidarietà postconiugale”). Questa è la ragione di fondo per cui si è sostenuto in passato e si continua da taluni a sostenere anche oggi che l’autonomia privata in ambito familiare non possa che esercitarsi in un ambito circoscritto e secondo un suo speciale statuto¹³⁶ per il perseguimento di valori altruistici e non possa essere disciplinato *sic et simpliciter* dal solo

¹³⁴ ASTONE, *Destinazione di beni allo scopo*, Fattispecie ed effetti, Giuffrè, Milano, 2010

¹³⁵ MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, Giappichelli, Torino, 2010

¹³⁶ BARGELLI-BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, in Enc. Dir., Aggiornamento, IV, Milano, 2000

diritto dei contratti, essendo questo governato dalla logica dello scambio e quindi del mercato. Sul punto però occorre una precisazione: la netta contrapposizione tra famiglia e mercato deve essere riconsiderata¹³⁷. Se un punto fermo del diritto di famiglia è la tutela della parte debole, sia uno dei coniugi o i figli, esso ormai lo è anche del diritto contrattuale. Su impulso del diritto comunitario, infatti, il contratto non è più, sempre ed in ogni caso, un accordo fra pari, ma anche un accordo fra soggetti con diverso potere economico e decisionale, in cui la parte svantaggiata ha diritto ad essere protetta; stessa situazione si riscontra pure nei contratti di lavoro.

D'altronde anche i valori solidaristici e altruistici che abbiamo detto essere propri dell'organismo familiare, sono comuni al contratto: sin dal codice del 1942 esso deve rispondere ai dettami della buona fede e della correttezza, clausole generali negli ultimi anni pervasivamente applicate dalla giurisprudenza per reagire a squilibri delle prestazioni contrattuali.

Quello che rimane quindi della "specialità del diritto di famiglia" è la "distinzione fra rapporti familiari patrimoniali e rapporti personali, dicotomia che al momento resiste e non sembra essere affatto messa in discussione nella nostra cultura giuridica"¹³⁸. Così è ancora attuale quanto da taluno affermato nel lontano 1949, ovvero che "quando

¹³⁷ Sul punto MARELLA, cit.

¹³⁸ MARELLA, cit.

pronunciamo il nome di famiglia, non è al diritto che ricorre anzitutto il pensiero”, aggiungendo che “ora questo dato che la parola ci desti piuttosto immagini che concetti, c’inviti piuttosto a ricordare o a sognare, che non a costruire principi, parli più al cuore che non alla ragione, si spiega certo con ciò, che il lato affettivo è quello che più conta nella vita; e forse anche con un dato proprio alle generazioni come la nostra, senza salde radici, senza sicurezza, che avvertono di posare su un suolo traballante e proprio per questo distolgono volentieri lo sguardo da concezioni giuridiche, politiche ed economiche, che tutte hanno fragili basi”¹³⁹.

Non si può così, in primo luogo, disporre dello status familiare: per sposarsi occorre l’intervento di un pubblico ufficiale, così come per la separazione o il divorzio occorre l’intervento di un giudice o quanto meno, e solo in assenza di figli, l’assistenza di un avvocato¹⁴⁰, non essendo sufficiente né nell’uno né nell’altro caso una semplice manifestazione di volontà¹⁴¹. Come affermato dalla Suprema Corte¹⁴², “si tratta di un limite del tutto ragionevole e condivisibile perché

¹³⁹ JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico*, III, Napoli, 1949

¹⁴⁰ Il decreto “Sblocca Italia” del 24 settembre 2014 ha introdotto la previsione di una negoziazione assistita da parte degli avvocati in caso di assenza di prole. In tal caso il pubblico ufficiale preposto ai registri dello stato civile constata l’avvenuto scioglimento consensuale del vincolo in presenza dei presupposti normativamente preidentificati.

¹⁴¹ Difatti la separazione di fatto è “non idonea a costituire lo status di coniuge separato, non potendo questo derivare che dalla separazione legale” e ciò “vuol dire che l’accordo dei coniugi di vivere separati di fatto non è illecito [...], ma, se mai, irrilevante, nel senso, però, che esso non è in grado di produrre gli effetti propri della separazione legale [...] e di determinare, quindi, la cessazione dei diritti e dei doveri di cui si alimenta lo stato coniugale in regime di convivenza”, Cass. 7470 /1992.

¹⁴² Cass. 5710/2014

riguarda la riserva che lo Stato pone a favore dei propri giudici quando si controverte in materia di diritti il cui mutamento produce nell'ordinamento conseguenze che vanno al di là della sfera individuale di tutela giuridica".

Non si può, in secondo luogo, derogare ai diritti e ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio (art. 160 c.c.). Se questo è un altro preciso limite all'autonomia negoziale dei coniugi, non è però chiaro quale ne sia il contenuto e quale l'ambito di applicazione.

Per quanto attiene a quest'ultimo, l'art. 160 c.c., pur essendo dettato con specifico riferimento alle convenzioni matrimoniali, è stato utilizzato dalla giurisprudenza come criterio per valutare gli accordi intervenuti tra i coniugi in sede di separazione¹⁴³ e i patti modificativi degli accordi medesimi¹⁴⁴. L'ampliamento dell'ambito di applicazione di tale norma è invece controverso in dottrina: da un lato vi è chi sostiene che "l'art. 160 non riguarda soltanto lo svolgimento fisiologico della vita familiare, ma attiene a tutte le situazioni effetto del matrimonio, e cioè conseguenti alla stipulazione del matrimonio", esso quindi concerne anche "le situazioni conseguenti alla crisi coniugale e connesse a tutte le ipotesi di attenuazione o caducazione del vincolo"¹⁴⁵; dall'altro lato vi è chi sostiene che "l'attenzione del legislatore continua ad essere

¹⁴³ Fra le altre, Cass. 9174/2008

¹⁴⁴ Fra le altre, Cass. 20290/2005

¹⁴⁵ RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali (artt. 159-166 bis)*, in *Il codice civile commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2004

rivolta, nell'art. 160 c.c., alla fase di normale svolgimento della vita coniugale” e che “ciò appare confermato [...] anche dalla collocazione dell'art. 160 c.c., posto all'interno di un insieme di articoli miranti a disciplinare gli effetti di ordine economico dell'unione coniugale nella fase fisiologica”¹⁴⁶.

Quanto al contenuto, parte della dottrina¹⁴⁷ vi include gli artt. 143, 144, 145, 147, 148¹⁴⁸ e quindi aspetti di natura personale, mentre altra dottrina¹⁴⁹ sostiene che l'indisponibilità di tali norme derivi direttamente dall'art. 1321 che prevede la possibilità di regolare con il contratto solo rapporti giuridici patrimoniali. Vi è poi chi¹⁵⁰ lo ritiene una specificazione settoriale della clausola generale dell'ordine pubblico, il cui contenuto, in quanto tale, è rimesso agli interpreti e deve essere adattato in conformità agli interessi rilevanti nel caso di specie. Infine non manca chi¹⁵¹ limita tale articolo ai “patti de sustinendo onere matrimonii”, ovvero al dovere di contribuzione (art. 143, III comma, c.c.) e all'obbligo di mantenimento dei figli (art. 148 c.c.): “il regime di queste contribuzioni merita di essere sottratto, in via di principio, alla

¹⁴⁶ OBERTO, *I contratti di crisi coniugale*, Cedam, Padova, 1999

¹⁴⁷ Sul punto, RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di Famiglia*, Milano, 1983

¹⁴⁸ L'art. 143 elenca i diritti e i doveri reciproci dei coniugi: fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell'interesse della famiglia e coabitazione mentre l'art. 147 elenca i doveri dei coniugi verso i figli: mantenimento, istruzione ed educazione. L'art. 144 disciplina l'indirizzo concordato, l'art 145 il caso di disaccordo fra i coniugi e l'intervento del giudice e l'art. l'adempimento delle obbligazioni nei confronti dei figli.

¹⁴⁹ MAIORCA, *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in NN.D.I., app. VI, Torino, 1986

¹⁵⁰ BARGELLI-BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. Dir.*, agg., IV, Milano, 2000

¹⁵¹ SACCO, sub art. 160, in *Comm. al dir. it. Della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992

disponibilità delle parti e l'art. 160 può ben essere il testo in cui è registrata questa indisponibilità (la quale altrimenti risulterebbe solo dalla generica clausola generale sulla violazione dell'ordine pubblico e del buon costume)".

Probabilmente quest'ultima, ad oggi, è la tesi che appare più convincente anche perché supportata dal dettato costituzionale, che all'art. 30, dopo aver ribadito un principio generale, e cioè quello dell'eguaglianza, riferito qui specificamente ai coniugi, prevede che "è diritto e dovere dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli", ponendo tale principio quale limite invalicabile. Dal momento che il giudice, sia in sede di omologazione della separazione consensuale, sia in sede di pronuncia del divorzio congiunto, può esaminare nel merito unicamente le pattuizioni inerenti la prole, essendo meramente formale il controllo sulle pattuizioni economiche riguardanti i soli coniugi, potremmo concludere affermando che, ferma restando l'assoluta inderogabilità delle norme a tutela dei figli e dello stretto diritto agli alimenti del coniuge bisognoso, norme che conservano la loro piena vincolatività anche nella fase patologica del rapporto, le altre siano invece disponibili. I coniugi, quindi, nell'esercizio della loro autonomia privata, potranno disporre liberamente del diritto alla corresponsione dell'assegno, potendovi persino rinunciare¹⁵². Assegno

¹⁵² CECCHERINI- GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata, I contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Cedam,

fra l'altro, ed è bene qui ricordarlo per sottolineare il progressivo venire meno della sua sacralità, non più commisurato al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, dovendosi tener conto di altri parametri che potrebbero diminuirne l'ammontare¹⁵³ e valere anche ad azzerarlo.

Vi sono poi anche norme fiscali che non possono essere violate. Pensiamo alla possibilità che i coniugi concludano un accordo al solo fine di sfruttare le agevolazioni fiscali più consistenti previste per gli atti a titolo oneroso o, in presenza di patrimoni ingenti, anche quelle proprie degli atti a titolo gratuito; per tale via potrebbe ipotizzarsi il ricorso alla figura dell'abuso di diritto che recentemente è utilizzata anche dalla giurisprudenza e di cui è auspicabile una puntuale disciplina legislativa.

Discorso profondamente diverso è quello riguardante gli accordi in vista di una crisi futura e meramente eventuale, che, come detto, non saranno oggetto della presente trattazione per la diversità ontologica, sottolineata ripetutamente anche in giurisprudenza, rispetto agli accordi della crisi coniugale. Tuttavia può essere utile accennare, a sostegno

Padova, 2013, GORGONI cit., OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in Fam. e dir. 2003, 5; CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, in Corr. Giur., 1992.

Contraria la giurisprudenza di legittimità, RUSSO, *Le Convenzioni matrimoniali*, ID., Gli effetti inderogabili del matrimonio (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.), in Riv. dir. Civ., 2004; BIANCA, *La famiglia. Le successioni*; MANTOVANI, voce *Separazione personale*; MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, in Enc. dir., 1989. L'irrinunciabilità è stata sostenuta non solo sulla base dell'art. 160 c.c. ma anche sulla natura alimentare dell'assegno della crisi coniugale. Sul punto, DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Milano, 1991; SCARDULLA, *La separazione personale e il divorzio*, Milano 1996; RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, cit.

¹⁵³ Corte Cost. 11/2015, che riprende l'orientamento già seguito dalla Cassazione

della suesposta diversità, al fatto che, in tal caso, alle norme imperative appena individuate se ne aggiunge un'altra: la tutela della libertà di autodeterminazione e quindi della capacità di scelta autonoma e indipendente, principio che seppur non disciplinato dal legislatore, si ritiene fondamentale nel nostro ordinamento. Vi è infatti in tal caso il timore che uno dei due coniugi sia indotto ad accettare la separazione o il divorzio per il solo vantaggio economico pattuito in precedenza. L'interesse tutelato è lo stesso dell'art. 79 c.c., ovvero l'assoluta libertà matrimoniale: se la promessa di matrimonio non deve indurre a contrarlo, un accordo preventivo circa un'eventuale crisi non può coartare il consenso al suo scioglimento.

La giurisprudenza¹⁵⁴ si è infatti per anni espressa nel senso della nullità delle convenzioni concluse, prima del matrimonio o in costanza dello stesso, in vista di una crisi futura e meramente eventuale, per illiceità della causa, stante l'impossibilità, da un lato, di negoziare *ex ante* lo *status* di coniuge, dall'altro di disporre discrezionalmente del *quantum* che un coniuge deve corrispondere all'altro in caso di crisi e ciò per la natura assistenziale della somma stessa. Si ritiene che lo scopo, o almeno l'effetto, di tali accordi preventivi sia quello di influire sul comportamento delle parti nei futuri procedimenti di separazione o divorzio, non solo per quanto riguarda l'accettazione delle questioni economico-patrimoniali già concordate ma, prima ancora e soprattutto,

¹⁵⁴ Per tutte, Cass. 6857/1992

per quanto concerne la stessa dichiarazione di modifica dello status in sé, considerata come “un fatto dipendente sì da un accertamento giudiziario ma anche – e in misura certamente non trascurabile – dagli assunti e dalle prove offerte dalle parti e, quindi, dalla loro stessa volontà”¹⁵⁵.

Successivamente la Cassazione¹⁵⁶ ha sostenuto, con riferimento agli accordi assunti in sede di separazione e in vista del divorzio, che essi non sarebbero *ipso iure* contrari all’ordine pubblico. Più specificamente la *ratio* del principio dell’indisponibilità *ex ante* dell’assegno di separazione o divorzio va ravvisata nella tutela del coniuge economicamente più debole, il quale sarebbe il solo a poter proporre la relativa azione di nullità; si tratterebbe quindi di nullità relativa. Tale sentenza però, seppur ripresa in parte da una pronuncia del 2003¹⁵⁷, è rimasta isolata e nel 2008¹⁵⁸ la Cassazione ha ribadito che detti accordi “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 successivo processo di divorzio”.

¹⁵⁵ Cass. 3777/1981

Contrario GORGONI cit: “Il ragionamento seguito dalla Cassazione è apodittico perché deduce dal dato non provato dell’assoluta indisponibilità preventiva dell’assegno post-matrimoniale la nullità dell’accordo preventivo. In realtà è censurabile attribuire alle norme sull’assegno natura imperativa e al giudice il potere di valutare la volontà delle parti; dalla normativa si ricava piuttosto il diritto di modificare l’accordo o il quantum stabilito dal tribunale qualora sopravvengano giustificati motivi”.

¹⁵⁶ Cass. 8109/2000; Cass. 2492/2001; Cass. 5302/2006

¹⁵⁷ Cass. 2076/2003

¹⁵⁸ Cass. 4424/2008

Ciò non viene in alcun modo scalfito dalla sentenza della prima sezione civile della Cassazione, in data 21 dicembre 2012, n. 23713¹⁵⁹, sentenza da molti letta quale netta inversione di tendenza rispetto al pregresso orientamento ed avvicinamento a quanto accade negli ordinamenti stranieri (in particolare in quelli di common law). Tale sentenza, infatti, non afferma la validità delle pattuizioni formulate dai nubendi anteriormente al matrimonio che trovano la loro causa nella crisi coniugale, né si conforma alla sentenza del tribunale di Torino¹⁶⁰ in cui si legge che “l’accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l’ordine pubblico, né con l’art. 160 c.c.”.

Piuttosto la Cassazione con tale sentenza si limita ad affermare l’ammissibilità di un contratto, nel caso di specie prestazione in luogo di adempimento, in cui la crisi coniugale non è causa dell’accordo ma evento dedotto in condizione. Ciò non contrasta con l’art. 160 c.c. ma anzi “appare pienamente conforme a tale disposizione” e trova la sua giustificazione nel II comma dell’art. 1322.

Tale sentenza sembra ammettere i patti prematrimoniali ma in realtà non fa altro che negarli ed effettivamente questa era proprio la

¹⁵⁹ La vicenda aveva ad oggetto un accordo prematrimoniale con cui la futura moglie si impegnava a trasferire al futuro marito la proprietà di un suo immobile in caso di fallimento del matrimonio, a titolo di corrispettivo per le spese sostenute per la ristrutturazione di altro immobile di proprietà della futura moglie, da adibire a casa coniugale.

¹⁶⁰ Trib. Torino, 20 aprile, 2012

conclusione già raggiunta dall'Andrini¹⁶¹: “gli accordi in vista di un futuro divorzio [...] potrebbero, a mio avviso, produrre effetti non in quanto accordi dispositivi, rispetto a diritti (ancora) ritenuti indisponibili, ma in quanto accordi (sospensivamente) condizionati in vista di un evento sicuramente deprecabile, ma possibile, ancorché futuro ed incerto”.

Da ultimo occorre notare che la Cassazione nel 1993¹⁶² ha riconosciuto la validità degli accordi tra i coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio sul presupposto che “non viene infatti in gioco in tal caso una “determinazione delle parti” in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, che potrebbe ritenersi in tesi influenzata dalla pregressa regolamentazione negoziale: essendo, viceversa, l'accordo di che si discute correlato ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto (comunque) ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio fuori di ogni potere negoziale di disposizione dello status”. Sul punto possono però esprimersi perplessità: anche in tal caso, infatti, i coniugi potrebbero incidere sulle modalità o persino sull'esito del giudizio di nullità, tenendo conto, a maggior ragione, che nei procedimenti dinanzi ai tribunali ecclesiastici la pronuncia si fonda su un'estesa ricostruzione dei comportamenti dei soggetti e persino delle loro personali

¹⁶¹ ANDRINI, *Gli accordi di separazione e di divorzio in Gazz. Not.*, 2004

¹⁶² Cass. 348/1993

convinzioni¹⁶³.

Potremmo quindi concludere affermando che se ormai l'autonomia negoziale dei coniugi conosce grande libertà di espressione, essa non potrà mai incidere radicalmente, sino a violare i principi, costituzionalmente garantiti, di eguaglianza, solidarietà sociale, proporzionalità nella contribuzione e il rispetto delle libertà individuali.

¹⁶³ Sul punto, COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, FI, V, 1995

II CAPITOLO

1. INTRODUZIONE AL PROBLEMA

a) La ricerca della causa ¹⁶⁴

Dopo aver descritto il percorso che ha portato ad ammettere la possibilità di regolamentare consensualmente i rapporti tra i coniugi, occorre occuparsi del profilo causale degli accordi della crisi, in quanto essi nella generalità dei casi ricorrenti nella pratica, risultano “inqualificati”¹⁶⁵. Il procedimento di qualificazione di un negozio non è puramente teorico o attinente esclusivamente a ragioni di astratta precisazione dogmatica, ma eminentemente pratico, in quanto da esso discende la disciplina applicabile nel caso concreto¹⁶⁶. L’indagine sulla natura e sulla causa di atti non sufficientemente disciplinati sul piano normativo, assume notevole rilievo nel nostro ordinamento, stante il principio di necessaria causalità degli atti negoziali: occorre una

¹⁶⁴ Sulla causa degli accordi della crisi coniugale, fra gli altri: IEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento del matrimonio*, in Riv. Dir. Civ., 1969; FINOCCHIARO, in *Diritto di famiglia*, 1984; IEVA, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, in Riv. Not., n. 3, 1995; BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in Riv. Not., n.1; CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 1997; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, 1999; MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in Riv. Not., n. 2; SCAGLIONE, *La causa degli accordi traslativi in occasione della separazione personale tra coniugi*, in *Giur. It.*, 1999.

¹⁶⁵ Aggettivo ripreso da DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996

¹⁶⁶ ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001

giustificazione economico-sociale affinché il contratto possa essere valido ed produttivo di effetti, dal momento che, si è detto, "la causa è il momento individuatore di ciascun istituto"¹⁶⁷.

Con riferimento agli accordi della crisi coniugale quello della individuazione della causa è problema oggetto di vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale¹⁶⁸, tanto sotto l'aspetto della loro riconducibilità ad una fattispecie negoziale tipica o atipica, quanto sotto quello della loro natura gratuita od onerosa¹⁶⁹. Il tutto è aggravato dalla frequente assenza di *expressio causae*, ovvero di un'esplicitazione dell'intento perseguito dalle parti.

La varietà di opinioni è senza dubbio dovuta alla difficoltà di creare ordine in un campo in cui sfera emotiva e sfera giuridica sono indissolubilmente legate e in cui gli interessi delle parti sono condizionati inevitabilmente da situazioni affettivo-esistenziali ed economico-patrimoniali maturate nel tempo. Punto di partenza, come sottolineato dalla dottrina¹⁷⁰, è la considerazione degli specifici interessi che le parti intendono soddisfare con la conclusione del

¹⁶⁷ PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti*, Giuffrè, Milano, 1955; PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa*; LA LUMIA; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*; BETTI, *Teoria*; DE MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. Ital.*, 1946

¹⁶⁸ RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e crisi della famiglia*, Napoli, 2001

¹⁶⁹ "Qualificare l'accordo traslativo tra i coniugi a titolo oneroso o gratuito rileva sotto il profilo del trattamento giuridico: più benevolo per chi si impegna gratuitamente in caso di responsabilità per inadempimento e più sfavorevole in termini di tutela per chi acquista gratuitamente", GORGONI, cit.

¹⁷⁰ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1996; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970, FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, 1996

contratto.

La soluzione del problema potrà trovarsi più agevolmente in negativo piuttosto che in positivo, e quindi procedendo ad esaminare le varie fattispecie causali tipiche e i loro profili caratterizzanti per escluderle di volta in volta quali categorie ordinanti tali accordi, in quanto mai così frequenti da poter offrire un inquadramento sistematico dei contratti in oggetto. D'altra parte seguire un percorso per così dire "ad esclusione" non sembra poter condurre alla soluzione del problema; se, come già si è sostenuto nel precedente capitolo, non è dubbia la meritevolezza degli accordi in esame, già questo consente di affermare come essi abbiano tutti un minimo comune denominatore che, ripetendo quanto già accennato, deve ravvisarsi nella funzione di regolamentare in modo consensuale lo scioglimento del rapporto coniugale con riguardo agli aspetti patrimoniali. Ed allora sottoporre al vaglio i singoli accordi può piuttosto rispondere all'esigenza di verificare, alla luce degli interessi cui le parti hanno voluto in concreto dare regola negoziale, quali norme di contratti tipici possono trovare applicazione per risolvere questioni riconducibili, nel caso specifico, ora ad una ora ad altra disciplina tipizzata dal legislatore con riguardo a contratti nominati ma senza perdere di vista la disciplina che potrei definire "costante" propria di tali figure negoziali. In definitiva così come non sembra possibile interrogarsi caso per caso sulla meritevolezza di tali accordi, dato

questo che si può considerare acquisito, così pure si dovrà giungere ad una conclusione una volta per tutte circa, per fare degli esempi, la loro onerosità o gratuità (questione risolta a favore della prima), i loro requisiti di forma e così via.

L'analisi potrà infine essere facilitata grazie al ricorso all'istituto del collegamento negoziale e quindi alla considerazione unitaria della complessa operazione posta in essere dalle parti: a volte è proprio dall'insieme che può trarsi chiarezza ed evincere la reale giustificazione del negozio.

Non saranno oggetto della presente trattazione quelle fattispecie che, pur realizzandosi nell'immediatezza della separazione o del divorzio, abbiano un profilo funzionale autonomo ed non dipendente dalla crisi familiare, come accade quando questa costituisce solo l'occasione e quindi un mero presupposto fattuale e non la causa del trasferimento¹⁷¹ e cioè il necessario presupposto in senso giuridico. In tali casi avremo dei comuni contratti e non i contratti della crisi coniugale, anche se spesso sussiste un'effettiva confusione dovuta al fatto che essi sono trasfusi nello stesso verbale di udienza.

b) Il concetto di causa

¹⁷¹ Pensiamo al caso in cui da anni i coniugi discutano della titolarità di un certo bene (magari per la costruzione ad opera di entrambi di un fabbricato su un terreno di proprietà esclusiva di uno solo di essi) e decidano di risolvere transattivamente la questione in vista della fine della convivenza.

Preliminare a qualsiasi altra analisi è stabilire cosa debba intendersi per "causa" del contratto, attraverso una rapida panoramica che serva solo per focalizzare alcuni punti cui poter fare utile riferimento.

Come noto, il concetto di "causa del negozio" rappresenta una delle questioni più complesse nel nostro ordinamento giuridico, tanto che, nel silenzio del codice, non se ne è ancora raggiunta un'esatta ed univoca definizione "malgrado la maestria degli architetti e la pregiatezza dei materiali"¹⁷².

Solo per fare un breve *excursus* storico, si può brevemente accennare alle varie definizioni di causa che si sono susseguite nello scorso secolo. Nel passaggio dal codice del 1865, fortemente influenzato dal *Code Napoleon*, all'attuale codice del 1942 si abbandona definitivamente il concetto di "causa soggettiva", identificata nello scopo comune delle parti e quindi facilmente confondibile con il motivo, e si afferma quello di "causa oggettiva", identificata dalla Relazione al codice quale "funzione economico-sociale del contratto", concetto quindi valevole a prescindere dagli interessi delle parti. Tale definizione verrà poi fatta propria dalla Suprema Corte per la quale infatti "la causa del contratto si identifica con la funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata"¹⁷³. Quindi la causa viene intesa come

¹⁷² GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in ED, VI, 1960

¹⁷³ Cass. 1244/1983

funzionale non solo e non tanto al perseguimento di finalità individuali quanto al perseguimento di finalità pubbliche e generali. Ecco perché il Ferri¹⁷⁴ ha ritenuto questa definizione, nata durante un regime dirigitico e corporativo quale quello fascista, anacronistica da quando la Costituzione ha riconosciuto fondamentali i valori di libertà e democrazia: l'autore parla così della causa quale "funzione economico-individuale", senza con ciò voler riportare in auge la teoria soggettiva ma solo evidenziare come la causa sia "l'elemento che tecnicamente collega l'operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori".

Si è parlato negli ultimi anni di crisi del concetto di causa¹⁷⁵. Esso nasce, infatti, con la specifica funzione di fungere da contraltare ad una indiscriminata libertà negoziale dei privati. Ricorrendo all'idea di causa l'interprete può operare un controllo sull'atto posto in essere e così, a seconda dei casi, censurarlo o ritenerlo valido e meritevole di tutela. Non in tutti gli ordinamenti si è ricorsi a tale concetto per porre un freno all'autonomia contrattuale privata: basti pensare a quanto sia distante dalla nostra causa la *consideration* dei sistemi di common law, essendo essa più simile all'equità che alla funzione di un atto. Si

¹⁷⁴ FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in Riv. Dir. Comm. e del Dir. Gen. delle obbligaz., 1986, pag. 130-131 e 142

¹⁷⁵ GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, cit.; NICOSIA, *Institutiones*, Profili di diritto privato romano Torre, 1994; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*. I. Il cinquecento, Torino, 1997; PALMA, *Note critiche sul concetto di causa*; DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004

potrebbe infatti raggiungere lo stesso risultato anche andando ad incidere sul contenuto del contratto stesso, come d'altronde avviene con l'inserimento o l'eliminazione automatica di clausole nei contratti del consumatore. Ecco perché la causa sembra ormai esser scomparsa dagli elementi del contratto ritenuti necessari a livello comunitario, essendosi parallelamente diffusi altri mezzi, altrettanto validi, per sindacare la meritevolezza dell'atto.

In Italia è però tuttora vigente l'art. 1325 c.c. e ne è innegabile la ancora attuale importanza. Il concetto di causa svolge così, nel nostro ordinamento, due compiti essenziali: da un lato, ovvero quello della sua liceità, giustifica la validità e l'efficacia di un atto se conforme a quanto prescritto da norme imperative, ordine pubblico e buon costume¹⁷⁶ e dall'altro lato, ovvero quello del tipo causale, giustifica l'atto in quanto rispondente ad una funzione economico-sociale ritenuta meritevole. La prima funzione permette di selezionare quali atti possano essere compiuti dai privati ed è stata oggetto di esame nel primo capitolo della presente trattazione. In proposito occorre un'ultima precisazione: in una serie di pronunce giurisprudenziali¹⁷⁷ il giudizio sulla meritevolezza dell'interesse perseguito (art. 1322, II comma, c.c.)

¹⁷⁶ Art. 1343 c.c.: tale conformità è richiesta a pena di nullità del contratto

¹⁷⁷ Fra le altre, Cass. 3940/1984: " Il problema della liceità del negozio ha formato oggetto di appropriata indagine da parte della Corte del merito, la quale lo ha risolto correttamente sul rilievo della libertà delle parti di regolare i loro rapporti patrimoniali determinando anche al di fuori dell'omologazione del tribunale, l'entità delle prestazioni relative al mantenimento della moglie. Nessun errore giuridico si annida in tali affermazioni poiché non può disconoscersi il diritto di ciascuno dei coniugi di condizionare il proprio consenso alla separazione ad un soddisfacente assetto dei propri interessi economici, sempre che in tal modo non si realizzi una lesione di diritti inderogabili".

si confonde con la valutazione della liceità della causa (art. 1343 c.c.). Il procedimento è difatti il seguente: dapprima si verifica in positivo la sussistenza di un interesse meritevole di tutela e lo si individua, per quanto qui interessa, nella circostanza che, regolando i loro rapporti reciproci nella crisi, i coniugi compongono consensualmente il dissidio; successivamente il giudizio sull'intera operazione viene subordinato al rispetto delle norme inderogabili. Dunque, il giudizio non si fonda tanto sull'art. 1322, II comma, c.c. quanto sull'art. 1343 c.c, come esemplarmente ribadito da una sentenza di merito¹⁷⁸ : "il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti con il 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 e al buon costume".

Quanto poi alla seconda funzione del concetto di causa, essa permette, lo si ripete, di collegare ad un determinato atto una data disciplina; questo aspetto è quello che deve essere ora analizzato. L'indagine può condurre a diversi risultati: si potrebbe riscontrare una corrispondenza precisa tra tali atti e una fattispecie causale tipica, così da ricollegarvi direttamente la disciplina particolare di quel tipo negoziale, ovvero potrebbe riscontrarsi una corrispondenza solo parziale, così che quella stessa disciplina vi potrà esser collegata solo nei limiti della compatibilità o ancora la corrispondenza potrebbe

¹⁷⁸ Trib. Reggio Emilia 26 marzo 2007

riscontrarsi con più profili causali tipici, così da poter applicare le varie discipline per i vari aspetti assimilabili ora all'uno ora all'altro; infine potrebbe non emergere alcuna similitudine con i tipi negoziali previsti dal legislatore e allora l'esame che ne accerti i dati caratterizzanti sarà più complesso e la individuazione della disciplina applicabile sarà opera dell'interprete stesso. Discorso più complesso dovrà svolgersi con riguardo a quei negozi apparentemente sforniti di causa in quanto essa non viene dalle parti espressa ma in essi sottintesa: si porrà il problema della compatibilità di simili fattispecie con il principio della necessaria causalità dei negozi giuridici e quello di una più travagliata ricerca della giustificazione del trasferimento, ricerca che muoverà dall'attento vaglio degli interessi perseguiti. Non è poi da escludere il ricorso all'istituto del collegamento negoziale per la considerazione unitaria della complessiva operazione: spesso è grazie alla visione d'insieme che può farsi chiarezza.

Ma l'analisi non finisce qui. Proprio per la suesposta svalutazione del concetto di causa, quanto meno di causa astratta, ciò che è richiesto all'interprete è muovere dal concetto di causa concreta, in conformità anche con i più recenti orientamenti della Corte di Cassazione, e quindi guardare a tutti gli interessi delle parti, per cogliere, come detto, non solo quelli formalmente esplicitati nel contratto, ma anche quelli in esso impliciti, che potranno essere individuati grazie alla valutazione dei

presupposti dell'atto stesso di cui le parti abbiano tenuto conto: solo così si potrà cogliere la reale funzione dell'atto ed ampliare la tutela rimediale dei contraenti.

c) Esclusione degli accordi in esame dalla categoria delle convenzioni matrimoniali

Prima di analizzare varie fattispecie causali astratte e tipiche per vedere le possibili affinità o dissonanze con gli accordi in esame, bisogna chiedersi se essi siano assimilabili alle convenzioni matrimoniali di cui all'art. 162 c.c., in quanto queste si fondano sul "normale svolgimento della convivenza coniugale" e presuppongono il "riferimento ad una generalità di beni anche di futura acquisizione"¹⁷⁹, a differenza degli accordi della crisi coniugale¹⁸⁰ che postulano una crisi, collocandosi così nella fase patologica del rapporto, e con i quali le parti intendono programmare aspetti patrimoniali che verranno in essere durante il matrimonio quanto piuttosto "definire" gli aspetti patrimoniali sorti durante la convivenza senza che con ciò sia da

¹⁷⁹ Cass. 3940/1984

¹⁸⁰ TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Ipsoa, 2010: "tale concetto [convenzione matrimoniale] non potrà che riferirsi, stante l'inequivocabile disposto dell'art. 159 c.c., esclusivamente a quell'atto che si pone a fondamento di un regime [patrimoniale] diverso da quello legale".
Concordi GRASSO, *Il regime patrimoniale della famiglia in generale*, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, III, Torino, 1982; GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990; DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, II; SPINELLI e PARENTE, *Le convenzioni matrimoniali in genere*, in *I rapporti patrimoniali della famiglia*, I, Le convenzioni matrimoniali, Bari, 1987.

escludere sempre e comunque una loro funzione programmatica che, però, ove sia presente, è necessariamente finalizzata alla fase successiva, ovvero al cessare della comunione di vita tra le parti.

In realtà la questione è ad oggi controversa, anche per l'assenza di una definizione normativa di convenzione matrimoniale ad opera del codice civile. Nel silenzio legislativo, varie sono state le opinioni dottrinali, dalle più risalenti che ritenevano la convenzione l'accordo tra coniugi volto a definire i rapporti patrimoniali con riferimento ad uno specifico matrimonio¹⁸¹, alle più "recenti" che oscillano tra il considerarle "contratti normativi", quindi concernenti beni futuri e non produttive effetti immediatamente dispositivi¹⁸², e il considerarle accordi con i quali derogare al regime patrimoniale legale¹⁸³. Sicuramente le opinioni che riconoscono una portata molto ampia alle convenzioni matrimoniali sono state influenzate dalla originaria versione dell'art. 159 c.c., il quale se oggi prevede che "il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo", prima della riforma del 1975 prevedeva che "i rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalle convenzioni delle parti e dalla legge".

¹⁸¹ BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in Enc. Dir., X, Milano, 1962

¹⁸² GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in Riv. Dir. Civ., 1996, I

¹⁸³ ROPPO, voce *Convenzioni matrimoniali*, in Enc. Giur. Treccani, IX, Roma, 1996

Dal canto suo, la Suprema Corte ha in più occasioni ribadito che le convenzioni suddette possono stipularsi solo in costanza di matrimonio, si riferiscono ad un insieme di beni ed hanno carattere programmatico¹⁸⁴. Non mancano ovviamente opinioni contrarie¹⁸⁵, che argomentando dall'esistenza di articoli che si riferiscono a beni determinati (art. 191, Il comma e art. 210, Il comma c.c.) e dall'art. 162 c.c. che con riguardo al momento in cui tali convenzioni possono essere stipulate esclude l'ipotesi del 194 c.c., articolo che presuppone la crisi coniugale, concludono affermando che “sembra pertanto preferibile riferire all'espressione convenzioni matrimoniali un significato ampio, comprensivo di tutti gli atti regolativi di regimi patrimoniali familiari, determinativi di uno statuto di appartenenza o di destinazione dei beni dei coniugi e dal punto di vista cronologico di tutte le pattuizioni intervenute tra i nubendi prima e durante il matrimonio, fino allo scioglimento dello stesso”¹⁸⁶. Vi rientrerebbero quindi anche i cosiddetti “accordi prematrimoniali”.

Per risolvere la questione circa la natura di convenzione matrimoniale

¹⁸⁴ Fra le altre, Cass. 2887/1984 e Cass. 12110/1992, Cass. 2887/1984: “l'atto con cui un coniuge si obbliga a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, successivamente alla omologazione della loro separazione personale consensuale ed al dichiarato fine dell'integrativa regolamentazione del relativo regime patrimoniale non configura una convenzione matrimoniale ex art. 162 c.c., postulante il normale svolgimento della convivenza coniugale ed avente riferimento alla generalità di beni anche di futura acquisizione”. Ancora Cass. 24321/2007

¹⁸⁵ GATT, *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento dominante della Cassazione*, in FPS, 2009.

Contrari BUSNELLI e BARGELLI, *Convenzione matrimoniale*, in Enc. Dir., Aggiorn. IV, 2000

¹⁸⁶ DORIANA DE CRESCENZIO, *Gli accordi prematrimoniali e la nuova stagione delle convenzioni matrimoniali*, in Gazzetta Notarile, Numero 10/12, Ottobre/Dicembre 2013

degli accordi della crisi coniugale occorre prima di tutto chiarire i rapporti tra la convenzione e il contratto. Il concetto di convenzione, infatti, richiama all'attenzione quello di accordo e questo a sua volta quello di contratto e tale assimilazione non può ormai essere contestata. Vi è chi ritiene che la specialità delle convenzioni rispetto al contratto consisterebbe nel riguardare valori che “certamente trascendono le dimensioni dell'individuo”¹⁸⁷ o ancora che le convenzioni avrebbero carattere programmatico¹⁸⁸ (ciò è vero ma è altrettanto vero che è pienamente ammissibile anche il contratto normativo) ma tali tesi non possono essere condivise. D'altronde la stessa Corte Costituzionale, dichiarando l'art. 164, comma I, in contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione perché non consentiva la prova della simulazione ai terzi, ha statuito che “anche in futuro le regole specifiche, destinate alle convenzioni patrimoniali tra coniugi, e divergenti dalle regole comuni sui contratti, potranno subire più o meno penetranti sindacati di costituzionalità”. Nessun dubbio quindi sulla natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali¹⁸⁹.

Ora, bisogna specificare cosa si intende per convenzione matrimoniale

¹⁸⁷ MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in generale*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Padova, 1989, pp 1004 ss.

¹⁸⁸ RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, pp. 155 e ss.

¹⁸⁹ Concordi: MESSINEO, *Convenzione (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir. X*, Milano 1962; CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, 1; SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario del codice civile*, redatto a cura di magistrati e docenti, Torino, 1983; CATTENEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*; MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996; PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, revisione e aggiornamento di Falzea, Milano, 1996; GABRIELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Digesto*, disc. priv., Sez. civile, XVI, Torino, 1997; GABRIELLI e CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997.

e, sulla base della lettera dell'art. 159 c.c., concludere che si tratta di contratti con i quali si deroga al regime patrimoniale legale della famiglia¹⁹⁰. Ne restano quindi esclusi i contratti inerenti specifici beni o rapporti e di conseguenza i contratti della crisi coniugale. Con questo non si intende aderire in toto all'orientamento della Corte di Cassazione, la quale, per escludere dalla categoria della convenzioni matrimoniali gli accordi in esame, si basa sulla distinzione fra fase fisiologica e fase patologica del coniugio e sul carattere programmatico delle prime e non dei secondi. Ciò non può essere condiviso perché anche le convenzioni matrimoniali potrebbero inserirsi in una fase di crisi fra i coniugi (es. fondo patrimoniale tra coniugi separati per tutelare la prole) così come un accordo in sede di separazione o divorzio potrebbe ben avere carattere programmatico (es. accordo sui proventi futuri)¹⁹¹.

Tale conclusione ha indubbe ricadute sulla disciplina, con speciale riferimento alla forma: non essendo tali accordi convenzioni matrimoniali, non necessitano dell'atto pubblico¹⁹² sempre che tale forma non sia richiesta dal tipo negoziale posto in essere.

¹⁹⁰ TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, Ipsoa, 2010: "tale concetto [convenzione matrimoniale] non potrà che riferirsi, stante l'inequivocabile disposto dell'art. 159 c.c., esclusivamente a quell'atto che si pone a fondamento di un regime [patrimoniale] diverso da quello legale".

¹⁹¹ Sul punto, OBERTO, cit., 2000

¹⁹² In tal senso, fra le altre, Cass. 9863/2007

2. ANALISI DELLE FATTISPECIE CAUSALI TIPICHE PER VERIFICARE LA POSSIBILITA' DI RISCONTRARLE NEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

Premessa

L'analisi prenderà le mosse dall'esame della cause giuridiche tipizzate dal legislatore che possono, e che nella pratica hanno, rilevanza con riguardo agli accordi della crisi coniugale. Dalla giurisprudenza e dalla dottrina essi sono stati assimilati ora alla liberalità, ora alla transazione, ora alla *datio in solutum*, ora ancora alla divisione, senza escludere una somiglianza con i negozi di accertamento. A volte questo accostamento è stato facilitato dalle clausole inserite dalle parti nel contratto: può accadere infatti che le parti, più o meno chiaramente, esplicitino la loro volontà. In tali ipotesi l'interprete potrà limitarsi a verificare la compatibilità dell'intento espresso con il negozio realmente posto in essere. Ma tali cause tipiche possono essere rinvenute anche negli accordi privi di *expressio causae*, con tutte le precisazione che si svolgeranno in seguito.

Ciò che occorre sin d'ora anticipare è che, sebbene esse siano effettivamente rinvenibili negli accordi oggetto della presente trattazione, accordi che senza alcun dubbio, a seconda dei casi, presentano profili, ad esempio, transattivi o solutori o divisori (non

invece liberali), esse non sono da sole sufficienti a spiegare il fenomeno della negoziazione in sede di crisi del rapporto matrimoniale. Difatti se l'analisi si fermasse a questo primo semplice passaggio, ovvero a quello dell'inquadramento di ogni singolo accordo all'interno di un tipo causale, non potrebbero spiegarsene la particolarità, le note caratterizzanti, il quid che ancora oggi spinge lo studioso ad analizzare la categoria degli accordi della crisi coniugale quale entità, si contrattuale, ma non identificabile sic et simpliciter con un qualsiasi contratto concluso fra parti sconosciute o comunque non affettivamente legate come possono esserlo due coniugi, seppur nella fase terminale del loro rapporto.

Si vedrà così come tali cause tipiche debbano essere affiancate, sostenute, integrate, da una "causa generica" costante e sempre ricorrente nelle fattispecie analizzate.

a) Causa liberale e accordi della crisi coniugale

In primo luogo occorre stabilire se gli accordi della crisi coniugale siano caratterizzati da una causa onerosa o gratuita e quindi se sia possibile ricondurli al contratto di donazione o più in generale alla categoria delle liberalità¹⁹³. L'interrogativo è dovuto alla frequente assenza di una

¹⁹³ In senso negativo, DORIA; RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali nella separazione e nel divorzio*, CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del menage*, Padova, 1999, MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario della causa donandi*, in *Contr. e*

controprestazione, caratteristica spesso associata agli atti a titolo oneroso. È evidente come la possibile riconduzione di tali accordi nell'alveo delle liberalità, donative o non, assume notevole rilievo soprattutto ai fini della individuazione della disciplina applicabile (collazione, garanzia per evizione, obbligo di corresponsione degli alimenti in caso di bisogno del donante, azione di riduzione, imputazione e eventuale revoca per sopravvenienza di figli o ingratitude).

La questione fu sollevata per la prima volta dinanzi ad un tribunale in una causa in cui un marito chiedeva che venisse dichiarata la nullità per violazione dell'allora operante divieto di donazioni tra coniugi, dell'atto con cui, in sede di separazione, aveva costituito a favore della moglie un diritto di abitazione. La Cassazione respinse le istanze argomentando che "la costituzione, a favore della moglie, del diritto reale di abitazione su un immobile di proprietà del marito era stata meditatamente concordata ad integrazione della corresponsione, a titolo di mantenimento della moglie medesima, di una minor somma, rispetto a quella che sarebbe stata rispondente alle possibilità economiche del marito [...]. Da quanto sopra consegue che la costituzione del diritto reale di abitazione, presentandosi – in convenzioni del genere – con una causale giuridica autonoma, diversa

impr., 1985. Lo spirito di liberalità non può essere desunto dall'assenza di controprestazione: ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, nota a Cass. 7044/1988.

dall'intento di liberalità, si sottrae al divieto della donazione tra coniugi”¹⁹⁴.

Difatti solo parte della giurisprudenza di merito¹⁹⁵, fra l'altro ormai risalente nel tempo e riferibile a controversie anteriori alla riforma del diritto di famiglia del 1975, ha ricondotto tali atti alla donazione¹⁹⁶. Dottrina e giurisprudenza maggioritaria sono invece di diverso avviso: “l'esigenza dell'assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati, non integra il contratto di donazione”¹⁹⁷ o ancora “un accordo regolante la situazione dei coniugi in regime di separazione, trova[va] causa nella stessa esigenza di assetto, personale e patrimoniale, delle parti e non in una liberalità”¹⁹⁸. Tale conclusione viene argomentata sulla base dell'assenza del requisito fondamentale in tal senso, ovvero *l'animus donandi*¹⁹⁹. Lo spirito di liberalità si caratterizza, infatti, per la volontà del disponente di arricchire il beneficiario: tale elemento è caratterizzante tutte le fattispecie liberali, nonostante si sia tentato, soprattutto in passato, di svalutarne la portata. Nei lavori preparatori al codice civile esso viene individuato nella “coscienza di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretto”. È chiaro però come

¹⁹⁴ Cass. 1594/1963

¹⁹⁵ Fra le altre, Trib. S. Maria Capua Vetere, 19 settembre 1972 n. 1473

¹⁹⁶ Fra le altre, Trib. Pistoia, 26 maggio 1979, richiamata da Cass. 2887/1984

¹⁹⁷ Cass. 2887/1984

¹⁹⁸ Cass. 3940/1984

¹⁹⁹ Sul ruolo centrale dello spirito di liberalità nell'individuazione della causa di donazione: CHECCHINI, *L'interesse a donare*, MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della presentazione non onerosa*, Milano, 1998; GATT, *Onerosità e liberalità*, in riv. dir. Civ., 2003. Contrario, MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario della causa donandi*, in Contr. e impr., 1985.

non sia sufficiente l'assenza di qualsivoglia obbligo giuridico, essendo necessario che l'incremento dell'*accipiens* sia voluto di per sé, senza alcun corrispettivo ed è proprio la volontà di realizzare tale arricchimento a costituire, in ultima analisi, la causa delle liberalità: "lo spirito di liberalità, dunque, concorre a qualificare la volontà negoziale, costituendo il contenuto minimo della donazione"²⁰⁰.

Tale circostanza, si sostiene, sarebbe tipicamente estranea ad un contesto, quale quello della crisi coniugale, caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività e da egoistiche rivendicazioni²⁰¹. Questa affermazione è però vera sino ad un certo punto infatti spesso vi è un clima di accordo e di distensione fra le parti, che altrimenti opterebbero per una separazione giudiziale o ad un divorzio contenzioso, e non certo per una separazione consensuale o un divorzio congiunto, naturali sedi di accordi. La Corte di Cassazione in una recente pronuncia²⁰² ha affermato che si può sempre parlare di donazione anche in presenza di un clima conflittuale fra le parti, "finanche violento", e ciò perché esso si atteggierebbe quale elemento

²⁰⁰ GORGONI, cit.; CHECCHINI, *L'interesse a donare*, cit.

²⁰¹ Cass. 5741/2004: l'atto di donazione "è tipicamente estraneo di per sé ad un contesto – quello della separazione personale – caratterizzato proprio dalla dissoluzione dell'affettività"

²⁰² Cass. 8018/2012: "se a realizzare la funzione economico-sociale della donazione concorre la spontaneità dell'attribuzione patrimoniale, questa, come tale, non si pone in relazione di incompatibilità, così da poter essere in concreto elisa, con la circostanza di un esasperato rapporto conflittuale, e finanche violento, esistente tra le parti del vincolo contrattuale, che, seppur presente al momento della conclusione del contratto, si atteggiava come elemento fattuale del tutto neutro rispetto alla valenza causale dell'attribuzione patrimoniale operata per liberalità, non integrando né l'ipotesi di cogenza giuridica, né quella di costrizione morale dell'anzidetta attribuzione, semmai corroborando proprio l'ipotesi contraria della decisa e netta sussistenza dell'*animus donandi*, essendosi giunti alla formazione del vincolo nonostante il clima di conflittualità interpersonale in essere".

esterno rispetto alla fattispecie negoziale. Tuttavia, anticipando quanto si scriverà oltre, occorre tener conto che una donazione vera e propria che sia posta in essere tra coniugi in fase di crisi coniugale non trova causa nella crisi che rimane del tutto estranea al negozio.

Pare tuttavia ineludibile domandarsi se gli accordi in questione possano qualificarsi atti gratuiti; per dare una risposta a tale quesito è utile soffermarsi sulla distinzione fra il concetto di corrispettività, che attiene alla struttura giuridica, e quello di onerosità, che attiene alla valutazione economica del fatto. Vi è infatti chi sostiene²⁰³ che “anche il coniuge che compie l’attribuzione riceve un vantaggio dall’atto dispositivo posto in essere, in quanto innegabilmente soddisfa un proprio interesse alla ‘sistemazione’, disciplina e regolazione del complesso quadro dei rapporti familiari susseguenti alla separazione personale od al divorzio. Ed un tale vantaggio non è ravvisabile unicamente sotto il profilo personale od esistenziale, ma rappresenta anche un vantaggio di natura economico-patrimoniale”, concludendo circa la natura onerosa di accordi del genere. In quest’ottica si conclude per la natura onerosa *tout court* degli accordi in esame, posto che le attribuzioni che trovano fonte in essi sono dirette “alla composizione unitaria dei rapporti che sorgono in conseguenza della separazione personale o del divorzio”²⁰⁴ e ad esse sono propri una

²⁰³ DORIA, cit.

²⁰⁴ DORIA, cit.

connotazione economica e vantaggi reciproci. L'atto di attribuzione patrimoniale in favore del coniuge beneficiario trova così la sua giustificazione causale nell'esigenza, comune ad entrambe le parti, di regolare i rapporti sorti dal venir meno del vincolo, rapporti che si riscontrano in ambito giuridico ed economico, di regola indipendentemente dalla liberalità²⁰⁵.

A sostegno di questa impostazione può addursi la constatazione che la giurisprudenza ha sempre fatto il possibile per salvare gli effetti di tali accordi attesa l'innegabile meritevolezza degli interessi con essi perseguiti senza arrivare, però, ad individuarne una volta per tutte la causa ma, tuttavia, sistematicamente escludendone la natura liberale. Difatti, a tacer d'altro, tre sarebbero le conseguenze negative, in quanto limitative dell'autonomia privata, se l'atto venisse qualificato quale donazione: in primo luogo, non potrebbero considerarsi validi gli accordi di natura obbligatoria contenuti nel verbale di udienza, stante l'inammissibilità del preliminare di donazione²⁰⁶, in quanto contrastante con la spontaneità che deve caratterizzare la liberalità. Sono frequenti

²⁰⁵ "Il dante causa non intende arricchire perché, anche nell'ipotesi in cui il trasferimento si aggiunga all'obbligazione legale di mantenimento, l'intento è di riconoscere un diritto per tacitare pretese che hanno fonte nelle dinamiche del rapporto matrimoniale, con l'obiettivo di giungere ad una sistemazione concordata delle conseguenze della rottura della vita matrimoniale", GORGONI, cit.; GRANELLI, *Donazione e rapporto coniugale*, in Giur. It., 2002

²⁰⁶ MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1954; TORRENTE, *La donazione*, in Tratt. Cicu e Messineo, Milano, 1956; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982; BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, Giuffrè
In giurisprudenza: Cass. 3315/1979; Cass. 4153/1975; Cass. 11311/1996.
Contrari e quindi propensi ad ammettere il preliminare di donazione, BRIGNONE-TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi*, in i Contratti gratuiti, a cura di Mazzaresse-Palazzo, in Trattato dei contratti, diretto da Rescigno-Gabrielli.

sentenze in cui si legge che “deve essere ritenuto che l’atto non contenesse una donazione (avente come causa tipici ed esclusivi scopi di liberalità e non l’esigenza di regolamentazione di rapporti personali e patrimoniali dei coniugi), bensì un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità, validamente stipulabile anche quale pattuizione preliminare a norma dell’art. 1351 c.c.”²⁰⁷. In secondo luogo, la maggior parte di tali atti sarebbe nulla poiché, pur se si volesse riconoscere natura di atto pubblico al verbale di udienza, è una costante assenza dei testimoni in tale sede. In terzo luogo, è noto come l’atto di donazione abbia una stabilità limitata rispetto ad un atto a titolo oneroso.

Quand’anche si volesse affermare che sono sempre possibili eccezioni, ma già sopra si è visto come ciò a mio avviso sia da escludere, ovvero ipotesi in cui l’accordo potrebbe essere caratterizzato da un intento liberale assolutamente prevalente nell’ambito della più generale attività negoziale diretta alla composizione dei rapporti dei coniugi in crisi, a ciò si potrebbe replicare che, se è vero che nella definizione della crisi coniugale le questioni economico-patrimoniali si confondono con quelle strettamente personali e tale situazione a volte non permette di escludere *tout court* lo spirito di liberalità o di comprendere se esso sia o meno prevalente rispetto ad una concorrente causa onerosa, tuttavia la generosità

²⁰⁷ Cass. 7044/1988

potrebbe essere solo apparente e quindi il disponente non essere animato da un vero ed autentico spirito di liberalità. Pensiamo all'intento di soddisfare una precedente posizione debitoria sia essa reale o presunta, riconducibile ad un' obbligazione naturale, fondata su doveri morali o sociali o così almeno percepiti dal disponente, assimilabili, sotto questo profilo, alle attribuzioni patrimoniali tra conviventi *more uxorio*.

Uno spirito di liberalità potrebbe ipotizzarsi qualora il valore delle attribuzioni patrimoniali in favore di un coniuge ecceda²⁰⁸, anche considerevolmente, quanto astrattamente potrebbe essergli riconosciuto dal giudice in sede contenziosa sulla base di valutazioni esclusivamente economico-patrimoniali e ciò per i più svariati motivi: per riconoscenza, per senso di colpa, per sincero affetto. Anche in questo caso, però, in mancanza di esplicite indicazioni, risulterebbe arduo sostenere la sussistenza di un intento liberale, realizzato, peraltro, in via indiretta. La Cassazione ha osservato che “anche quando le sovvenzioni tra coniugi trovano origine nell'adempimento dell'obbligo di mantenimento è consentito accertare se esse, individuati i bisogni e determinata anche con larghezza la prestazione idonea a soddisfarli, non diano luogo, per l'eccedenza, a liberalità”²⁰⁹. Ma pure

²⁰⁸ Contrario GORGONI cit.: “l'onerosità è parimenti presente ove il trasferimento superi lo stretto mantenimento al fine di riequilibrare i patrimoni. Abbiamo osservato come l'atto ad effetti reali consenta di tener conto, in modo più efficace dell'assegno periodico, di condotte, scelte, aiuti all'altro che hanno contrassegnato la vita matrimoniale”.

²⁰⁹ Cass. 1028/1963

in tali ipotesi, a mio avviso, se la sproporzione fosse voluta perché funzionale al raggiungimento dell'accordo, la natura liberale dell'attribuzione sarebbe da escludere. Le considerazioni sono le stesse anche nel caso in cui l'attribuzione patrimoniale sia a favore dei figli²¹⁰ e sul punto si rinvia a quanto osservato sopra esaminando il contenuto necessario ed eventuale degli accordi della crisi coniugale.

In definitiva, lo si ripete, può concludersi che la causa liberale è estranea agli accordi in esame; tuttavia è possibile che "a latere" di questi sia effettuata una donazione, ma questa per qualificarsi tale deve risultare giuridicamente scollegata ed autonoma rispetto agli accordi raggiunti in sede di separazione. Sul punto, autorevole dottrina²¹¹ ha definito ipotesi del genere "postmatrimoniali", riconoscendo alla crisi la funzione di motivo dell'atto²¹², motivo "da individuarsi nell'intenzione delle parti di considerare la medesima [donazione] alla stregua di una delle <<condizioni>> della separazione e del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale ai fini di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale".

Ciò non sembra in contrasto con quanto ho sostenuto; il considerare la donazione alla stregua di una condizione della separazione o del

²¹⁰ Contrario, SINESIO, *Separazione di fatto e accordi tra coniugi*, nota a Cass. 7470/1992, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1993, I

²¹¹ OBERTO, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Ipsoa, 2000

²¹² "la donazione postmatrimoniale sarà dunque una vera e propria donazione caratterizzata dalla presenza di un motivo che potremmo definire come "postmatrimoniale", OBERTO, cit.

divorzio vale proprio a dire che non si tratta di vera e propria donazione; un trasferimento senza corrispettivo, per quanto scritto sopra, può ben essere a titolo oneroso avendosi riguardo alla valutazione economica dell'operazione che in tal caso deve essere complessiva come evoca, appunto, il richiamo alle "condizioni" della separazione o del divorzio.

Per concludere, deve sottolinearsi come nella pratica occorre prestare particolare attenzione, perché anche laddove accordi presi in occasione della crisi coniugale fossero effettivamente qualificabili come donazioni, spesso si tratterà di donazioni remuneratorie²¹³, caratterizzate quindi da irrevocabilità, stante il motivo particolare che ne è alla base²¹⁴, pensiamo ad esempio al caso della riconoscenza per il lavoro prestato da un coniuge a favore dell'altro o alla speciale remunerazione che però troverebbero fondamento nel rapporto matrimoniale e non nel suo scioglimento; la gratitudine non può derivare dal consenso del donatario alla separazione od al divorzio e men che meno potrebbe la donazione remunerare tale consenso.

Caso a sé è quello in cui unico scopo della separazione sia effettuare trasferimenti al fine di frodare i creditori o di avvantaggiarsi di agevolazioni fiscali. Non è ravvisabile in casi del genere alcun accordo

²¹³ Contrario, OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947: esclude la possibilità di ravvisare negli accordi della crisi coniugale persino la fattispecie della donazione remuneratoria in quanto "la causa della donazione remuneratoria [è] pur sempre la causa della donazione".

²¹⁴ Art. 770 c.c.: "liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione"

simulatorio in quanto, come vedremo, le parti “concordano nel voler conseguire il riconoscimento di uno status dal quale la legge fa discendere effetti irretrattabili”²¹⁵ e di conseguenza vogliono proprio gli effetti che si producono con la crisi coniugale e non effetti diversi. Qui potrebbe effettivamente riscontrarsi un intento liberale, che rileva, come vedremo, ai fini della revocatoria.

b) Causa transattiva e accordi della crisi coniugale

L'esistenza di un possibile dissidio fra i coniugi in sede di separazione o divorzio, e quindi di una *res litigiosa*, rende spontaneo l'accostamento degli accordi in sede di separazione e divorzio alla transazione, ovvero al contratto con il quale le parti, per mezzo di reciproche concessioni, pongono fine ad una lite presente o ne prevengono una futura (art. 1965 c.c.)²¹⁶. La transazione differisce dal negozio di accertamento in quanto essa compone la lite indipendentemente dalla situazione di incertezza: a venire in rilievo non sono infatti i diritti effettivamente spettanti alle parti quanto le posizioni affermate dalle stesse. Detti accordi avrebbero quindi la funzione di

²¹⁵ Cass. 17607/2003

²¹⁶ Favorevoli all'ammissibilità della causa transattiva per gli accordi della crisi coniugale: ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in Giur. It., 1990, I; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*; IDEM, *Rinunzie, transazione ed arbitrato nei rapporti familiari*; CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del menage*, cit. Contrari: OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit.; DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit.

sistemare il complesso di interessi coinvolti nella crisi della famiglia.

La Corte di Cassazione ha più volte rinvenuto in tali accordi gli elementi strutturali della transazione: nel 1991²¹⁷ per la prima volta ha riconosciuto ad un atto traslativo inserito in un accordo inerente le condizioni della separazione la natura di “modalità del più ampio accordo transattivo raggiunto dai coniugi nell’ambito della loro discrezionale ed autonoma determinazione” e nel 1994²¹⁸, chiamata a decidere sulla validità di un accordo con cui il marito si era obbligato a trasferire alla consorte la proprietà di un appartamento in costruzione, per risolvere una controversia, ha negato la risoluzione per inadempimento qualificando l’atto in questione quale transazione novativa. La Corte, infatti, dopo aver chiarito come la transazione novativa presupponga la regolamentazione di un rapporto del tutto incompatibile con il precedente - rilevando che nel caso di specie era effettivamente sorta una lite circa i rapporti patrimoniali che sarebbero sorti dalla separazione - ha affermato che “le parti, eliminando una lite, abbiano esse stesse scelto la regolamentazione dei loro interessi, dando vita ad un complesso di reciproche posizioni che non esisterebbe senza una tale fonte, e che risulta incompatibile con le posizioni preesistenti”. Tali sentenze poi si contraddistinguono per aver riconosciuto all’oggetto della transazione una considerevole ampiezza:

²¹⁷ Cass. 2788/1991

²¹⁸ Cass. 4647/1994

in esso rientrerebbero tutte le posizioni soggettive e gli interessi coinvolti nei procedimenti di separazione e divorzio, dalla modifica di status all'assegno di mantenimento, dall'affidamento della prole all'assegnazione della casa familiare. Sempre secondo la Corte, le reciproche concessioni di cui all'art. 1965 c.c. devono relazionarsi alle posizioni assunte dalle parti in una lite in essere o anche in una lite futura e devono commisurarsi alle rispettive pretese concretamente avanzate e non ai diritti alle stesse spettanti per legge²¹⁹.

La Cassazione ha confermato in varie occasioni tale orientamento, continuando ad affermare la "validità dell'accordo transattivo con cui i coniugi abbiano posto fine ad alcune controversie patrimoniali tra loro insorte, senza alcun riferimento, esplicito o implicito, al futuro assetto dei rapporti economici scaturenti dall'eventuale pronuncia di divorzio"²²⁰.

Tale ricostruzione sarebbe compatibile in particolar modo con le ipotesi in cui gli accordi della crisi coniugale prevedano attribuzioni

²¹⁹ Cass. 2788/1991: "l'oggetto del negozio transattivo va identificato non in relazione alle espressioni letterali usate dalle parti ma all'oggettiva situazione di contrasto che esse hanno inteso comporre attraverso reciproche concessioni [...]; che le reciproche concessioni cui fa riferimento l'art. 1965 c.c. debbono intendersi rapportate alle posizioni assunte dalle parti stesse non solo nella lite in atto ma anche in vista di controversie che possano insorgere tra loro e che esse intendano prevenire, ed in particolare vanno commisurate alle rispettive pretese e contestazioni concretamente formulate e non ai diritti effettivamente spettanti in base alla legge [...]; che infine il giudice, allo scopo di verificare la natura ed il contenuto transattivo dell'accordo, può attingere ad ogni elemento idoneo a chiarire i termini dell'intesa anche se non richiamato nel documento, senza che ciò comporti violazione del principio della prova scritta [...]. È peraltro noto che l'indagine compiuta dal giudice di merito al fine di stabilire l'oggetto, l'estensione ed i limiti della transazione inerisce ad un apprezzamento di fatto insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione esente da vizi logici ed errori giuridici"

²²⁰ Cass. 1021/2000 e ancora Cass. 12939/2003

patrimoniali non giustificate dall'obbligo di mantenimento.

Essa è stata però oggetto di numerose critiche, la prima delle quali è stata mossa dal presupposto della natura indisponibile degli interessi in gioco. Tuttavia se tale argomento aveva ragion d'essere nei decenni passati²²¹ a ragione della struttura rigida e immodificabile dalla volontà dei privati che veniva riconosciuta alla struttura familiare, oggi ha perso qualsiasi persuasività dal momento che sia la dottrina e la giurisprudenza considerano interessi ancora indisponibili quelli che riguardano essenzialmente la sfera della prole ma non quelli relativi ai rapporti fra i soli coniugi.

Sotto altro profilo può invece osservarsi che non sempre, negli accordi in sede di separazione o divorzio, è ravvisabile una effettiva situazione controversa, una *res litigiosa* o *dubia* che spieghi l'accordo sull'assetto economico successivo poiché questa non potrebbe dedursi dal semplice fatto che sia stato iniziato un procedimento di separazione o divorzio, non potendosi escludere ipotesi di totale intesa fra i coniugi sul regime da adottare a seguito della crisi, in particolar modo se le

²²¹ Cass. 4647/1994: "Il problema nella specie si arricchisce per la considerazione del tipo di rapporto giuridico sul quale la transazione è intervenuta, giacché, come si è notato, questa è stata conclusa <<in vista>> della separazione [...] e dunque regola anche rapporti patrimoniali che ineriscono al regime patrimoniale del coniugio e della filiazione, regime secondo il ricorrente che non potrebbe essere oggetto di disposizione e dunque di novazione.

Osserva la Corte che questa ultima argomentazione prova troppo, perché così ragionando si potrebbe addirittura escludere ogni tipo di transazione nella materia dei diritti patrimoniali dei coniugi, dato il carattere di cui si è detto, strutturalmente dispositivo della transazione.

Invece la transazione quale contratto con il quale le parti pongono fine ad una lite ovvero prevengono quella che può sorgere è ben compatibile con la tutela del regime patrimoniale della famiglia e per la formulazione stessa della norma dell'art. 1976 c.c. è concepibile anche in questo ambito la distinzione tra contratto novativo e contratto non novativo".

parti hanno optato per la separazione consensuale o il divorzio congiunto²²². Eppure l'esistenza di un conflitto è il presupposto stesso della transazione: "la causa del tipo transazione [...] consiste nel superamento e nella composizione di un conflitto giuridico specifico ed attuale (già sottoposto, o non ancora sottoposto, alla cognizione del giudice) attraverso reciproche concessioni che le parti si fanno"²²³. La lite poi, oltre a dover sussistere, dovrebbe anche essere espressamente evidenziata negli accordi in esame e posta a giustificazione degli stessi²²⁴. Tale circostanza non è mai soddisfatta e non potrebbe ritenersi implicita, ovvero imprescindibilmente sottesa all'intero assetto dei rapporti tra i coniugi in crisi, sia appunto perché dottrina e giurisprudenza²²⁵ ne richiedono l'esplicitazione, sia perché come già chiarito, una lite potrebbe non sussistere, nemmeno potenzialmente. È per questo che in dottrina, commentando alcune delle sentenze prese in esame, si è affermato che "nelle decisioni della giurisprudenza [...] l'effetto transattivo dell'accordo traslativo viene riferito all'intero insieme dei rapporti intercorrenti tra i coniugi [...] Questa estrema ampiezza dell'oggetto della transazione è sicuramente da respingere [...] In realtà, conclusivamente, non è possibile ipotizzare in termini generali l'esistenza di una transazione senza

²²² In tal senso, GORGONI, cit.

²²³ DORIA, cit.

²²⁴ Trattandosi, come si dirà oltre, di causa esterna

²²⁵ In tal senso, Cass. 2788/1991

precisare, nella specie, la lite che (costantemente e specificamente) il contratto di transazione consentirebbe di superare”²²⁶.

Inoltre non sono sempre riscontrabili, negli accordi in esame, reciproche concessioni, elemento caratterizzante la fattispecie transattiva, essendo anzi più frequenti le ipotesi di atti unilaterali di trasferimento (per questo fra l'altro, soprattutto in passato, come già esaminato sopra, assimilati a liberalità)²²⁷. La verità è che nulla può essere considerato sottointeso: non potrebbe sostenersi che anche il coniuge semplice beneficiario di un assegno di mantenimento o di un trasferimento di immobile effettui una concessione consistente nella rinuncia implicita alla facoltà di promuovere in futuro un giudizio contenzioso o di proseguire quello eventualmente già promosso; è vero che se così fosse si faciliterebbe il componimento consensuale della crisi ma questa è una sola eventualità e non una costante da dare per presupposto una volta per tutte.

Infine se fondamento della transazione è porre fine ad una lite, sia

²²⁶ DORIA, cit. Sul punto anche OBERTO, 1999, cit.: “Un generico riferimento della funzione transattiva ai rapporti tra le parti (come in pratica assai sovente avviene) si porrebbe comunque in contrasto con la causa tipica della transazione [...]. Ne consegue che nell'ipotesi qui presa in esame i coniugi dovrebbero comunque tenere presente che non è possibile ipotizzare in termini generali l'esistenza di una transazione senza precisare nella specie la lite che (specificamente) il contratto di transazione consentirebbe di superare”.

²²⁷ Sul punto OBERTO, 1999, cit.: “L'obiezione fondamentale per la quale occorre concludere che almeno di regola i contratti della crisi coniugale si sottraggono alla causa transattiva deriva dalla impossibilità (quanto meno in linea di massima) di riscontrare nei negozi in oggetto la presenza di concessioni reciproche [...]. Ciò si verifica in maniera più che evidente in tutti gli accordi nei quali si prevede l'unilaterale trasferimento di diritti su uno o più beni mobili o immobili; la stessa osservazione vale però anche con riguardo a tutte quelle pattuizioni che si limitano a stabilire l'erogazione di un assegno da una parte all'altra senza che la struttura stessa del negozio manifesti [...] la presenza di un contrasto attuale su contrapposti interessi delle parti e che sia risolto con la tecnica dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum*”.

essa presente o futura, è di tutta evidenza come suoi connotati debbano essere la definitività e la preclusività, ovvero l'impossibilità di formare oggetto di successive modifiche o adattamenti. Tale caratteristica può essere del tutto assente negli accordi della crisi coniugale²²⁸, spesso caratterizzati dalla possibilità di revisione, almeno nelle ipotesi in cui essi riguardino i figli. Difatti se l'obbligo legale è inderogabile (come lo è con riferimento al mantenimento della prole) esso è per sua definizione irrinunciabile e la sua concreta determinazione dipende dalle circostanze concrete e non tanto dalla negoziazione delle parti: ecco perché la sua efficacia sarà subordinata al principio del *rebus sic stantibus*²²⁹. La Suprema Corte ha aggirato tale ostacolo sostenendo che tali atti sono validi solo con riferimento al passato, lasciando salva la possibilità di avanzare domande in un momento successivo. È comunque evidente come un tale assunto sia incompatibile con la fattispecie transattiva e che "ammettendosi tale revisione questa non possa che essere operata attraverso la risoluzione o caducazione dell'atto traslativo"²³⁰.

In conclusione, ancora una volta dobbiamo escludere di aver trovato una fattispecie causale compatibile con la generalità degli accordi della

²²⁸ In tal senso GORGONI, cit.

²²⁹ RUSSO, cit. sostiene che la transazione raggiunta in sede di separazione impedirebbe di vantare qualsiasi pretesa inerente la *res litigiosa* ormai definita ma non il diritto di agire in giudizio se si ripropone "un conflitto avente ad oggetto pur sempre l'assegno di mantenimento, ma alla luce di circostanze di fatto che, in quanto sopravvenute, non potevano rientrare nel *petitum* o nella *causa petendi* della precedente lite poi transatta".

²³⁰ DORIA, cit.

crisi coniugale posti in essere nella prassi, pur non potendosi escludere che dall'analisi del caso concreto, si riscontrino effettive transazioni o comunque atti in cui la causa transattiva possa ritenersi prevalente. Ipotesi del genere vengono definite "transazioni postmatrimoniali"²³¹ e potranno esser rivolte alla soluzione di qualunque tipo di lite: per liquidare diritti sorti a causa del lavoro svolto nell'impresa familiare o a causa di spese per il miglioramento di un certo bene o diritti persino di carattere risarcitorio per danni subiti durante il matrimonio. Forse l'errore compiuto soprattutto dalla dottrina è stato proprio rendere casi specifici (si pensi a quelli del 1991 e del 1994) un modello, valevole per ogni accordo della crisi coniugale, senza andar poi a valutare empiricamente quale fosse la volontà delle parti, dal momento che "la correlazione non può assumersi come necessaria e indimostrata"²³².

Si deve in definitiva evitare la suggestione di ritenere che la separazione od il divorzio siano sempre e comunque delle situazioni litigiose e che, conseguentemente, il solo fatto di trovare un accordo al riguardo postuli reciproche concessioni; ciò non accade in tutti quei casi in cui si giunge serenamente all'accordo riconoscendo pienamente

²³¹ OBERTO, "La transazione postmatrimoniale andrà dunque intesa come vera e propria transazione, contenente tutti i requisiti previsti dalla legge e differenziandosi dal contratto tipico della crisi coniugale o contratto postmatrimoniale per la presenza, a livello di causa, di concessioni reciproche e, per quanto attiene al motivo, dall'intenzione delle parti di considerare la transazione medesima alla stregua di una delle "condizioni" della separazione e del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale", cit.

²³² DORIA, cit.

legittime ed ineccepibili le richieste di uno dei coniugi e le necessità sue e della prole. D'altra parte una vera e propria lite in essere tra i coniugi sarà ravvisabile nei casi di separazione giudiziale o divorzio contenzioso; in questa sede qualora le parti nel corso del giudizio raggiungano un accordo sulle questioni controverse potrà ragionarsi in termini di transazione e ciò almeno nei casi in cui sia uno solo dei coniugi a riconoscere in pieno le ragioni dell'altro rinunciando ad ogni sua pretesa ma, come è più probabile, siano entrambi a fare un passo indietro per addivenire ad una intesa.

c) Causa solutoria e accordi della crisi coniugale

L'esistenza di una possibile *causa solutionis* potrebbe essere giustificata dai casi in cui il trasferimento in unica soluzione sia effettuato in adempimento di un obbligo legale di mantenimento, come previsto dall'art. 156 c.c. e dall'art. 5, comma VI, legge divorzile. Il codice civile, infatti, all'art. 1197 prevede la possibilità per il debitore, sempre che il creditore vi consenta, di adempiere la sua obbligazione con una prestazione diversa rispetto a quella dovuta: in tal caso si tratterebbe di *datio in solutum*, figura che nell'ambito dei contratti solutori si caratterizza per essere un modo di estinzione soddisfattiva del diritto del creditore. Si potrebbe così sostituire al versamento periodico di un assegno il trasferimento di un immobile e in tal caso però il

disponente dovrebbe prestare le garanzie proprie della vendita (1470 c.c.)²³³.

La Cassazione si è conformata ad un indirizzo giurisprudenziale “favorevole all’ammissibilità di trasferimenti immobiliari promessi o effettuati in esecuzione dell’obbligo legale di mantenimento (e, quindi, non con *l’animus donandi*, né conviene aggiungere a titolo gratuito), in quanto causalizzati dalla funzione solutoria (causa soggettiva o concreta) e, dunque, validi ancorché strutturati in modo da non incorporare, attesa l’unilateralità dell’attribuzione [...] la propria causa funzione (causa oggettiva)”²³⁴. Tale orientamento è stato più volte confermato dalla stessa Corte, in particolare con riferimento ai contratti a favore del terzo (figli) effettuati dal genitore per adempiere l’obbligo legale di mantenimento nei confronti della prole: “l’atto con cui [...], dando attuazione a tale obbligo, ha manifestato irrevocabile volontà di trasferire alla figlia il terreno, non costituiva affatto una donazione, secondo l’erronea indicazione del rogito, esulando da esso ogni intento di liberalità, ma avendo invece causa nell’esigenza di soddisfare un preciso obbligo legale: quello ineludibile di provvedere al mantenimento dei figli, fino a che questi non siano posti in condizioni di autonomia economica”²³⁵.

²³³ Sul punto, GAZZONI, *Babbo natale e l’obbligo di dare* in Giust. Civ. 1991, I

²³⁴ Cass. 7470/1992

²³⁵ Cass. 9500/1987, da ultimo Cass. 18066/2014 riconosce valido “il trasferimento o la promessa di trasferimento di immobili, mobili o somme di denaro, quale adempimento

Tuttavia anche la causa solutoria non può ritenersi propria della generalità degli atti della crisi coniugale posti in essere nella prassi. Varie sono le motivazioni: prima fra tutte che tale causa non potrebbe sorreggere tutti i trasferimenti effettuati in assenza di un obbligo legale di mantenimento, pensiamo al caso di figli o coniugi autosufficienti o al caso in cui tali trasferimenti si aggiungano, senza sostituirlo, all'obbligo stesso, già di per sé adempiuto con il versamento di un assegno periodico. In queste ipotesi, se ammettessimo la causa solutoria, sarebbe persino configurabile, a favore del disponente, un'azione di ripetizione dell'indebitato, a meno che non vi sia altra idonea causa a fondamento, la cui prova non sarà facile fornire.

Inoltre, affinché possa parlarsi di *datio in solutum*, essendo questa collegata ad un'obbligazione precedente, occorre che questa sia effettivamente sorta e ciò non può dirsi per tutti quegli accordi che si concludono prima della pronuncia giudiziaria di separazione o divorzio. Ancora, affinché possa sostituirsi a quella dovuta, una prestazione diversa, la prima deve essere determinata nel suo ammontare: ciò non avviene per gli accordi in esame, in quanto la determinazione dell'obbligo è subordinata alla valutazione del giudice o ad una precedente intesa tra le parti.

Inoltre, la *causa solutionis*, in quanto causa esterna, deve essere

dell'obbligazione di mantenimento (o assistenziale) da parte di un coniuge nei confronti dell'altro"

espressa e quindi i coniugi dovrebbero, a pena di nullità per mancanza di causa, in concreto precisare che una determinata attribuzione patrimoniale è stata effettuata in adempimento dell'obbligo legale di mantenimento, condizione raramente soddisfatta nella pratica e che non può ritenersi implicita al silenzio delle parti.

Infine, è stato posto in rilievo da parte della dottrina²³⁶, come la causa solutoria possa ammettersi, in presenza dei presupposti, esclusivamente nel procedimento di scioglimento del matrimonio, e non in quello di separazione non essendo per esso prevista alcuna norma che ammetta la possibilità di una prestazione una tantum, quale alternativa all'obbligo di versare un assegno periodico. Si è già visto però come tale argomentazione sia stata superata dalla prassi ormai costante che estende in via analogica l'art. 5, comma IV, legge divorzile, a qualunque soluzione concordata della crisi coniugale.

Occorre poi tener presente che nell'ipotesi in cui non si attui fra i coniugi un trasferimento diretto di beni (contratto ad effetti reali), ma si assuma semplicemente l'impegno a trasferire (contratto ad effetti obbligatori), al fine, per esempio, di quantificare l'ammontare del

²³⁶ Fra gli altri, ANGELONI, *Separazione fra coniugi e divisione dei beni*, in *Contr. e impr.*, 1991 che ritiene la prestazione in unica soluzione in aperto contrasto con la disciplina positiva della separazione personale, la quale prevede la possibilità per i coniugi di chiedere in qualunque momento al tribunale la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi stessi o la prole : "da tale disposizione [art. 5, comma IV, legge divorzile] è possibile argomentare che: 1) la corresponsione in unica soluzione consiste sempre in un'attribuzione patrimoniale definitiva che non può essere modificata; 2) il legislatore quando ha voluto consentire la possibilità della corresponsione in unica soluzione lo ha previsto espressamente (ciò si argomenta inoltre dalle varie disposizioni che prevedono la possibilità di capitalizzare una prestazione periodica)".

dovuto nel tempo compreso tra l'impegno e il trasferimento, più che di contratto solutorio si dovrà parlare di contratto novativo.

Quanto sin qui esposto ovviamente non esclude che nel caso concreto siano effettivamente riscontrabili i connotati tipici della *datio in solutum* e quindi di un vero e proprio negozio solutorio caratterizzato da un "motivo postmatrimoniale"²³⁷. Se così fosse l'accordo non sarebbe assoggettato al principio del *rebus sic stantibus* in quanto l'esecuzione della prestazione sostitutiva estingue totalmente ed in modo definitivo l'obbligazione²³⁸, così che le parti "assumono a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendano l'attribuzione inadeguata in difetto o in eccesso"²³⁹, non trattandosi, come da qualcuno sostenuto²⁴⁰, di un semplice contributo all'obbligo legale. I coniugi rinuncerebbero quindi ad una prestazione, quella oggetto dell'obbligo legale di mantenimento, per sua natura variabile, periodica e adattabile alle sopravvenute esigenze, preferendo una prestazione immutabile e definitiva. Con la conseguenza che se coniuge beneficiario dell'attribuzione divenisse in un momento successivo incapace di procurarsi un reddito atto ad assicurarne il mantenimento, l'unico rimedio sarebbe, soddisfatti gli altri presupposti, fare domanda per il diritto agli alimenti e mai la revisione dell'accordo,

²³⁷ Cfr. OBERTO

²³⁸ Cfr. in tal senso lo stesso art. 5, comma 8, legge divorzile

²³⁹ Cass. 3299/1972

²⁴⁰ DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, pag. 9-11

come parte della dottrina²⁴¹ invece sostiene. Tale pattuizione non sarebbe poi, secondo la Corte di Cassazione²⁴², soggetta alla risoluzione per inadempimento ex art. 1453 o all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., in quanto non caratterizzata da un rapporto di sinallagmaticità delle prestazioni. Essa sarebbe invece revocabile secondo la legge fallimentare²⁴³.

d) Causa divisoria e accordi della crisi coniugale

L'art. 191 del codice civile annovera, fra le varie cause di scioglimento della comunione legale, l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e la separazione personale. Ciò che avviene, con uno di tali eventi interruttivi, nella sfera patrimoniale dei (o degli ex) coniugi è la semplice trasformazione della comunione da legale ad ordinaria, con successiva necessità di procedere alla

²⁴¹ Fra gli altri DORIA e BIANCA, cit. e RABITTI, 2001: "l'adempimento in unica soluzione dell'obbligo di mantenimento trova uno spazio anche con riguardo alla separazione ma la complessiva stipulazione rimarrà in ogni caso subordinata alla clausola *rebus sic stantibus*, il cui permanere si rende in primo luogo opportuno per assicurare al coniuge separato il diritto al mantenimento secondo le proprie necessità, ed inoltre si rivela necessario in considerazione dei limiti che circoscrivono l'ambito dell'autonomia privata che in una materia così delicata può rendere in ogni caso opportuna una verifica del giudice della congruità ed equità dell'assetto di interessi predisposti dai coniugi".

²⁴² Cass. 11342/2004: "La pattuizione intervenuta in sede di separazione consensuale, 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, non è soggetta né alla risoluzione per inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 cod.civ., né all'eccezione di inadempimento, ai sensi dell'art. 1460 cod.civ., non essendo ravvisabile, in un siffatto accordo solutorio sul mantenimento della prole, quel rapporto di sinallagmaticità tra le 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, tale accordo potendo regolare le modalità di adempimento di tale obbligo."

²⁴³ Cass. 8516/2006

divisione, permanendo quindi la comproprietà per quote uguali dei coniugi sui singoli cespiti già oggetto di comunione legale²⁴⁴. A questo punto ciascuno dei due coniugi potrà domandare la divisione dei beni comuni dando così inizio ad un'ulteriore e successiva fase (rispetto a quella dello scioglimento della comunione legale) volta ad assegnare ciascun bene in proprietà esclusiva ad uno dei due coniugi. La divisione, infatti, non è un effetto immediato ed automatico dello scioglimento della comunione, bensì essa è oggetto di un diritto potestativo riconosciuto a ciascun coniuge.

Procedendo ad una divisione convenzionale le parti potrebbero scegliere la modalità più conforme alle loro esigenze e quindi, a seconda dei casi, preferire una divisione in natura, o una divisione con conguaglio o forme ancora diverse, come procedere all'attribuzione di tutti i beni ad uno solo dei coniugi il quale sarà obbligato nei confronti dell'altro ad eseguire una prestazione anche diversa dal versamento di una somma di denaro.

La dottrina si è interrogata circa il momento in cui procedere a detta divisione in caso di separazione personale²⁴⁵: così vi è chi²⁴⁶ ritiene che ciò non sia consentito durante la fase dell'udienza presidenziale di cui

²⁴⁴ Concordi CATTANEO, *Del regime di separazione dei beni*, in Commentario alla riforma del diritto di famiglia, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, 1, I, Padova, 1977; SMIROLDO, *Effetti dello scioglimento*, in La comunione legale, a cura di Bianca, II, Milano, 1989; CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, cit.; MONTECCHIARI, cit..

²⁴⁵ Si ricorda, per inciso, che ormai in sede di separazione la comunione legale si scioglie (ovvero diviene ordinaria) al momento in cui il giudice autorizza i coniugi a vivere separati: Legge 55/2015

²⁴⁶ Fra gli altri, ANGELONI, *Separazione fra coniugi e divisione dei beni*, in Contr. e impr., 1991

all'art. 711 c.p.c., ritenendo che nel verbale possano essere contenute solo le clausole che producono gli effetti previsti dagli artt. 155 e 156 c.c., tra i quali non è espressamente menzionata la divisione contrattuale dei beni comuni. Vi è invece chi ritiene errato trasporre regole previste per la separazione contenziosa a quella consensuale e così ad ogni forma di definizione della crisi, ammettendo in tal modo la possibilità di inserire, in quello stesso verbale, anche disposizioni concernenti la divisione consensuale. Ed è questa la tesi da condividere: nessuna norma vieta o limita la facoltà di inserire qualsivoglia clausola, nel rispetto della liceità e della pertinenza, nell'accordo di separazione o di divorzio ed anzi tale circostanza, oltre ad essere ormai riscontrabile nella pratica di tutti i giorni, è stata confermata dalla Suprema Corte²⁴⁷, la quale, al massimo, distingue un contenuto necessario e un contenuto eventuale dell'accordo stesso (cfr. infra).

Occorre precisare però che affinché un accordo in sede di separazione o divorzio possa effettivamente considerarsi causato da un intento divisorio, deve essersi già verificato il passaggio dalla comunione legale a quella ordinaria. Tale accordo sarà quindi sospensivamente condizionato all'omologazione del verbale di separazione ovvero alla pronuncia della sentenza di divorzio congiunto²⁴⁸. La stessa Corte di

²⁴⁷ Cass. 4306/1997

²⁴⁸ In tal senso anche Cass. 10586/1996

Cassazione ha negato che possa l'efficacia dello scioglimento della comunione possa considerarsi *ex tunc* a partire dalla notificazione del ricorso introduttivo della separazione consensuale o dal deposito in cancelleria del divorzio congiunto. Difatti se l'art. 193, comma IV c.c., prevede una tale retrodatazione degli effetti in materia di separazione giudiziale, esso è solo l'eccezione perché la regola, riguardo alle sentenze costitutive (quali sono quelle di separazione o divorzio) è quella secondo la quale "gli effetti della sentenza non possono prodursi se non dal momento in cui questa passa in giudicato"²⁴⁹.

L'intento divisorio può presentarsi quale unica causa dell'atto e si parlerà in tal caso di divisione pura, anche se spesso si intreccia con una causa transattiva²⁵⁰. Nel primo caso unico scopo dei coniugi sarà sciogliere la comunione ormai ordinaria al fine attribuirsi i singoli cespiti in ragione della quota di cui ciascuno è titolare e la disciplina sarà dettata con riferimento alle regole proprio della fattispecie e quindi dovrà aversi riguardo all'irrilevanza dell'errore ai fini dell'annullamento della divisione (art. 761 c.c.), l'applicabilità della garanzia per evizione (art. 759 c.c.) ed infine la rescissione per lesione (763 c.c.). Il secondo caso invece può manifestarsi in due diverse forme: potrebbero darsi due atti collegati fra loro ma con causa autonoma, essendo il primo una transazione e il secondo una divisione. Pensiamo al caso in cui i

²⁴⁹ Cass. 2844/2001

²⁵⁰ Sul punto, GORGONI, cit., DORIA ed OBERTO, cit.

coniugi prima componano una lite sorta sul valore di un determinato bene e solo dopo proseguono con la divisione. Si potrà poi avere anche un atto singolo, con causa mista, allo stesso tempo transattiva e divisionale, e ciò argomentando ex art. 764 c.c., che prevede due ipotesi. Nella prima, le parti stabiliscono di chi un dato bene procedendo ad una “divisione transattiva”²⁵¹, in cui però, stante la necessaria proporzionalità (che giustifica la rescissione), prevale il profilo divisorio. Nella seconda, le parti eliminano una situazione di contitolarità semplicemente attribuendosi determinati beni, prescindendo dal principio di proporzionalità: si parlerà in tal caso di “transazione divisoria”.

Quindi anche quello divisionale è uno dei possibili fondamenti causali degli accordi in esame, ovviamente non adatto ad ogni ipotesi che si prospetta nella pratica, anzi raramente riscontrabile. Basti pensare a quanto ormai sia frequente la scelta dei coniugi di optare per un regime di separazione dei beni, derogando alla disciplina legale per evitare gli inconvenienti propri di un regime comunitario; in questo caso non vi sarebbe nulla da dividere.

Ma anche in molti casi di comunione legale dei beni o, non vi è differenza, di acquisti in comune da parte di coniugi che pure abbiano scelto il regime della separazione dei beni, può accadere che uno di

²⁵¹ Prevale la causa divisoria per l'importanza della proporzionalità: BENEDETTI, *La rescissione* in Tratt. dir. priv. diretto da Bessone, Giappichelli, Torino, 2007

essi ceda la sua quota all'altro che diviene pertanto titolare dell'intero, o ancora che ceda la sua parte ai figli determinandosi in tal modo soltanto un mutamento dei titolari della quota. Può anche darsi che uno dei coniugi ceda un bene di sua esclusiva proprietà per essere suo personale e come tale escluso anche dall'eventuale comunione legale. In definitiva, l'effetto divisionale non è affatto imprescindibile ma meramente eventuale e, perciò, non si presta ad essere assunto, per così dire, a minimo comune denominatore degli accordi in esame.

e) Negozi determinativi del contenuto di obblighi legali e accordi della crisi coniugale

Secondo autorevole dottrina²⁵², gli accordi della crisi coniugale sarebbero negozi con cui determinare il contenuto di obblighi primari, derivanti da norme imperative. Essi avrebbero quindi la funzione di disciplinare convenzionalmente le modalità di adempimento delle obbligazioni alimentari, dell'obbligo di mantenimento del coniuge non autosufficiente o della prole. Essi si distinguerebbero pertanto dalle convenzioni matrimoniali in quanto queste ultime agiscono sul terreno delle norme dispositive (quali quelle sul regime patrimoniale della

²⁵² RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1983 e *Le convenzioni matrimoniali (artt. 159-166 bis)*, in *Il codice civile Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2004. Contrario, GORGONI, cit: "c'è [...] una ragione decisiva che impedisce di qualificare l'accordo traslativo negozio di accertamento o determinativo dell'obbligo legale: i coniugi realizzano un nuovo assetto patrimoniale con un atto che ha natura costitutiva e non dichiarativa come l'accertamento e l'accordo determinativo".

famiglia) e quindi sul terreno della libera autonomia dei privati. Essi avrebbero ad oggetto vuoi i presupposti degli obblighi stessi, vuoi le condizioni economiche dei coniugi, specificando così il soggetto obbligato, ed infine la quantificazione in denaro dell'obbligo stesso²⁵³.

Le conseguenze di tale impostazione sono rilevanti traducendosi "in una particolare efficacia di questi accordi che può essere definita debole²⁵⁴". Essi avrebbero infatti l'efficacia circoscritta caratteristica dei negozi di accertamento: potrebbero quindi essere in qualunque momento contestati da uno dei due coniugi, il quale, sulla base del rapporto fondamentale sottostante, potrebbe provare la falsità dei presupposti o delle situazioni di fatto accertate con il negozio in questione. Essi sarebbero quindi "destinati a caducarsi nel momento stesso in cui il rapporto assume una diversa configurazione, ad esempio per il mutamento delle condizioni economiche dei soggetti del rapporto alimentare"²⁵⁵. Non solo: un'ulteriore possibilità di modifica dovrebbe riconoscersi al giudice, data la natura inderogabile degli interessi sottesi a tali accordi²⁵⁶.

È evidente come tale impostazione non possa essere condivisa. Ciò

²⁵³ RUSSO, cit., 1983 pag. 223: "Dal punto di vista della struttura e della funzione va rilevato che negli accordi determinativi le parti non si limitano alla determinazione degli obblighi legali. Infatti, prima ancora della determinazione del contenuto degli obblighi, le parti compiono un accertamento sui presupposti degli obblighi legali e cioè accertano concordemente le rispettive condizioni economiche e quindi identificano il soggetto obbligato; e così in sede di separazione viene determinato l'assegno di mantenimento o, in sede di divorzio, l'assegno ex art. 5 della l. n. 898 dell'1 dicembre 1970".

²⁵⁴ RUSSO, cit.

²⁵⁵ RUSSO, cit.

²⁵⁶ Conforme a tale ricostruzione BIANCA, cit.

non solo perché limiterebbe considerevolmente il contenuto degli accordi della crisi coniugale, ammettendo intese solo sulla determinazione degli obblighi legali e non quelle di carattere economico concernenti le ragioni di dare ed avere originatesi dalla separazione o dal divorzio, ma a maggior ragione per le conseguenze negative sull'efficacia. Se infatti scopo delle parti è comporre i problemi sorti dalla crisi del matrimonio, regolando una volta per tutte consensualmente i loro rapporti reciproci così da raggiungere accordi il più possibile conformi ai loro interessi, è evidente come debba essere riconosciuta a tali accordi la stabilità propria del contratto e non quella labile di un negozio quale quello di accertamento la cui configurabilità è fra l'altro dibattuta.

D'altra parte il voler limitare il contenuto degli accordi tra coniugi in occasione della crisi del matrimonio nel ristretto ambito posto dalla tesi in esame significherebbe, da un lato, non tener conto di quanto avviene nella pratica, dall'altro negare l'unitarietà degli accordi in questione tutte le volte che, e sono la maggioranza, le pattuizioni siano anche diverse da quelle così individuate. Già si è visto come l'indagine sul contenuto può condurre a distinguere tra quello necessario e quello eventuale, fermo restando che il profilo causale del negozio non può mutare per il solo fatto che l'oggetto sia più o meno ampio. Né avrebbe senso espungere pattuizioni diverse da quelle suindicate dagli accordi

in esame posto che in nessun caso la loro presenza potrebbe indurre, di per sé, ad inficiare la validità nel negozio a meno che esso non presenti uno o più degli elementi patologici che sono stabiliti dal legislatore con riguardo a qualsiasi contratto e che potrebbero essere relativi anche all'oggetto ove questo non avesse i requisiti richiesti dall'articolo 1346 c.c.

f) Contratto atipico e accordi della crisi coniugale

In considerazione della difficoltà di riconoscere agli atti di trasferimento in sede di separazione o divorzio una causa tipica (sia essa donativa o transattiva, solutoria o divisoria), sia da parte della dottrina, sia da parte della giurisprudenza, si è avanzata l'ipotesi che si tratti di contratti atipici e quindi di schemi per così dire "inventati" dalle parti nell'ambito della loro autonomia negoziale in quanto meglio confacenti ai loro personali interessi o meglio alla regolamentazione degli stessi.

Già in passato si sosteneva che l'esigenza delle parti in tal contesto è quella di attuare un "regolamento di rapporti", per definire le "pretese reciproche" e le "ragioni di dare ed avere", connaturate alla fine del matrimonio, e per farlo occorre ricorrere alla figura del contratto atipico che trova fondamento nell'art. 1322 c.c.. Altri aggiunge che "l'atipicità di questi trasferimenti risiede nel fatto che essi avvengono – o meglio devono avvenire – in un contesto di definizione della crisi coniugale,

distinguendosi nettamente in questo senso da fattispecie contrattuali tipiche aventi lo stesso oggetto”²⁵⁷.

Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità, dopo aver abbandonato un suo precedente orientamento che qualificava gli atti in esame “convenzioni di carattere atipico”²⁵⁸, ha definito un accordo in occasione della separazione personale “contratto atipico, con propri presupposti e finalità”²⁵⁹, “distinto sia dalle convenzioni matrimoniali che dalle donazioni, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela”²⁶⁰.

Alla teoria del contratto atipico si è opposto chi²⁶¹ ha cercato di individuare una causa, sì diversa da qualunque altra prevista dal legislatore, ma allo stesso tempo “tipica” in quanto sempre ricorrente negli accordi in esame, al fine di spiegare il fondamento della “negoziato globale”²⁶² dei coniugi in crisi²⁶³.

²⁵⁷ LONGO, 1998, pag. 576. A sostegno dell’atipicità di tali accordi anche RUBINO, *Gli accordi familiari*

²⁵⁸ Cass. 4277/1978, Cass. 3940/1984

²⁵⁹ Cass. 2887/1984, ripresa poi da Cass. 7044/1988 la quale riconosce ad un contratto con cui il marito, in sede di separazione, si era impegnato a trasferire beni alla moglie e ai figli, il carattere di “contratto atipico con propri presupposti e finalità, volto a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi”

²⁶⁰ Cass. 11342/2004

²⁶¹ OBERTO e DORIA, cit.

²⁶² OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, 2011: “Una volta scartate le ipotesi prospettate, potrebbe immaginarsi – aderendo a stimoli provenienti da autorevole e ormai risalente dottrina, nonché da una parte della giurisprudenza – di puntare sulla tesi del contratto atipico. Ma, se si tiene conto del carattere di *negoziato globale* che la coppia in crisi attribuisce al momento della liquidazione del rapporto coniugale, di fronte alla necessità di valutare gli infiniti e complessi rapporti di dare-avere che la convivenza protratta per anni genera, v’è da chiedersi se, in luogo di una miriade di possibili accordi innominati, non sia possibile tentare di intraprendere un’opera ricostruttiva che faccia perno sull’individuazione di una vera e propria causa tipica del negozio patrimoniale della crisi coniugale, di un vero e proprio contratto, cioè, di definizione della crisi coniugale o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali. Tale negozio dovrebbe abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimento di diritti patrimoniali compiuti, con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale, ancorché non necessariamente in seno ad una separazione consensuale, ben

In proposito si deve osservare che il progredire dei tempi e l'emergere, in tutti i settori, di nuove esigenze e di nuove fattispecie da disciplinare, fa sì che nella pratica si siano fatte e si facciano tuttora e di continuo strada figure negoziali nuove che non sono state, e non potevano esserlo, previste nel codice civile. È la realtà che spinge a fare ricorso a figure nuove che rispondono alle mutate esigenze della società e che sono tipizzate di fatto nella prassi e perciò si possono dire tipiche. È la frequenza con cui vi si fa in pratica ricorso che le pone all'esame della dottrina e della giurisprudenza prima ancora che il legislatore se ne occupi. L'emanazione della relativa normativa le fa assurgere al rango di contratti nominati nel senso di "previsti e disciplinati" compiutamente ma ciò non toglie che la loro tipizzazione preesista alla loro regolamentazione per legge dipendendo, in ultima analisi, dall'essere esse funzionali ad interessi delle parti meritevoli di tutela in quanto tali già fatte proprie dall'ordinamento.

Tale discorso è certamente riferibile agli accordi della crisi coniugale, essendo essi strumenti cui i coniugi hanno fatto ricorso nonostante il

potendo intervenire, oltre che nei casi di separazione legale, annullamento, scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche in relazione ad una separazione di fatto, oppure ancora in vista di una possibile crisi coniugale, addirittura prima della celebrazione delle nozze”.

²⁶³ Fra gli altri, GIUNCHI, rinviene la causa di detti accordi nel fatto stesso della separazione: “sembra dunque potersi affermare che causa di tali attribuzioni patrimoniali fra coniugi sia la stessa separazione, nel senso che il regolamento anche patrimoniale dei rapporti dei coniugi che si separano ha una funzione sociale ed economica tutelata e regolamentata dall'ordinamento giuridico [...] 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 stipulato perché i coniugi si separano.

legislatore nulla avesse previsto in tal senso: le esigenze delle parti si sono dimostrate eccedenti rispetto al dettato normativo e per questo hanno dato vita ad un contratto ah hoc. Ci si potrebbe chiedere se tale contratto sia da considerarsi "nuovo", nel senso di innovativo rispetto ai tipi contrattuali disciplinati (pensiamo all'attuale rent to buy), ovvero non sia frutto di schemi già previsti ma piegati a finalità nuove. Propendo per la seconda soluzione, in quanto, come si vedrà, essi si configurano quali contratti tipici (transazione, divisione, *datio in solutum*...) ma alla causa di essi propria affiancano un *quid novum*: la causa generica di definizione della crisi coniugale al fine di facilitare la soluzione consensuale della stessa.

3. INDIVIDUAZIONE DELLA CAUSA DA PROSPETTIVE DIVERSE: CAUSA CONCRETA E GIURIDICIZZAZIONE DEI MOTIVI CON RIFERIMENTO AGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

Premessa

Dopo aver analizzato le varie fattispecie causali astratte, tipizzate dal legislatore, e aver riscontrato difficoltà nell'inquadrarvi gli accordi della crisi coniugale o, meglio aver avvertito la necessità di integrare l'eventuale causa tipica con un quid in più non essendo essa da sola capace di spiegare il trasferimento, può essere utile ampliare l'ambito dell'indagine alla luce degli studi della dottrina e dell'interpretazione della giurisprudenza per cercare di trovare una soluzione unitaria al problema.

In particolare occorre abbandonare, come in parte già anticipato, l'idea che con il concetto di causa si intenda solo ed esclusivamente la funzione economico-sociale dell'atto, e quindi verificare in quale misura e in che modo i motivi, del tutto irrilevanti per teoria della causa tipica, assumano rilevanza nel contratto, per non essere rimasti nella sfera interna di ciascuna parte ma per aver assunto una dimensione obiettiva all'interno dello stesso, divenendo interessi che esso è diretto a realizzare. In pratica si deve distinguere tra motivi semplici, che non entrano a far parte del contenuto del contratto, e motivi che si

traducono in interessi che concorrono a formare la causa concreta del contratto.

a) Causa concreta e accordi della crisi coniugale

Come già anticipato, la giurisprudenza²⁶⁴ ricorre ormai frequentemente al concetto di causa concreta per indicare la ragione giustificatrice di un particolare contratto, alla luce delle situazioni specifiche che lo connotano e degli interessi da esso espressi²⁶⁵. A differenza della causa astratta, quella concreta consente di prendere in considerazione gli interessi effettivi che le parti hanno voluto soddisfare con la il negozio, avendo riguardo sia al tipo di negozio scelto, sia all'intero rapporto intercorso tra i contraenti, "fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti"²⁶⁶. Difatti il negozio non si presenta mai quale realtà isolata, indipendente dalle situazioni preesistenti sulle quali esso viene ad operare ma è invece il prodotto di queste e da queste trae le sue caratteristiche.

Per quanto qui interessa, quindi, l'accordo fra coniugi in crisi deve essere inserito nel contesto, deve essere letto ed interpretato alla luce

²⁶⁴ Fra le altre, Cass. 4503/1996, Cass. 7266/1998, Cass. 20398/2005, Cass. 10490/2006, Cass. 16315/2007.

²⁶⁵ Fra le altre, Cass. 4503/1996 e Cass. 10490/2006

²⁶⁶ Cass. 10490/2006

di tutte le circostanze sul quale esso si basa e che ad esso si accompagnano; solo così potrà darsi una risposta a quale sia la causa dello stesso, quale la sua giustificazione davanti all'ordinamento giuridico.

L'impostazione della giurisprudenza in tale materia dipende però ancora dal concetto di "tipo" e di "causa astratta". Se in un primo tempo infatti si è cercato di ricomprendere l'atto traslativo, a volte con difficoltà, ad uno schema contrattuale, oggi si dondola senza soluzione tra il concetto di tipicità e quello di atipicità e ciò a riprova della seria difficoltà per l'interprete di abbandonare le strutture conosciute. Così facendo però si tende inevitabilmente a sminuire "l'apporto soggettivo delle parti quale contributo decisivo all'effettiva destinazione del negozio"²⁶⁷.

La dottrina invece ha operato una nobilitazione dei moventi soggettivi, inserendo il negozio in una situazione talmente specifica da esser caratterizzata da connotati suoi tipici e non assimilabile a nessun'altra. Vi è così chi contestualizza l'accordo riferendosi al microcosmo familiare in cui esso viene ad operare e chi più specificamente alla crisi di quel microcosmo, al momento in cui esso si sgretola: è di tali ricostruzioni che occorre ora dal conto.

²⁶⁷ GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 206

b) Causa familiare degli accordi della crisi coniugale

L'impostazione che rinviene la funzione degli accordi della crisi coniugale nella causa familiare²⁶⁸, elaborata sul finire del secolo scorso, ha avuto un importante influsso sulla dottrina e sulla giurisprudenza successive fino ai giorni nostri. Essa parte dalla constatazione dell'esistenza, al momento della crisi coniugale, di un quadro di interessi composito: "ragioni patrimoniali, ragioni personali, ragioni affettive, ragioni derivanti da rapporti pregressi che, nel loro insieme, influenzano i termini e i caratteri dell'attività negoziale tra i coniugi rinvenibili ed identificabili alla stregua delle regole e dei principi generali del diritto patrimoniale"²⁶⁹. Se questo è il punto di partenza, è poi un dato di fatto che la separazione e il divorzio incidano su complesso di rapporti di natura patrimoniale che devono trovare disciplina (dallo scioglimento della comunione legale all'obbligo di mantenimento), "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

²⁶⁸ DORIA, cit.

²⁶⁹ DORIA, *Atti di disposizione tra coniugi e causa familiare*, in Vita not., 2001, I, e sul punto anche DORIA, cit.: "si tratta [...] di situazioni di natura esistenziale od economico-patrimoniale che hanno caratterizzato il momento di convivenza tra i coniugi, e/o che possono affiorare in dipendenza della alterazione del rapporto coniugale"

della prole”²⁷⁰.

Gli atti che le parti intendono porre in essere possono avere il contenuto più variegato e, a seconda dei casi, un diverso profilo causale. Esse potrebbero infatti stabilire d’intesa il contenuto dell’obbligo legale di mantenimento o estinguere un tale obbligo, potrebbero procedere alla divisione dei beni, transigere su controversie insorte o *in nuce*, o potrebbero voler effettuare una liberalità. È grazie all’intento esplicitato dalle parti che “si può rivolgere, in primissima approssimazione, il problema della qualificazione della fattispecie”²⁷¹. Il problema nasce dal fatto che, ad un’attenta analisi, non è sempre riscontrabile un intento assolutamente prevalente rispetto agli altri e, ancora, non è detto che le parti esplicitino la ragione dell’atto traslativo: “può, dunque, accadere – ed in realtà è ciò che accade nella stragrande maggioranza dei casi – che pur rinvenendosi intenzioni di varia natura, non sia possibile riportare la fattispecie nell’ambito di un tipo legale”²⁷². E ciò perché “le svariate e molteplici situazioni rilevanti dal punto di vista sostanziale od anche giuridico-formale, peculiari e tipiche dei rapporti familiari, contaminano fisiologicamente, i termini e gli elementi della fattispecie traslativa”; si viene così a creare “una sintesi assolutamente fusa ed indissolubile di tutte le componenti che si sono sopra descritte [ovvero dei tipi legali frequenti in tali accordi:

²⁷⁰ DORIA, cit.

²⁷¹ DORIA, cit.

²⁷² DORIA, cit.

transazione, donazione, *datio in solutum*...]”²⁷³.

È proprio tale “sintesi” a dar luogo alla “causa familiare”, ovvero ad una causa unica per tutti gli accordi della crisi coniugale, “idonea, di per sé, a legittimare e giustificare lo spostamento patrimoniale programmato”²⁷⁴, anche se in esso, quindi, non si ravvisassero i connotati propri di alcun tipo contrattuale”. Tale causa risente del particolare momento in cui gli accordi vengono conclusi ed essa “non è caratterizzata *solamente* da ragioni esistenziali ed affettive, ma da ragioni economico-patrimoniali indissolubilmente intrecciate con quelle ragioni esistenziali ed affettive”²⁷⁵. Difatti quando i normali rapporti di diritto patrimoniale si svolgono nell’ambito della famiglia essi vengono condizionati dalle particolarità di questa, assumendo caratteristiche tipiche e presentando un profilo causale specifico che ha senso solo nella dialettica del diritto familiare.

Quanto, infine, con riguardo all’efficacia: “tale causa opera attribuendo agli accordi traslativi un’autonomia concettuale e pratica insieme e vale a rompere la necessarietà del collegamento con le altre dichiarazioni negoziali proprie di quel contesto. Discende da ciò che il rapporto con l’effetto di status è puramente esterno (presupposto di efficacia) e ciò vale ad attribuire ai trasferimenti operanti una <<normale>> stabilità

²⁷³ DORIA, cit.

²⁷⁴ DORIA, cit.

²⁷⁵ DORIA, cit.

indipendente dalle vicende di status”²⁷⁶.

Le principali critiche mosse a tale ricostruzione²⁷⁷ si incentrano sulla eccessiva genericità del concetto di “causa familiare”, dal momento che anche “la stipula di una convenzione matrimoniale, il dono manuale di un gioiello, o l’ intestazione di un immobile durante la fase fisiologia dell’unione potrebbero presentare un’ identica giustificazione”²⁷⁸. Si è poi osservato che tale ricostruzione potrebbe prestarsi ad abusi in quanto renderebbe i meri motivi dell’atto la causa dell’attribuzione patrimoniale e delineerebbe uno schema negoziale difficilmente inquadrabile nelle categorie generali dell’onerosità o gratuità²⁷⁹.

É tuttavia innegabile che tale ricostruzione abbia il pregio di evidenziare la specificità propria degli accordi della crisi coniugale; pecca forse di genericità ma consente di caratterizzare tali accordi che, pur se ricompresi nella fattispecie contrattuale, hanno note che li diversificano rispetto ad accordi conclusi fra parti non legate dalle ragioni affettive proprie dei coniugi, sebbene in crisi.

c) Causa tipica di definizione della crisi coniugale²⁸⁰

²⁷⁶ DORIA, cit.

²⁷⁷ OBERTO, cit.

²⁷⁸ OBERTO, cit.

²⁷⁹ Sul punto BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, Riv. notar., 1997, I

²⁸⁰ Concordi con OBERTO, LONGO, e ZANUZZI.

Contrari: ANGELONI, *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*; DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi familiare*. Quest’ultimo definisce la tesi proposta da OBERTO “immaginary”.

Vi è poi chi²⁸¹ ravvisa una causa tipica negli accordi in esame partendo da alcuni dati letterali e precisamente dagli artt. 711 c.p.c. e 4, comma XVI, I. div. che menzionano, rispettivamente, le “condizioni della separazione consensuale” e le “condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici” in sede di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Tali articoli, coordinati con la giurisprudenza di legittimità che prevede la possibilità per ciascun coniuge di condizionare il proprio consenso alla separazione o al divorzio ad un sistemazione dei rapporti patrimoniali che sia soddisfacente, permettono di inserire in quelle condizioni, tutte le pattuizioni inerenti i rapporti economici tra coniugi. E così “dal momento che l’intento principe delle parti è quello di sistemare *definitivamente e in considerazione della crisi coniugale* le <<pendenze>> che un più o meno lungo periodo di vita comune ha determinato, sembra più appropriato parlare di una *causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale*”²⁸². L’autore attribuisce a tale negozio il nome di “contratto tipico della crisi coniugale” o “contratto postmatrimoniale”. Esso si caratterizza per il fatto di essere condizione per la definizione consensuale della crisi coniugale. Si tratta di un “contratto oneroso, a prestazioni corrispettive o unilaterali, periodiche o

²⁸¹ OBERTO, con vari scritti a partire dal 1999

²⁸² OBERTO, cit. 1999, pag.705

istantanee, di carattere obbligatorio o reale”²⁸³.

Sarà quindi giustificato qualunque trasferimento che trovi fondamento in tale causa tipica di definizione della crisi coniugale, sia esso concluso in sede di separazione o divorzio ovvero in una fase antecedente persino rispetto al matrimonio stesso ²⁸⁴. Tale causa inoltre, può presentarsi come unica o anche “accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione)” quale “motivo postmatrimoniale, rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale”²⁸⁵.

A tale impostazione sembra esser stato fatto riferimento in una sentenza della Corte di Cassazione, che nel 2004 ha affermato 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 [...] 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)”²⁸⁶.

²⁸³ OBERTO

²⁸⁴ Concorde anche GIUNCHI, *I trasferimenti di beni fra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in Vit. Not., 1993

²⁸⁵ OBERTO, cit., 1999

²⁸⁶ Cass. 5741/2004. In tal senso, anche una precedente sentenza del Tribunale di Pistoia, 1 febbraio 1996: “il negozio in questione si configura come un contratto atipico meritevole di tutela da parte dell’ordinamento ai sensi dell’art. 1322 c.c. non in contrasto con l’ordine

Tuttavia anche tale ricostruzione non è andata esente da critiche. Vi è così chi ha parlato di impossibilità di individuare una causa tipica stante la totale assenza di “una seppur minima disciplina della fattispecie”²⁸⁷. A tale osservazione si è replicato che non manca una disciplina poiché “agli accordi in oggetto, costituenti a tutti gli effetti [...] condizioni della separazione o del divorzio, saranno applicabili tutte le regole per queste ultime dettate dal codice civile, così come da quello di rito (e, in misura ben maggiore, quelle elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza)”²⁸⁸. A ciò credo si possa aggiungere che l'assenza di una disciplina normativa non impedisce di affermare (ravvisare una) la tipicità in un determinato negozio: questa infatti, come già visto, non è solo quella legislativamente prevista ma anche quella sociale, ovvero quella che deriva da un frequente utilizzo nella prassi. Ciò è evidente con riferimento agli accordi della crisi coniugale, non potendosi certamente più sostenere che essi non siano tipici nel senso di ricorrenti nella pratica con connotati costanti e ripetuti e che comunque assolvono sempre un'identica funzione meritevole di tutela.

pubblico e caratterizzato da una causa sua propria. Per quanto concerne quest'ultima, ritiene il collegio che la medesima vada individuata nell'esigenza di attuare un regolamento di rapporti, una definizione delle reciproche ragioni di dare e avere tra i coniugi al termine della convivenza; com'è stato sostenuto recentemente in dottrina, potrebbe ormai pervenirsi – sulla base dell'individuazione di una causa tipica del negozio patrimoniale di separazione consensuale – alla ricostruzione di un vero e proprio contratto di definizione della crisi coniugale”.

²⁸⁷ CARBONE, I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio, in *Notariato*, 2005

²⁸⁸ OBERTO, 2011, cit.

Ancora, vi è chi²⁸⁹, da un lato, nega che tra le “condizioni della separazione” ex art. 711 c.p.c. rientrino anche i trasferimenti di beni tra coniugi, in quanto si tratta di eventi esterni ed eventuali rispetto al contenuto tipico dell’accordo di separazione e, dall’altro lato, teme che il motivo postmatrimoniale non farebbe altro che celare un “commercio di status”, ovvero che le attribuzioni patrimoniali costituiscano il corrispettivo del consenso alla separazione o al divorzio. Se la prima critica è facilmente superabile stante la prassi in tal senso ormai costantemente ritenuta valida dalla giurisprudenza e quanto già osservato in tema di contenuto necessario e contenuto occasionale di tali accordi, la seconda ha invece basi più solide. I coniugi possono cercare di concordare un assetto dei loro specifici interessi il più conforme possibile alla volontà di ciascuno e “contrattare”, magari anche per lungo periodo, prima di acconsentire ad una soluzione consensuale della crisi matrimoniale, ma è pur vero che, aderendo alla tesi dei contratti postmatrimoniali senza le opportune attenzioni, il confine tra una libera manifestazione di volontà, e una volontà per così dire troppo “incoraggiata” da vantaggi economici diventerebbe labile. Sembra, d’altronde, andare nello stesso senso, la Corte di

²⁸⁹ IEVA, Trasferimenti in sede di separazione e divorzio, Riv. not,1995,: “si profila il rischio, in base a questa costruzione di una sorta di patrimonializzazione dell’adesione alla procedura consensualizzata di separazione o di divorzio; l’adesione alla separazione consensuale o al divorzio su domanda congiunta sembra divenire corrispettivo di una attribuzione patrimoniale”

Cassazione²⁹⁰, la quale, seppur con specifico riferimento agli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, afferma che “in tal modo si transigono non meri aspetti patrimoniali conseguenti ad un determinato *status* ma si fa oggetto di commercio lo status stesso”. Ed è vero infatti che la stessa Corte ha parlato di “consenso condizionato al trasferimento” ma, quando lo ha fatto, ha sempre rinvenuto nel trasferimento stesso una sua propria causa, in particolar modo transattiva o solutoria, che giustificasse di per sé l’atto. Ma si può replicare che qualsiasi contratto e, più in generale, qualsiasi accordo presuppone interessi diversi che vengono conformati dalle parti in modo da convergere verso la realizzazione di un risultato concordato. Nessun dubbio può nutrirsi in proposito quando si tratti di contratti con prestazioni corrispettive ma la conclusione non è diversa anche nel caso di contratti non sinallagmatici. E' principio generale quello secondo cui nessuno può risentire contro la sua volontà degli effetti di un contratto ancorché questi siano assolutamente vantaggiosi; così è necessaria l'accettazione nel caso della donazione come pure nel caso del contratto con obbligazioni del solo proponente e finanche nel caso del contratto a favore del terzo questi deve dichiarare di volerne profittare. Ciò non toglie, ovviamente, che la volontà di una delle parti possa essere viziata da errore, violenza o dolo ma in questi casi l'ordinamento appresta gli opportuni rimedi. In definitiva il rischio della

²⁹⁰ Cass. 3777/1981

coazione della volontà è proprio di qualunque contratto e si risolve con le regole generali potendosi richiedere ed ottenere l'annullamento. È fuor di dubbio che gli accordi della crisi coniugale, per la delicatezza degli interessi in gioco, debbano essere oggetto di un controllo che sarà preventivo e diretto se essi verranno omologati dal tribunale o trasfusi nella sentenza di divorzio, ovvero successivo e indiretto laddove essi pervengano al giudice a seguito di impugnazione della parte che si pretenda lesa.

L'ultima critica mossa a tale ricostruzione riguarda l'aver reso i motivi, da sempre giuridicamente irrilevanti, causa del contratto. Come visto tale obiezione è stata rivolta anche alla teoria della "causa familiare" e per questo si rinvia sopra. Si può però qui aggiungere che in realtà, per le considerazioni svolte a proposito dell'attuale funzione del concetto di causa, i motivi hanno oggi un rilievo particolare e devono sicuramente essere nobilitati nell'analisi di un accordo contrattuale per poter comprendere al meglio l'effettivo e concreto intento perseguito dalle parti al momento della conclusione del negozio.

La teoria della causa tipica di definizione della crisi coniugale è convincente; essa muove dalla considerazione di quanto avviene nella pratica e consente di rinvenire un fondamento comune a tali accordi. È fuor di dubbio che la loro funzione è quella di disciplinare le situazioni patrimoniali nascenti dall'allentamento o dallo scioglimento del vincolo

e, aggiungo, essi danno un'efficace risposta all'esigenza di facilitare la soluzione consensuale del dissidio.

Si rientra perfettamente nell'ambito dell'autonomia contrattuale e segnatamente nella previsione del secondo comma dell'articolo 1322 c.c. che costituisce in certo qual modo la norma che consente di uscire dal limite di una tipizzazione di contratti che non potrebbe mai essere tassativa e definitiva. Il contratto innominato non è oggetto di una disciplina propria e puntuale ma non per questo deve negarsene sempre e comunque la "tipicità" quando si accerti che nella prassi i privati ricorrono ad un certo schema negoziale quando si tratti di disciplinare situazioni che si presentano con frequenza. Per fare un esempio la categoria del contratto c.d. "do ut facias" ha una sua tipicità che si rinviene nel trasferimento di una "res" e, pertanto, nella realizzazione di un effetto reale, in corrispettivo di una prestazione di "facere"; tale contratto trova la sua disciplina nella combinazione di norme dettate per figure negoziali diverse e non ha una disciplina specifica. Il c.d. "contratto di mantenimento" è ormai di uso comune pur non essendo previsto dal legislatore eppure, alla luce dei principi dettati dalla giurisprudenza, ha in qualche modo una sua tipicità. Si tratta di esempi che dimostrano come le esigenze sentite nella pratica possano trovare nel contratto lo strumento della loro regolamentazione tra le parti. L'interprete è chiamato a verificare che tali contratti non

contrastino con le norme imperative, che essi non siano strumento per raggiungere fini non meritevoli di tutela. Così, per tornare su uno degli esempi appena proposti, è certo che il contratto di mantenimento debba presentare la caratteristica dell'aleatorietà in mancanza della quale non ha ragion d'essere; ma una cosa è dire che tale contratto potrebbe essere in concreto privo di causa - come accadrebbe quando il mantenimento fosse previsto a favore di un soggetto in punto di morte - altra è negare a fronte di un tale rischio la sua ammissibilità. Questo vale, lo si ripete, per tutti i contratti siano essi nominati o meno e, quindi, anche per gli accordi in occasione della crisi coniugale; nessuno dubita che in essi siano coinvolti interessi per così dire non negoziabili ma la tutela di questi è garantita dall'intervento del giudice e, d'altra parte, l'autonomia delle parti ha la possibilità di esplicitarsi liberamente con riguardo agli aspetti patrimoniali. Se, per avventura, l'interferenza di questi ultimi con i primi si risolvesse in fatto nella negoziazione dello "status" l'illiceità dell'accordo sarebbe indiscutibile non diversamente da quanto potrebbe accadere, sempre per tornare ad uno degli esempi fatti sopra, ove una res fosse trasferita in cambio di una prestazione turpe.

4. PROBLEMA DELL'ASSENZA DI EXPRESSIO CAUSAE NEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

Premessa

Come già notato, uno dei problemi degli accordi della crisi coniugale è dato dalla frequente assenza di *expressio causae*: essi, infatti, nella prassi, possono essere contenuti in un documento in cui si fa riferimento al solo trasferimento senza alcuna giustificazione dello stesso. Dobbiamo pensare soprattutto ai casi in cui le parti concludano un accordo per scrittura privata e non tanto al caso in cui tali accordi vengano conclusi grazie all'ausilio di un notaio, in quanto questi, per evitare le conseguenze che potrebbero derivare dall'accertamento della sua mancanza, fa sempre riferimento alla causa del trasferimento stesso, spesso semplicemente richiamando l'esistenza di un preesistente obbligo legale di mantenimento, cui con l'atto si intende adempiere.

Il problema nasce proprio perché "il semplice intento di trasferire il bene non può assurgere a causa giuridica, in quanto non permette di identificare lo scopo specifico che qualifica detto trasferimento"²⁹¹ e, come è noto, la conseguenza che l'ordinamento riconnette alla mancanza di causa è la nullità.

²⁹¹ Cass. 1299/1965

È proprio per salvare tali accordi che la dottrina, seguita a volte dalla giurisprudenza, ha fatto ricorso ai concetti di causa remota, causa esterna, prestazioni isolate, presupposizione. Difatti “l’expressio causae non è strettamente indispensabile, se si riesce in via ermeneutica a ricostruire il funzionamento che ha programmato l’atto”²⁹².

Occorre sottolineare che la causa diviene elemento essenziale del contratto, che deve in esso essere espressa, solo con il codice civile attuale, in quanto quello del 1865 prevedeva che “il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa” (art. 1120) e che questa “si presume sino a che non si prova il contrario” (art. 1121). Di conseguenza non è totalmente estranea alla nostra coscienza giuridica l’idea che la causa possa essere rinvenuta *aliunde*, ovvero in elementi estranei al contratto ma che con esso assumono rilevanza. Si è infatti detto che “ogni negozio deve avere la sua causa, perché ogni negozio deve corrispondere ad uno scopo socialmente apprezzabile. Ciò non esclude che, in alcuni negozi, gli effetti si producano astraendosi o prescindendosi dalla causa, la quale resta, per così dire, accantonata”²⁹³.

²⁹² NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all’atto di destinazione*, in Riv. dir. Civ., 2007

²⁹³ TORRENTE-SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985, p. 217.

Sul punto anche ASTONE, *Destinazione di beni allo scopo, Fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2010: “la presenza di negozi apparentemente privi di causa o con causa indeterminata ha generato un ampio dibattito nell’elaborazione scientifica avente ad oggetto almeno due

Occorre pertanto a questo punto esaminare le varie soluzioni proposte nel tempo per ovviare alla mancanza di *expressio causae* e verificare se esse possano trovare applicazione anche al tema degli accordi della crisi coniugale.

a) Causa remota e accordi della crisi coniugale

Per spirito di completezza, si inizierà con la prima soluzione fornita dalla dottrina all'assenza di *expressio causae*, ovvero con la teoria della causa remota, precisando sin da ora che essa non è stata mai direttamente richiamata con riferimento agli accordi della crisi coniugale perché, quando lo si è fatto essa è sempre stata assorbita dalla teoria della causa esterna o da quella del pagamento traslativo.

Il codice del 1865 riferiva il concetto di causa all'obbligazione e, sulla base di tale dato, era stata costruita la teoria della cosiddetta "causa soggettiva", identificata nello scopo che induce ciascun contraente ad assumere il vincolo. Il codice attuale ha invece spostato il concetto di causa al contratto. Ciò ha portato ad un'oscillazione continua tra concezione soggettiva e concezione oggettiva, tra causa

questioni: una riguardante le modalità di determinazione della causa, l'altra relativa alla configurabilità nel nostro ordinamento giuridico di negozi astratti, cioè privi di causa. Entrambe le questioni, ancora oggi oggetto di studio e approfondimento anche in prospettiva europea, sono state analizzate dalla più autorevole dottrina civilistica italiana e straniera, che ormai, a maggioranza, ha conseguito almeno due risultati: 1) la causa va determinata in una prospettiva ampia e oggettiva, che non si fermi ad una mera considerazione del profilo strutturale della fattispecie, ma che abbia riguardo all'affare complessivo nel quale si inserisce l'operazione negoziale; 2) il principio di causalità non è vanificato dalla esistenza di negozi apparentemente privi di causa, perché indeterminata o generica.

dell'obbligazione e causa del negozio. Ed è per questo che “anche coloro i quali sembrano seguire un indirizzo più rigoroso, riferendo la causa solamente al negozio giuridico, si vedono talora costretti a fare riferimento ad una causa remota²⁹⁴, distinta dalla vera e propria causa”²⁹⁵.

Così taluno²⁹⁶, sebbene esclude dal terreno della causa i motivi individuali, vi include la causa remota sulla base dell'eventuale connessione del negozio con rapporti giuridici preesistenti, contemporanei o futuri che può dar luogo “ad un nesso di carattere oggettivo [...] tale da render ragione della causa [...] nesso pertanto che ha una rilevanza giuridica indiretta per l'ipotesi che il rapporto connesso si riveli inconsistente”²⁹⁷; di conseguenza “il rapporto fondamentale, se non costituisce la causa in senso tecnico, del negozio [cambiarario,] ne costituisce però la causa *remota* – elemento contingente, volta a volta variabile, *ma indefettibile* – della causa prossima”²⁹⁸.

Così, l'assunzione di un obbligo o il trasferimento di un bene apparentemente mancanti di una giustificazione socio-economica,

²⁹⁴ In generale sulla causa remota: GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Lineamenti generali, Milano, 1954.

Per l'applicazione di questa tesi agli accordi determinativi degli assegni in sede di separazione e divorzio: BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993

²⁹⁵ GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico*, VI, 1960

²⁹⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994

²⁹⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

²⁹⁸ BETTI, *Sulla natura giuridica della girata dei titoli all'ordine*, in Riv. del Dir. Comm. XXV, 1927, I, pag. 596

realizzano comunque un'attribuzione la cui causa può essere rinvenuta in un elemento esterno all'atto ovvero la prestazione potrebbe collegarsi ad una situazione o ad un rapporto giuridico che costituiscono il presupposto del negozio, pur non essendo intrinseci all'atto o in esso richiamati e che permettono al negozio di avere autonoma efficacia, scongiurando il pericolo dell'astrazione causale.

La causa remota, quindi, è "caratteristica di una serie di atti che, per loro natura, sono destinati ad operare su un rapporto preesistente"²⁹⁹.

Essa costituisce un "presupposto oggettivo della causa tipica che caratterizza il negozio: così l'attribuzione che si faccia per adempiere una preesistente obbligazione, ha per causa il pagamento ossia il soddisfacimento dell'interesse del creditore (artt. 1174, 1455, 1464); ma questo ha, a sua volta, per presupposto il rapporto di obbligazione che si ritiene preesista (art. 2033). Ora, non è nullo l'atto di trasferimento se la presupposta obbligazione si svela poi insussistente; ma spetta, a chi pagò, la ripetizione dell'indebitato (2033, 2036): nel che si manifesta la rilevanza indiretta della causa remota"³⁰⁰.

Venendo al tema oggetto della presente trattazione, potremmo considerare l'obbligo legale di mantenimento del coniuge o della prole causa remota dell'attribuzione patrimoniale tra coniugi in crisi. Tale obbligo potrebbe infatti essere considerato il rapporto fondamentale

²⁹⁹ DORIA, *Causa familiare*, Milano, 1996

³⁰⁰ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

sottostante l'attribuzione e ad esso coevo (se l'atto in questione viene concluso in sede di separazione o divorzio) ma anche antecedente (se l'atto in questione viene concluso in vista di una crisi futura e meramente eventuale).

In questo modo anche gli accordi privi di una causa tipizzata dal legislatore o esplicitata dalle parti, quali possono essere proprio gli atti che qui interessano, possono trovare cittadinanza nel nostro ordinamento. Pensiamo al caso di quegli atti che potrebbero *prima facie* essere considerati nulli per mancanza di causa in quanto le parti in essi si sono limitate a sancire un trasferimento senza ulteriori specificazioni.

Seguendo questa impostazione, il successivo venir meno del rapporto presupposto, quindi la riconciliazione a seguito della separazione o del divorzio, determinano il diritto, per la parte che ha effettuato la prestazione, di agire per la restituzione dell'indebitato, dovendosi così qualificare l'avvenuto trasferimento. Ecco quindi che il trasferimento, che diviene privo di causa, viene salvato dalla nullità che pure sarebbe la conseguenza prevista dal nostro codice³⁰¹ e ciò soprattutto per tutelare maggiormente i terzi il cui eventuale acquisto sarebbe travolto dal venir meno del titolo del loro dante causa, conseguenza in tal modo

³⁰¹ GIORGIANNI, cit.: "nella dottrina italiana, ad un certo punto, le conseguenze della nullità del trasferimento per mancanza o falsità della causa vengono addirittura ripudiate, mediante il ricorso ai principi della ripetizione dell'indebitato[...] Si volle, in altri termini, ricavare dalla perpetuazione della disciplina della *condictio indebiti*, il principio che l'inesistenza dell'obbligazione di dare non provocava necessariamente la nullità del trasferimento".

si evita dato il carattere puramente personale dell'azione recuperatoria, esperibile solo verso l'*accipiens*.

Ciò che impedisce di applicare le conseguenze derivanti da tale impostazione agli accordi della crisi coniugale è la differenza ontologica tra l'insussistenza *ab origine* dell'obbligo presupposto, eventualità analizzata con particolare riferimento al rapporto cambiario³⁰², e il venir meno successivo dell'obbligo stesso, caso che si verifica allorquando un coniuge esegua una prestazione perché vi è effettivamente tenuto per legge (obbligo di mantenimento) e poi tale obbligo venga meno (per l'avvenuta riconciliazione). Sarebbe errato parlare in tal caso di indebito, in quanto il bene è stato invece "debitamente" trasferito.

Ora, poiché è pacifico che i trasferimenti avvenuti tra coniugi in base ad accordi della crisi coniugale non vengono meno in caso di riconciliazione.

b) Causa esterna e prestazioni isolate con riferimento agli accordi della crisi coniugale

Simile alla teoria della causa remota è quella, più recente, della causa esterna la quale, a differenza della prima, è stata più volte applicata agli accordi della crisi coniugale ed è per questo che la presente analisi

³⁰² BETTI, cit.

non può prescindere. Si farà breve cenno a tale ricostruzione in generale per poi vedere quando e come essa è stata richiamata con riferimento al tema oggetto della presente trattazione.

Secondo autorevole dottrina vi sono delle fattispecie identificabili come “prestazioni isolate”³⁰³, categoria questa comprendente tutte le figure negoziali caratterizzate da una nuda prestazione o attribuzione e la cui struttura pertanto non è da sola capace di manifestare la funzione perseguita dal regolamento dei privati. Caratteristica peculiare della categoria è l’unilateralità dell’effetto dell’attribuzione patrimoniale che ha la sua fonte in un atto, anche non unilaterale, la cui giustificazione causale non è espressa dal mero schema negoziale configurandosi questo nella neutra e spoglia prestazione. Quindi “l’unilateralità dell’attribuzione, la negozialità della fonte, la mancanza di *expressio causae* e l’attinenza al trasferimento di un diritto o all’assunzione di un obbligo sono i caratteri essenziali e tipici della prestazioni isolate”³⁰⁴.

All’interno di questo *genus* sono compresi i cosiddetti contratti con causa esterna³⁰⁵, “definizione con la quale si ha riguardo ad atti la cui concreta operatività presuppone l’esistenza di un elemento esterno al

³⁰³ GIORGIANNI, voca *Causa* (dir. Priv.), in Enc. Dir. VI, Milano, 1960

³⁰⁴ Cfr. NAVARRETTA

³⁰⁵ Sulla teoria del negozio con causa esterna, GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Lineamenti generali, Milano, 1954; GIORGIANNI, *Causa*; NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti dalle lezioni*, II, Milano, 1967; MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975.

Applicano questa teoria agli accordi determinativi degli assegni di separazione e divorzio, BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit.; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit.

In senso contrario: DORIA e BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, Riv. Notariato, 1997

negozio; si tratta di atti che trovano la propria giustificazione *per relationem* ad altri atti e possono avere funzione di tipo novativo, solutorio, di garanzia o di accertamento”³⁰⁶. Il caso può essere quello di negozio solutorio la cui *causa solvendi* rimanesse esterna al suo schema. Per esempio uno dei genitori in sede di separazione assume l’obbligo di trasferire ad un figlio un certo bene per adempiere il proprio obbligo legale di mantenimento; in tal caso è certo che il trasferimento ha la sua giustificazione. Lo stesso vale nell’ipotesi in cui l’obbligo da adempiere non abbia fonte legale bensì volontaria, in base ad un accordo assunto in precedenza. Ciò che va rilevato è che qui “la causa non si confonde con il tipo negoziale ma il riferimento causale che giustifica il trasferimento si rinvia all’esterno, nella funzione di adempiere un’obbligazione preesistente”³⁰⁷.

Con riferimento agli atti che qui interessano, è stato detto³⁰⁸ che l’atto traslativo, anche se privo di *expressio causae*, non potrebbe considerarsi astratto bensì negozio con causa esterna, identificabile nello scopo che l’autore del negozio espressamente indica. Si tratta di una causa intesa in senso soggettivo³⁰⁹ mentre la causa oggettiva è data “dal rapporto precedente in sé considerato, che costituisce il fondamento giustificativo della *traslatio rei* e il termine di riferimento del

³⁰⁶ NAVARRETTA

³⁰⁷ NAVARRETTA, cit.

³⁰⁸ Fra gli altri, MARICONDA, *Il pagamento traslativo* in Contr. e impr., 1998

³⁰⁹ MENGONI, *Gli acquisti “a non domino”*, Soc. Ed. Vita e pensiero, Milano, 1949

regolamento negoziale”.

Dal canto proprio, la Cassazione, già lo si è visto, per escludere la causa donativa nell'accordo traslativo tra coniugi ha sostenuto la tesi della causa esterna, che consiste appunto nell'adempiere l'obbligazione di mantenimento. Va da sé che se mancano i presupposti legali dell'assegno, il trasferimento è nullo e ciò consegue al principio della causalità, si noti, delle attribuzioni patrimoniali, vigente nel nostro ordinamento ed operante anche per le prestazioni isolate. Secondo parte della dottrina, “posto che l'atto isolato, finanche con funzione solutoria, è valido se non è radicalmente insussistente o nullo [...] l'atto [...] da cui esso dipende e posto che il rimedio correlato con il difetto di causa, la nullità, è del tutto compatibile con l'atto isolato, il vero problema di questa tipologia di prestazioni riguarda, a ben vedere, non tanto la causa dell'atto quanto le disfunzioni successive dello stesso”³¹⁰.

A tale teoria si è obiettato³¹¹ che “negozio con causa esterna è locuzione impropria: da un lato, perché la causa è comunque e sempre interna all'atto e, dall'altro, perché è l'accertamento della sua esistenza a dipendere da presupposti causali esterni, i quali rilevano nella misura in cui possono rendere la funzione dell'atto in concreto mancante poiché ad esempio l'obbligazione da adempiere non sussiste, è nulla o

³¹⁰ NAVARRETTA, cit.

³¹¹ NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in Riv. Dir. Civile, 2007

il rapporto è stato sciolto prima della conclusione della prestazione isolata”³¹². In pratica quindi occorre un’attenta analisi della situazione concretamente esistente per indagare sul funzionamento dell’atto isolato. Se manca infatti il presupposto dell’atto di adempimento non si può conseguire quanto voluto dalle parti: la giustificazione obiettiva, pur essendo confinata all’esterno, conserva la sua importanza ai fini dell’efficacia.

Inoltre, “affinché si possa a ragione rinvenire all’esterno di un atto la sua causa occorre che le parti ne abbiano formalmente ed espressamente fatto menzione”³¹³. Di conseguenza in tale caso i coniugi dovrebbero far riferimento in modo esplicito nell’atto che esso è compiuto in adempimento di un precedente obbligo legale di mantenimento; se così non fosse la giustificazione dello stesso dovrebbe essere rinvenuta altrove. Come già detto, ciò però molto spesso non avviene e quindi ricorrere al concetto di causa esterna non aiuta a salvare tutti gli accordi tra coniugi privi di *expressio causae*, potendo tale impostazione solo “ancorare la fattispecie traslativa all’obbligazione (legale) di mantenimento *nei soli casi in cui lo scopo*

³¹² NAVARRETTA, cit.

³¹³ LENER, *Expressio causae ed astrazione processuale*, in Studi in onore di Santoro Passarelli, Napoli, 1972, pag.765: “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”.

*solutorio venga espressamente enunciato dalle parti*³¹⁴. Intento solutorio, si ricordi, che non potrebbe che manifestarsi nella sola forma della *datio in solutum* dal momento che assegno di mantenimento e trasferimento di un diritto reale sono atti ben diversi tra loro, classificandosi il primo come ad esecuzione periodica e l'altro ad esecuzione immediata.

Tale teoria, come vedremo in seguito, ha il solo limite di non poter essere utilizzata per quegli accordi che non presentano alcun profilo solutorio.

c) Presupposizione e accordi della crisi coniugale

Un cenno deve essere fatto anche all'istituto della presupposizione, seppure esso non sia stato mai richiamato con riferimento agli accordi della crisi coniugale; qui se ne parla soltanto perché ad esso si è fatto ricorso per dare risposta a problematiche in qualche modo affini a quella di cui ci stiamo occupando, ovvero all'assenza di *expressio causae*.

La presupposizione è difatti una situazione esterna che senza essere menzionata quale condizione del contratto ne risulta il presupposto oggettivo. A tal proposito occorre distinguere i presupposti oggettivi generali, ovvero le condizioni di mercato e della vita sociale che possono influire sull'economia del contratto e che assumono rilevanza

³¹⁴ DORIA, cit., pag. 281

ai fini della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, e i presupposti specifici, ovvero le circostanze particolari cui è subordinato il vincolo contrattuale e che qui rilevano.

La presupposizione è un concetto la cui applicazione è dibattuta nel nostro ordinamento: parte della dottrina lo contesta, ritenendolo un motivo non trasfuso in clausola condizionale ³¹⁵ mentre la giurisprudenza l'ha ormai ammessa, considerandola una "situazione di fatto passata, presente o futura, comune ad entrambi i contraenti, non incerta, di carattere oggettivo ed indipendente dalla loro volontà, che le parti hanno tenuto presente durante l'*iter* formativo del negozio, pur non facendone in esso espresso riferimento"³¹⁶.

Le conseguenze proposte a seguito del venir meno del fatto presupposto sono numerose: dal recesso unilaterale della parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto insostenibile o inutile (rimedio valido per i contratti di durata), alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, all'avverarsi di una condizione risolutiva.

Prima facie, la presupposizione potrebbe sembrare adatta a spiegare i trasferimenti fra coniugi in crisi privi di *expressio causae*, che potrebbero quindi considerarsi stipulati sul presupposto tacito della separazione o del divorzio³¹⁷. Tuttavia, anche volendo prescindere dalle difficoltà che potrebbe sollevare l'adesione, nel caso che qui

³¹⁵ SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit.

³¹⁶ Cfr. in tal senso Cass. 588/1980

³¹⁷ Sembra infatti essersi richiamata Cass. 3940/1984

interessa, ad un istituto ad oggi controverso, è evidente come la definizione data dalla giurisprudenza al concetto di presupposizione, definizione seguita anche dalla maggioranza della dottrina, non si attaglia agli accordi della crisi coniugale. Infatti la crisi può certamente considerarsi una situazione di fatto passata, presente o futura, comune ad entrambi i contraenti, i quali ne hanno tenuto conto durante la formazione dell'accordo pur non facendone, in ipotesi, ad essa espresso riferimento ma non può sempre esser considerata "non incerta", perché laddove l'accordo venga assunto in vista di possibile separazione o divorzio, tale situazione sarà meramente eventuale. Inoltre anche a voler ammettere che la presupposizione possa spiegare solo gli accordi assunti a crisi in atto, non si potrebbe dire che la crisi sia un fatto oggettivo e totalmente indipendente dalla volontà dei contraenti.

In definitiva la presupposizione non può quindi trovare diretta applicazione nell'ambito che ci occupa, pur rappresentando uno dei modi in cui si è dato ingresso, nella individuazione della causa del contratto, ad un elemento ad esso estraneo.

d) Obbligazioni di dare e pagamento traslativo con riferimento agli accordi della crisi coniugale

Ulteriore ricostruzione proposta al fine di superare il problema connaturato all'assenza di *expressio causae* è quella delle obbligazioni di dare e del pagamento traslativo, ricostruzione questa richiamata, anche se non di frequente, con riferimento agli accordi della crisi coniugale. Occorre quindi una breve contestualizzazione dell'argomento prima di analizzare l'attinenza con il tema in esame.

Con l'espressione "adempimento traslativo" s'intende un negozio unilaterale di attribuzione, privo di causa tipica eppure non astratto, poiché la sua giustificazione viene espressa, riferendosi esplicitamente alla volontà di onorare un preesistente rapporto obbligatorio: precisamente "il pagamento traslativo non è un atto astratto ma è un negozio con causa esterna, dove la causa non è [...] la funzione desumibile dal contenuto; piuttosto la causa consiste nello scopo espressamente indicato dalla parte autrice del negozio stesso"³¹⁸.

Tradizionalmente, si è riconosciuta la possibilità di un tale negozio solo in ordinamenti, quale ad esempio quello tedesco, in cui il concetto di *titulus* e quello di *modus* rimanevano ben distinti, intendendo con il primo un contratto causale e con il secondo un negozio astratto, indipendente dai vizi del *titulus*, da solo sufficiente a produrre l'effetto

³¹⁸ GORGONI, cit. Si tratta della "causa in senso soggettivo", mentre "causa in senso oggettivo" è data "dal rapporto precedente, in sé considerato, che costituisce il fondamento giustificativo della *traslatio rei* ed il termine di riferimento dell'intento negoziale": MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, cit.

Contraria NAVARRETTA, Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione, in Riv. dir. Civ., 2007, secondo la quale "la causa - spesso con funzione solutoria o di garanzia - è interna all'atto [...] ma per altro verso, l'accertamento della sua esistenza dipende da *presupposti causali* che sono, questi sì, esterni all'atto".

traslativo.

In un ordinamento come il nostro che impone la necessità di una causa affinché il contratto possa stare in piedi, ci si è a lungo interrogati circa la possibilità di ammettere che l'effetto reale trovare la sua fonte in un atto meramente esecutivo di un preesistente obbligo. Non è questo il luogo in cui affrontare tale complesso problema; basterà accennare che parte della dottrina ha oggi ammesso tale possibilità parlando di "pagamento traslativo" e che con riferimento agli accordi della crisi coniugale si è detto che "il caso di cui ci stiamo occupando individua una [ulteriore] ipotesi di pagamento traslativo: e cioè di un atto di trasferimento che la propria causa in un rapporto antecedente al quale il trasferimento stesso deve collegarsi sia sotto il profilo dell'*expressio causae* sia sotto quello della effettiva esistenza della causa enunciata"³¹⁹.

Abbracciando tale ricostruzione, non si riconoscerebbe autonomia al trasferimento in quanto la sua funzione sarebbe esclusivamente quella di adempiere al precedente obbligo legale di mantenimento. Non riconoscendo alla vicenda giuridica con cui si produce l'effetto traslativo alcuna peculiarità, la conseguenza sarà che l'impugnazione del pagamento traslativo (in caso di trasferimento immobiliare, atto notarile) altro non è che l'impugnazione dell'accordo obbligatorio che lo giustifica (clausola dell'accordo di separazione o divorzio che, in

³¹⁹ MARICONDA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari*, in *Corr. Giur.* 1988

adempimento dell'obbligo legale di mantenimento, preveda l'attribuzione).

A questo punto “si risolverebbero i problemi inerenti la tipicità o la non tipicità dell'atto posto in essere, perché se ricostruito quale pagamento traslativo esso non sarebbe un contratto ma un atto dovuto, un adempimento e, in quanto tale interamente determinato nel suo *quomodo*, e risponde[n]te al canone non della tipicità, ma dell'esattezza”³²⁰.

È evidente come seguendo tale impostazione, non potrebbe esperirsi la revocatoria e difatti, quando la giurisprudenza esclude l'ammissibilità di tale azione pare implicitamente rifarsi all'idea del pagamento traslativo. Eppure il rimedio della revocatoria deve essere riconosciuto: esso, come si vedrà, è nella maggior parte dei casi l'unico esperibile avverso tali atti. È vero infatti che le parti hanno un'ampia autonomia negoziale per quel che riguarda le situazioni nascenti dalla crisi matrimoniale, ma bisogna pur sempre riconoscere come fondamentale uno strumento che possa fungere da argine ad un incontrollato uso, da parte dei privati, dei mezzi che l'ordinamento mette loro a disposizione. Gli accordi in sede di separazione o divorzio, infatti, potrebbero celare intenti fraudolenti, a danno di eventuali creditori (siano essi altri privati o lo Stato) e per questo devono poter essere assoggettati ad una forma di controllo e di reazione che viene, almeno dalla giurisprudenza,

³²⁰ MARTINO, Nota alle sentenze 5473/2006 e 8516/2006 in Fam. e Dir., 2008

individuata nella revocatoria. È per questo che negare ambito di operatività a tale azione, senza proporre valide alternative, potrebbe essere foriero di conseguenze negative e abusi da parte dei privati.

e) Critica comune alla teoria della causa remota, causa esterna, presupposizione e pagamento traslativo

Le teorie della causa remota, causa esterna, presupposizione e pagamento traslativo non possono esser seguite nella materia degli accordi della crisi coniugale, ancor prima che per i motivi analizzati esaminandole una ad una, perché esse partono dal medesimo presupposto, pur arrivando a conclusioni diverse, anche se in parte simili: esse si basano tutte sul fatto che l'intento dei contraenti non sia altro che quello di adempiere ad un preesistente obbligo, quello legale di mantenimento. Si dà infatti per scontato che, anche laddove le parti nulla abbiano detto circa la giustificazione causale del loro accordo, esse vogliano solo e sempre estinguere un'obbligazione.

Tuttavia, come si è già visto a proposito della causa solutoria, l'accordo traslativo, non sempre ha la funzione di adempiere l'obbligo di mantenimento; ciò per esempio non accade quando in esso si preveda, oltre all'attribuzione di un diritto reale, anche la corresponsione di una somma periodica a completamento di quanto

dovuto a titolo di mantenimento. L'atto traslativo qui non è riconducibile allo schema della *datio in solutum*, poiché ad esso non consegue l'estinzione del credito ma tra le parti permane il rapporto obbligatorio e quindi la debenza dell'assegno. Neppure si potrebbe parlare di adempimento dell'obbligo di mantenimento tutte le volte in cui esso nella realtà del caso concreto non sussista: potrebbe ben darsi che l'altro coniuge o i figli non minorenni siano autosufficienti e che di conseguenza nulla sia loro dovuto.

Tali teorie quindi, seppur applicabili in alcune ipotesi di accordi traslativi tra coniugi in crisi, non risolvono il problema della mancanza di *expressio causae*; esse forniscono infatti una soluzione parziale, non valevole nella generalità dei casi.

Sarebbe d'altronde troppo semplicistico ricondurre sempre e comunque tali accordi all'esistenza di un dovere. Occorre tener conto che nella crisi coniugale si esplica la piena autonomia privata e che questa può essere mossa dai più diversificati interessi, interessi non sempre egoistici. Si deve ammettere la possibilità che i coniugi, seppur in crisi, agiscano anche con intenti solidaristici, per pura generosità o magari anche solo per sistemare i loro rapporti reciproci e quindi regolamentare situazioni nascenti da fonti non solo legali, ma anche volontarie.

f) Soluzione al problema della mancanza di “espressio causae”.

Per concludere sul punto, tutte le teorie appena illustrate muovono dall'esigenza di individuare una causa laddove essa non emerga dalla lettura del contratto e per far questo operano un rinvio ad elementi esterni ad esso, mettendo in relazione l'accordo delle parti con circostanze preesistenti di cui i contraenti hanno tenuto conto nell'esercizio della loro autonomia negoziale. Sembra quindi che in tal modo si sia proposto un metodo generale: l'elemento esterno al contratto può essere il più diverso e non soltanto quello, più frequente, dell'adempimento di un precedente obbligo. Nel nostro caso esso si sostanzia nella funzione di regolamentare le conseguenze della crisi coniugale, agevolando la soluzione delle innumerevoli questioni che essa genera. In sostanza, è innegabile che quello di facilitare lo scioglimento consensuale del vincolo coniugale disciplinando gli aspetti patrimoniali della crisi, costituisca di per sé un presupposto causale costante e meritevole di tutela. Anticipando ciò che si dirà più avanti l'esistenza di tale presupposto giustifica di per sé una serie di atti che possono avere effetti reali od obbligatori ma che sono tutti funzionali alla definizione consensuale delle questioni patrimoniali conseguenti all'allentamento o allo scioglimento del vincolo. Ne discende che ove le parti nei loro accordi facciano espresso riferimento a detta crisi, un problema di causa inespressa neppure si pone mentre laddove, per

avventura, esso manchi, la stessa concomitanza della crisi - per non dire del fatto che tali accordi sono contenuti nel verbale di udienza - è sufficiente di per sé a dare soluzione ad un problema che, in verità, non sembra avere motivo di essere. Se poi ci si sposta all'esame degli atti con i quali si dà concreta attuazione alle pattuizioni in esame le considerazioni non paiono diverse. In genere in essi il richiamo all'accordo preesistente è espresso, se non altro quando si tratti di trasferimenti immobiliari poichè detto richiamo consente di beneficiare delle agevolazioni fiscali; tali atti poi si qualificano come adempimento di obblighi precedentemente assunti in sede di separazione. Viceversa ove ci si trovasse dinanzi ad un atto che menzioni soltanto l'effetto senza dar conto della sua causa, la "relatio" con l'accordo in sede di separazione o divorzio consentirebbe di arrivare alla medesima conclusione così come proposto dalle teorie in esame.

5. COLLEGAMENTO NEGOZIALE E ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

Premessa

L'istituto del collegamento negoziale con riferimento agli accordi della crisi coniugale è stato richiamato sia con riguardo all'accordo e il provvedimento di omologazione, sia con riguardo al contenuto necessario ed a quello eventuale ma è ipotizzabile anche con riguardo all'obbligo assunto in sede di separazione di porre in essere successivi contratti nominati o innominati.

Occorre quindi accennare brevemente all'istituto del collegamento negoziale in generale.

Il collegamento negoziale non è un istituto giuridico previsto dal nostro ordinamento ma è piuttosto una tecnica per così dire inventata dalle parti contraenti nel libero esercizio della loro piena autonomia contrattuale, grazie al quale “dare compiuto sfogo alla loro capacità creativa o costitutiva di intese, accordi, situazioni, tali da incanalare i loro interessi economici entro nuove realtà o nuovi modelli, ritenuti i più adeguati e flessibili strumenti per la realizzazione degli obiettivi economici prefissati”³²¹.

Il collegamento negoziale presuppone una connessione tra più contratti distinti, siano essi tipici o atipici; ciò da vita ad uno schema contrattuale

³²¹ RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, il Diritto privato nella giurisprudenza a cura di Paolo Cendon, VI, Utet, Torino, 2000

atipico³²² e quindi sottoposto al controllo del giudice, ai fini dell'individuazione della causa non preventivamente considerata meritevole dal legislatore.

Nella definizione tradizionale, il collegamento fra contratti si verifica ogni volta in cui "le parti [...] danno vita, contestualmente o no, a distinti contratti i quali, caratterizzandosi ciascuno per la propria causa e conservando l'individualità di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra di loro e posti in rapporto di reciproca dipendenza, cosicché le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro condizionandone la validità e l'efficacia"³²³. Recentemente, tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno prestato attenzione al dato funzionale, ponendosi così in luce la natura unitaria dell'operazione economica cui sono finalizzati i singoli contratti tanto da potersi oggi riscontrare una tendenza alla tipizzazione anche in tale ambito. Ciò può essere di grande aiuto per far fronte ad alcune ricorrenti problematiche, pur non appearing atto a fungere quale criterio sulla base del quale elaborare regole idonee a sciogliere i nodi che si presentano nella pratica quotidiana: in essa infatti sempre più spesso operazioni economiche unitarie vengono realizzate grazie

³²² Cass 1641/1984: "con il collegamento negoziale si realizza un legame causale tra due o più negozi, contestuali o anche successivi ed il rapporto giuridico che ne viene costituito ha nel collegamento dei negozi la sua fonte genetica ed il suo regolamento negoziale, dando luogo ad un contratto atipico con effetti giuridici suoi propri che ne determinano la natura e la struttura in maniera diversa da quella dei singoli negozi".

³²³ Cass. 126/1980

all'utilizzo di distinti schemi negoziali. Il collegamento è così uno strumento atipico cui i contraenti ricorrono per perseguire i propri interessi ed la sua giustificazione trova causa nel riconoscimento dell'autonomia privata. L'unitarietà dello scopo avuto di mira, incide sul contenuto o almeno sugli effetti di ciascun contratto così che taluno preferisce considerarlo un unico contratto. Ciò se da un lato può essere vantaggioso ai fini della disciplina, in particolar modo nei casi in cui sia ravvisabile la sinallagmaticità fra le prestazioni, dall'altro, quando non è ammissibile nei casi in cui il condizionamento sia unilaterale.

Il collegamento può sussistere anche nell'ipotesi in cui un contratto funge da giustificazione causale dell'altro. Ciò può accadere laddove l'accordo tra coniugi preveda la stipula di una pluralità di contratti, come può accadere in caso di previsione di una cessione e di un trust, oppure di una permuta tra coniugi e di un'attribuzione a favore dei figli e così via.

Collegamento negoziale con riferimento agli accordi della crisi coniugale³²⁴

Si è rinvenuto³²⁵ un collegamento negoziale tra contenuto tipico e

³²⁴ La dottrina ha fatto ricorso al concetto di collegamento negoziale per trovare spiegazione, fra l'altro, alla varietà di contenuto degli accordi raggiunti dai coniugi in occasione della separazione personale: FERRANDO, I contratti collegati, in Nuova giur. Civ. comm., 1986, II; FERRANDO, I contratti collegati: i principi della tradizione e tendenze innovative, in Contr. E impr., 2000

contenuto atipico degli accordi di separazione o divorzio e fra questi e il provvedimento giudiziale, sia esso di omologazione della separazione o di pronuncia di divorzio congiunto. Così come esisterebbe un collegamento fra le varie pattuizioni inerenti il contenuto necessario, esisterebbe anche un collegamento fra queste e quelle eventuali e fra tutte e il provvedimento giudiziale e solo nella correlazione degli stessi potrebbe rinvenirsi il fondamento causale, che non viene più riferito al singolo atto traslativo, bensì all'intera operazione posta in essere, comprensiva tanto dell'accordo circa il mutamento di status, quanto degli accordi di natura economico-patrimoniale.

Una prima indicazione del collegamento tra accordo traslativo e provvedimento giudiziale è puramente formale: tanto gli accordi economici quanto quelli inerenti lo status o la prole sono infatti contenuti nello stesso verbale; si è parlato a tal proposito di "pluralità di negozi con unicità di contesto"³²⁶. Vi è poi una ragione ontologica che giustifica l'idea di un collegamento: è infatti evidente come le pattuizioni economico-patrimoniali non possano che dipendere dal contenuto necessario, che a questo si conformino, che sulla base di questo determinino una regolamentazione il più possibile conforme agli interessi delle parti coinvolte nella crisi matrimoniale.

³²⁵ Fra gli altri, BARBALUCCA-GALLUCCI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, Giuffrè, Milano, 2012 e GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 2009

³²⁶ FALZEA, *La separazione personale*, cit.

La dottrina³²⁷ ha spesso fatto ricorso al concetto di collegamento in tale materia per spiegare, fra l'altro, la molteplicità di contenuto degli accordi di separazione e divorzio ma in realtà esso potrebbe essere funzionale alla complessa problematica inerente il destino degli accordi patrimoniali al mutare dell'accordo fondamentale (decisione di vivere separati o scioglimento definitivo del vincolo). Si potrebbe infatti ipotizzare un condizionamento dell'efficacia del trasferimento alle vicende del provvedimento giudiziale.

Un collegamento necessario, ad esempio, senza dubbio sussiste tra il provvedimento giudiziale che riconosce l'obbligo legale di un genitore di mantenere il figlio e il trasferimento di un bene effettuato dal primo a favore del secondo.

A tal riguardo, vi è chi³²⁸ ha parlato di "collegamento unilaterale" tra assegno di mantenimento e negozio fondamentale (concernente lo status) con ciò volendo far riferimento alla peculiare situazione che si realizza al venir meno di uno dei due: nel caso si interrompano gli effetti della separazione per riconciliazione (ci si potrebbe poi chiedere se lo stesso discorso possa farsi anche con riferimento ad una ritrovata serenità matrimoniale a seguito di divorzio) gli accordi sul

³²⁷ Fra gli altri, FERRANDO, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. e impr.*, 2000, pag. 127 e ss. e ZANUSSI, "L'essere condizioni della separazione viene così a tradursi, per le clausole negoziali della separazione, in un vero e proprio collegamento funzionale, in un nesso di interdipendenza che le orienta teleologicamente al raggiungimento della composizione consensuale degli interessi sorti dalla crisi del matrimonio [...] così il collegamento negoziale è in grado di legittimare la presenza all'interno dell'accordo di alcuni negozi e di escluderne quella di altri".

³²⁸ FALZEA, *La separazione personale*, cit.

mantenimento (della prole) perdono efficacia; al contrario se sono questi ultimi a venir meno, il negozio fondamentale rimarrebbe in vita. Tale ricostruzione trova giustificazione solo se si sposa la tesi di cui sopra e quindi si considera causa dell'attribuzione l'accordo fondamentale. Sarebbe invece incompatibile con la nozione di contratto, per di più se ad effetti reali, il quale potrebbe sciogliersi solo per mutuo consenso. Altra ipotesi sarebbe dedurre la riconciliazione in condizione e configurarla quale evento risolutivo. Laddove invece un collegamento venga riconosciuto, presupposto di efficacia dell'atto traslativo sarà il momento in cui il decreto di omologazione diviene irreclamabile o in cui passa in giudicato la sentenza che pronuncia il divorzio congiunto.

Tutto sta nell'indagare la reale volontà delle parti, nel tentativo di comprendere se esse abbiano effettivamente voluto creare un collegamento, ovvero creare una stretta correlazione tra atto traslativo e accordo di vivere separati o di sciogliere il vincolo matrimoniale. Se di ciò venisse data prova, gli effetti dell'atto traslativo avrebbero la loro fonte nell'omologazione della separazione ovvero dalla pronuncia di divorzio congiunto e di conseguenza una eventuale revoca del consenso alla separazione o al divorzio o un'eventuale riconciliazione o anche più semplicemente la mancata comparizione di uno dei coniugi davanti al giudice farebbe venir meno il trasferimento stesso.

Secondo l'impostazione più diffusa, si potrebbe in tal caso parlare di "collegamento volontario di tipo funzionale" e questo "fa sì che risultino fuse nello stampo del negozio fondamentale [l'accordo di separazione o di divorzio] le cause particolari dei negozi dipendenti"³²⁹. Questo, è utile ripeterlo, è senza dubbio ciò che si verifica laddove abbiano esplicitato la loro volontà in tal senso, altrimenti, mancando un collegamento volontario, i due negozi dovrebbero, in linea di principio, considerarsi indipendenti e quindi autonomi e insensibili alle vicende dell'altro.

Il discorso però non è così semplice. Difatti l'assenza di un'espressa volontà delle parti di connettere l'atto traslativo al negozio fondamentale non è da sola sufficiente a provare, senza possibilità di equivoco, la sussistenza ovvero la mancanza del collegamento stesso. Infatti il collegamento potrebbe essere nei fatti solo formale, e quindi, come si è detto, di contesto per essere entrambi i negozi inseriti nel medesimo verbale, oppure le parti potrebbero, nonostante il loro silenzio, "aver voluto subordinare le sorti dell'accordo [traslativo] alle vicende della volontà di *status*"³³⁰. D'altronde il collegamento può sempre desumersi da elementi oggettivi, espressione di uno scopo unitario³³¹. La questione diviene quindi puramente interpretativa e la

³²⁹ FALZEA, cit.

³³⁰ GORGONI, cit.

³³¹ In tal senso dottrina maggioritaria, tra cui SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in Enc. dir., 1960

soluzione dovrà desumersi dall'esame dell'accordo traslativo al fine di verificare l'eventuale presenza di un collegamento funzionale che possa subordinare l'efficacia del trasferimento all'efficacia del provvedimento giudiziale.

Conferme in tal senso vengono anche dalla Suprema Corte³³², la quale, analizzando un caso in cui i coniugi avevano intero regolamento i loro reciproci rapporti economico-patrimoniali nonché quelli con i figli per prevenire controversie non strettamente legate alla separazione, ha negato la nullità dell'atto traslativo per non essere avvenuta poi la separazione consensuale programmata, escludendo la sussistenza di un collegamento fra i due negozi, affermando proprio che "il collegamento con la separazione deve emergere dall'interpretazione". Nel caso di specie infatti non si poteva desumere l'esistenza di un simile legame dalla mera circostanza che il trasferimento fosse funzionale alla disciplina rapporti che sarebbero originatisi a seguito della separazione. Ipotesi analoga, ma risolta diversamente, si era presentata alla Corte di Cassazione l'anno precedente³³³: un coniuge si impegnava a trasferire una quota di proprietà di un bene immobile all'altro in cambio dell'assunzione, da parte di questi, di impegni inerenti il mantenimento dei figli; ciò in prospettiva di una separazione consensuale poi non intervenuta. Qui la

³³² Cass. 2997/2009

³³³ Cass. 9174/2008

Corte riconosce un collegamento volontario di tipo funzionale anche se implicito e per questo dichiara inoperante l'impegno a trasferire e ciò per "la mancanza di [tale] autonomia degli accordi economici in questione, inseriti in un progetto di separazione consensuale non andato a buon fine".

Occorre poi chiarire come non debbano condividersi gli orientamenti che ravvisano collegamenti solo tra provvedimento giudiziale e contenuto necessario della separazione³³⁴ in quanto legami del genere possono ben esistere anche tra il provvedimento e il contenuto eventuale, stante, fra l'altro, la stretta interdipendenza fra contenuto eventuale e contenuto necessario.

La sussistenza di un collegamento ha ricadute sulla scelta del rimedio cui il coniuge può ricorrere in caso di fallimento dell'accordo traslativo. Nel caso in cui non vi sia collegamento, "l'unico rimedio potrà essere agire *ex contractu* mentre laddove un collegamento sia ravvisabile, la parte insoddisfatta potrà anche chiedere la revisione delle condizioni della separazione o di divorzio"³³⁵. I due rimedi, fra l'altro, sono esperibili cumulativamente, con una piccola distinzione però tra il caso in cui il collegamento sia volontario e quello in cui il collegamento sia funzionale. Nella prima ipotesi il coniuge potrà chiedere la revisione delle pattuizioni e, dinanzi al giudice ordinario, sia l'equivalente del

³³⁴ In tal senso Trib. Firenze, 20 febbraio 2009

³³⁵ In tal senso, Doria, cit., il quale, fra l'altro, non esclude la cumulabilità dei due rimedi.

valore del bene, sia l'eventuale risarcimento del danno. Nella seconda ipotesi, invece, il giudice ordinario dovrà tener conto dell'avvenuta revisione dell'assegno di separazione o di divorzio perché altrimenti "l'integrale accoglimento delle domande altererebbe il quadro dei rapporti economico-patrimoniali convenzionalmente posti dai coniugi"³³⁶, con la conseguenza che solo in caso di mancata revisione il giudice potrà riconoscere l'intero valore del bene e il risarcimento del danno. La cumulabilità dei rimedi deve poi essere esclusa se l'accordo traslativo è meramente esecutivo e determinativo dell'obbligazione legale di mantenimento, avendo esso causa solamente solutoria: qui potrà chiedersi solo la revisione.

Anticipando le conclusioni alle quali si perverrà, va sottolineato, inoltre, come molto spesso negli accordi redatti dinanzi al giudice, le parti prevedano la conclusione in un momento successivo e spesso entro un certo termine di contratti che possono avere una loro causa tipica. Non di rado, per esempio, può accadere che un coniuge si impegni a cedere all'altro la sua quota di proprietà sulla casa coniugale a fronte dell'assunzione da parte dell'acquirente dell'obbligo di pagare per intero il residuo mutuo; in altri casi può accadere che i coniugi si impegnino a permutare la quota di proprietà di due immobili già comuni tra loro in modo che ciascuno divenga esclusivo titolare di uno dei due immobili; ancora, di recente, non sono mancati i casi in cui per meglio

³³⁶ DORIA, cit.

tutelare le esigenze del coniuge avente diritto a mantenimento, ovvero della prole, sia previsto l'obbligo di costituire un trust.

Ecco allora che alla causa costante e tipica degli accordi in esame si affianca una causa anch'essa tipica, propria di contratti nominati o anche, come nel caso del trust, di figure che pur se non disciplinate compiutamente dal nostro legislatore hanno ormai cittadinanza nel nostro ordinamento. Viene quindi da pensare alla figura del contratto preliminare che obbliga alla conclusione in un secondo momento del contratto definitivo, trovando giustificazione lo sfasamento temporale tra i due negozi nell'esigenza di disciplinare aspetti non ancora del tutto definiti ovvero di attendere il verificarsi di fatti non ancora attuali. Nel caso di specie, l'accordo dinanzi al giudice non è assai spesso la sede appropriata per la conclusione di contratti che richiedono accertamenti (per esempio l'ammontare del mutuo da accollare, l'esatta identificazione catastale degli immobili, gli estremi dei provvedimenti edilizi, la conformità catastale e così via) che rendono necessario il posticipo della stipula del contratto.

L'aver richiamato il preliminare, porta all'attenzione la figura del collegamento negoziale, dovendosi considerare il rapporto che si instaura tra accordo dinanzi al giudice e successivi atti da porre in essere. Certamente a questi ultimi non sarà estraneo il carattere di atti di adempimento di un preesistente obbligo, come costantemente si

legge negli atti notarili. Si tratta inoltre di verificare se il successivo rifiuto della stipula dell'atto previsto consenta al coniuge non inadempiente di chiedere l'esecuzione in forma specifica, ove possibile, ovvero in che misura tale inadempimento si riverberi sull'accordo, magari già omologato.

6. PROFILI APPLICATIVI DEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

Premessa

Dopo aver analizzato il problema inerente la causa degli accordi della crisi coniugale da un punto di vista prettamente teorico e prima di poter prendere posizione su quale sia la tesi più convincente, occorre valutare, più nello specifico, le ricadute pratiche che ciascuna di esse comporta. Difatti la trattazione non può che avere quale scopo ultimo quello di cercare di dare risposta a problemi nascenti nella pratica di tutti i giorni; il compito dell'interprete, per quanto attiene alla materia in esame, consiste nel cercare da un lato di riconoscere ampia autonomia alle parti, adattando, se necessario, i pochi strumenti messi a disposizione dal legislatore, dall'altro di evitare che le parti ne abusino, danneggiando possibili terzi.

Ecco perché di seguito si esamineranno le conseguenze pratiche dei diversi profili causali che le attribuzioni patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio possono avere, con riferimento alla disciplina giuridica applicabile in talune materie di particolare interesse.

a) Forma degli accordi della crisi coniugale³³⁷

La forma si riferisce alla fase genetica del contratto e per questo si differenzia dagli altri istituti che saranno in seguito esaminati e tutti relativi al profilo funzionale.

Laddove l'accordo in esame fosse inquadrabile nello schema della donazione, ma abbiamo visto come ciò sia da escludere, esso sarebbe valido solamente se stipulato per atto pubblico, previsto a pena di nullità³³⁸ ed alla presenza di almeno due testimoni³³⁹.

Le conseguenze sarebbero invece diverse laddove si trattasse di liberalità indiretta o di negozio misto con donazione. La prima ipotesi potrebbe riscontrarsi allorquando un coniuge rimetta o si impegni a rimettere all'altro un debito ovvero paghi il debito dell'altro o paghi il prezzo di un bene acquistato dall'altro o si impegni ad acquistare un bene per poi intestarlo a favore dell'altro³⁴⁰. La seconda ipotesi potrebbe riscontrarsi, come già scritto, allorquando un coniuge trasferisca all'altro, con spirito di liberalità, un immobile il cui valore superi di gran lunga il debito derivante dall'obbligo di mantenimento. In

³³⁷ ANDRINI, Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniali e degli accordi di separazione tra coniugi, in *Famiglia, Rivista di diritto di famiglia e delle successioni in Europa*, 2001; CONDO', Ancora sulle attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale fra coniugi, in *Riv. Not.*, n.6; PATTI, Accordi patrimoniali fra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruole del notaio, in *Vita not.* N.3/2004

³³⁸ Art. 782 c.c.: "La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio".

³³⁹ Combinato disposto degli artt. 48 e 58 della L. 89/1913

³⁴⁰ Ci riferiamo alle ipotesi di remissione del debito, pagamento del debito altrui, adempimento del terzo e contratto a favore del terzo.

tali casi non è necessaria la forma dell'atto pubblico alla presenza di due testimoni in quanto, vigente il generale principio di libertà della forma contrattuale, le norme che vi derogano sono di stretta applicazione e quindi non suscettibili di estensione in via analogica a fattispecie non espressamente previste dal legislatore³⁴¹. D'altronde l'art. 809 c.c., nel richiamare quali disposizioni inerenti la donazione siano applicabili anche agli altri atti di liberalità, non richiama l'articolo che prescrive la forma solenne. In tali casi quindi la forma sarà quella propria dello schema contrattuale scelto dalle parti: ad esempio, in caso di compravendita per un prezzo talmente esiguo da celare una donazione, basterà la forma scritta per la validità del trasferimento e l'atto pubblico (ma senza testimoni) ai fini della trascrizione.

Laddove l'accordo in esame fosse inquadrabile negli schemi della transazione, del negozio solutorio, del negozio di accertamento ma anche del negozio con causa familiare o del negozio della crisi familiare, sarà applicabile, invece, il principio della libertà di forma ad eccezione dei casi, pensiamo ai trasferimenti immobiliari, in cui il legislatore disponga diversamente, richiedendo la forma scritta.

Bisogna inoltre ricordare la forma *ad substantiam* potrebbe poi essere prevista convenzionalmente dalle stesse parti, magari nel verbale di

³⁴¹ Sul punto, fra gli altri, PALAZZO e MAZZARESE, *I contratti gratuiti*, Torino, 2008 e Cass. 642/2000

separazione o divorzio, ai sensi dell'art. 1352 c.c.³⁴².

Tutto ciò, è bene ribadirlo, poiché è generalmente esclusa la natura di convenzioni matrimoniali di tali contratti e pertanto non è richiesta la forma di queste: atto pubblico con testimoni.

b) Revocazione per ingratitudine o sopravvenienza dei figli con riferimento agli accordi della crisi coniugale

Potrebbe darsi il caso in cui, successivamente alla separazione o al divorzio uno o entrambi i coniugi abbiano un figlio o ancora che scoprano l'esistenza di un figlio nato fuori del matrimonio o che questo venga riconosciuto.

Nel caso in cui si trattasse di donazione, come da alcuni sostenuto ma qui escluso, l'accordo, in conformità ai principi generali, sarebbe revocabile ex art. 800 e ss. del c.c., a meno che, come spesso succede, non si tratti di donazione remuneratoria. Di conseguenza, se l'intento delle parti fosse rendere stabile il trasferimento effettuato per regolare la crisi coniugale, sarebbe opportuno quanto meno esplicitare che la donazione è stata fatta per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione. Lo stesso può dirsi con riferimento alle ipotesi di liberalità indiretta o di negozi misti con donazione: anche questi sono revocabili (art. 809), salvo sussista un

³⁴² *"Forme convenzionali."* Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo."

intento remuneratorio ovvero si tratti di una liberalità non soggetta a collazione, fra le quali rientrano le “spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia” nonché quelle “ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze”. Anche qui, quindi, sarebbe opportuno rendere espliciti tali presupposti al fine di dotare l’atto di una qualche stabilità.

Nel caso in cui ricorra uno qualunque degli altri profili causali, non potrà esperirsi l’azione di revocazione per sopravvenienza di figli o ingratitudine, perché si tratta di un istituto previsto con esclusivo riferimento alla donazione³⁴³ ed esteso a tutte le liberalità.

c) Collazione e azione di riduzione per lesione di legittima con riferimento agli accordi della crisi coniugale

Per quanto attiene alla collazione, le donazioni così come le liberalità indirette saranno soggette ad essa a meno che non si rientri nell’ipotesi dell’art. 742, comma I, c.c. ed in tal caso l’esonero sarà *ex lege*. Il disponente può poi prevedere una dispensa che produce effetto solo nei limiti della quota disponibile.

Si può peraltro osservare come l’istituto della collazione operi nei confronti dei chiamati all’eredità se siano stati anche beneficiari di donazioni da parte del soggetto della cui successione si tratta. Pertanto, se si ha riguardo alla successione legittima, il coniuge non

³⁴³ GORGONI, cit., nega la possibilità di agire in revocazione e la possibilità di collazione

verrà in considerazione in caso sia stata già pronunciata sentenza di divorzio ovvero in caso di pronuncia di separazione con addebito, spettandogli in quest'ultimo caso soltanto un assegno vitalizio se al momento dell'apertura della successione godeva del diritto agli alimenti a carico del coniuge deceduto. L'istituto si applica invece in tutti i casi di separazione senza addebito, con riguardo ai figli e anche nei confronti del coniuge o dell'ex coniuge istituito erede con testamento. Ovviamente non potrà parlarsi di collazione con riferimento ad atti che presentano un profilo causale diverso da quello liberale, come accade, si è detto, per gli accordi della crisi coniugale.

Anche l'istituto della riduzione per lesione di legittima si riferisce esclusivamente alle ipotesi di donazioni o di liberalità indirette e consiste nella possibilità per il legittimario leso o pretermesso di chiedere la riduzione di tali atti (o delle disposizioni testamentarie) se ledono la sua quota di legittima, tenendo conto però in tale calcolo anche delle donazioni o dei legati a lui stesso fatti, salvo ne sia stato espressamente dispensato. Si può osservare che, a seguito del divorzio, l'ex coniuge non rientra nella categoria dei legittimari mentre il coniuge separato al quale non sia stata addebitata la separazione con sentenza passata in giudicato ha gli stessi diritti successori del coniuge non separato.

Qualora poi i coniugi, nell'ambito degli accordi di separazione o

divorzio abbiano fatto ricorso all'istituto del patto di famiglia per realizzare una sistemazione patrimoniale dell'azienda o delle partecipazioni sociali facenti capo ad uno di essi, troverebbe applicazione l'art. 768 quater del c.c. che, all'ultimo comma, stabilisce che quanto in questo caso ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione e ciò vale anche nel caso di sopravvenienza di altri legittimari, quali potrebbero essere un coniuge in seconde nozze ed i figli sopravvenuti, compresi quelli adottati. Va infine osservato che la valutazione data all'azienda o alle partecipazioni sociali sulla base della stima in contratto rimane cristallizzata al momento della stipulazione del patto, rendendola insensibile alle eventuali successive variazioni di valore, e ciò a differenza di quanto accade in tema di collazione e di valutazione agli effetti del calcolo della legittima che postula la valutazione di quanto donato al momento dell'apertura della successione.

d) Azione revocatoria ordinaria e fallimentare con riferimento agli accordi della crisi coniugale

La possibilità che i trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione o divorzio possano ledere le ragioni di tutela della garanzia patrimoniale riconosciute ai creditori dall'art. 2740 c.c. ha

sollevato la problematica inerente l'applicabilità dell'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare.

La disciplina di tale azione è diversa a seconda che essa sia esperita avverso un atto a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito, essendo richiesta solo nel primo caso la prova del *consilium fraudis* (il quale fra l'altro non implica la presenza di un *animus nocendi*³⁴⁴ e può essere provato anche per presunzioni purché gravi, precise e concordanti³⁴⁵). Con riferimento agli atti a titolo gratuito è invece sufficiente la prova dell'*eventus damni* che non è difficile fornire: basta dimostrare una sopravvenuta incapienza del patrimonio del disponente o anche solo una accresciuta difficoltà o incertezza nella esazione del credito. Non è poi necessario, secondo l'orientamento unanime della Suprema Corte³⁴⁶, che il debito, venuto ad esistenza, sia concretamente esigibile: il credito sorge nel momento in cui il debitore si obbliga e non in quello in cui esso deve essere adempiuto.

Primo presupposto di ammissibilità dell'azione revocatoria è il riconoscimento della natura negoziale dell'accordo di separazione o divorzio, e tale natura è stata ormai ampiamente dimostrata.

Occorre preliminarmente chiarire come l'omologazione da parte del

³⁴⁴ Cass. 5451/1985: "non si richiede *l'animus nocendi*, e cioè la prova della collusione tra terzo e debitore, essendo sufficiente che il terzo contraente abbia la consapevolezza del fatto che il suo dante causa, già vincolato verso i creditori, mediante l'atto di disposizione, diminuisca la sua sostanza patrimoniale, e con essa la garanzia spettante alle ragioni di credito altrui, arrecando così pregiudizio".

³⁴⁵ Cass. 8505/2006

³⁴⁶ Cass. 8680/2009

giudice dell'accordo intervenuto fra coniugi non sia in alcun modo d'ostacolo all'esperibilità di tale azione³⁴⁷: i trasferimenti in esame, difatti, sono inseriti nel contenuto eventuale, che non influisce minimamente su quello necessario e, come chiarito dalla Cassazione³⁴⁸, "l'azione revocatoria non incide direttamente sull'evento della separazione complessivamente considerata bensì sul solo frammento della fattispecie complessa che pregiudica le aspettative dei creditori; si tratta quindi non già di una (peraltro difficilmente concepibile) revocatoria della separazione, quanto piuttosto di una revocatoria nella separazione".

Non potrebbe d'altronde sostenersi, per negare l'ammissibilità di tale azione, che così verrebbero pregiudicate le ragioni del coniuge beneficiario dell'atto revocato in quanto questo potrà sempre allegare in giudizio detta modifica *in peius* quale fatto sopravvenuto idoneo a giustificare la revisione delle condizioni di separazione o divorzio³⁴⁹.

Se è certo che il problema dell'ammissibilità dell'azione revocatoria "non ha ragione di porsi ogni qualvolta il trasferimento avvenga in forza di un contratto postmatrimoniale tipico, ovvero di una diversa causa tipica, distinta da quella solutoria³⁵⁰", dubbi potrebbero legittimamente sorgere in quest'ultimo caso, ovvero laddove l'accordo sia volto ad

³⁴⁷ In tal senso FIGONE, *Separazione consensuale, Trasferimento di beni e azione revocatoria*, nota a Trib. Milano, 1996, in Fallimento, 1996

³⁴⁸ Cass. 8516/2006

³⁴⁹ In tal senso, ancora Cass. 8516/2006

³⁵⁰ OBERTO, 2000, cit.

adempiere l'obbligo legale di mantenimento nascente per legge. L'art. 2901 prevede infatti che "non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto". La giurisprudenza sembra però non tenerne conto³⁵¹. Ad esempio, nel 2005, la Cassazione³⁵², partendo dall'analisi dell'art. 2740 che prevede la responsabilità patrimoniale del debitore a prescindere dalla fonte delle relative obbligazioni e quindi anche se le stesse siano previste dalla legge, ha assoggettato all'azione revocatoria ordinaria "anche gli atti aventi un profondo valore etico e morale, come quello con cui il debitore, per adempiere il proprio obbligo di mantenimento nei confronti dei figli o del coniuge, abbia trasferito a quest'ultimo, a seguito della separazione, la proprietà di un bene" e ciò anche perché l'art. 2901 c.c. "tutela il creditore, rispetto agli atti di disposizione del proprio patrimonio posti in essere dal debitore, senza alcun discrimine circa lo scopo ulteriore avuto di mira dal debitore nel compimento dell'atto dispositivo". Stesso discorso, ma con riferimento all'azione revocatoria fallimentare, è stato poi svolto dalla

³⁵¹ Fra le altre, Cass. 8678/2013, Cass 5473/2006 e Cass. 5741/2004: gli accordi di separazione personale contenenti attribuzioni patrimoniali da parte di un coniuge a favore dell'altro "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'obiettiva 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".

³⁵² Cass. 15603/2005

Corte l'anno seguente³⁵³: gli accordi della crisi coniugale, “pur pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli”, vengono in considerazione “non già in sé”, bensì sotto il profilo delle “concrete modalità di assolvimento [di tali doveri], quali stabilite dalle parti nell'ambito di un regolamento, per questo verso, di matrice <<spiccatamente>> convenzionale”.

In effetti non sarebbe possibile verificare la perfetta coincidenza tra il valore dell'attribuzione e quello del debito nascente dall'obbligo di mantenimento: quest'ultimo dipende da una serie di elementi, fra l'altro mutevoli, non prevedibili al momento della separazione o del divorzio; pensiamo al variare delle condizioni economiche dei coniugi o all'incertezza circa la durata della loro vita. Ecco perché potrebbe ritenersi non applicabile il terzo comma dell'art. 2901, che fa, infatti, riferimento ad un debito scaduto (e quella di mantenimento è

³⁵³ Cass. 8516/2006. Il caso era quello di un accordo con cui un coniuge, assegnatario della casa coniugale come previsto dalle condizioni della separazione consensuale omologata, essendo poi stato dichiarato fallito, aveva modificato tali condizioni costituendo a favore dell'altro coniuge un diritto di abitazione vitalizio sulla casa coniugale stessa al fine di venir esonerato dal versamento di una somma mensile, precedentemente pattuita come contributo per le spese sostenute dall'altro nella ricerca di altro alloggio.

In tal senso ancora Cass.11914/2008: “l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscono 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 né nell'avvenuta omologazione dell'accordo di separazione, che lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione; né nell'ipotetica 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 o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in considerazione non già la sussistenza dell'obbligo in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità del suo assolvimento”.

un'obbligazione di durata che quindi non potrebbe considerarsi preventivamente scaduta) che dovrebbe essere ben determinato (condizione non riscontrabile nel caso in esame).

Con riferimento poi all'azione di revocatoria fallimentare, l'art. 67, I comma n. 2, legge fallimentare, stabilisce espressamente che sono soggetti alla stessa "gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o altri mezzi normali di pagamento". In esso sembrano proprio rientrare gli accordi della crisi coniugale: essi sono, infatti, debiti pecuniari, solitamente soddisfatti tramite versamenti di assegni periodici, in tal caso invece estinti in unica soluzione con un trasferimento produttivo di effetti reali immediati.

La giurisprudenza³⁵⁴, per di più, ha costantemente ribadito, che, con riferimento sia alla revocatoria ordinaria sia a quella fallimentare, nell'ipotesi in cui venga impugnato l'atto di trasferimento, la cognizione del giudice dovrà estendersi anche agli accordi a contenuto meramente obbligatorio. Di conseguenza la domanda giudiziale che abbia ad oggetto il solo rogito notarile con cui si è data attuazione al trasferimento deve automaticamente ritenersi riferita anche al negozio obbligatorio che ne costituisce la causa, "senza che si prospetti la necessità di una specifica dichiarazione di volere espressamente impugnare anche la fase preliminare". Questa è l'unica conclusione possibile se si considera che unica fonte del trasferimento è la volontà

³⁵⁴ Fra le altre Cass. 11914/2008

delle parti, non avendo alcuna rilevanza, ai fini del rimedio, se essa sia stata espressa in sede di udienza presidenziale di separazione poi omologata o in sede di udienza collegiale di divorzio su domanda congiunta seguita da sentenza o anche in un accordo *a latere*.

Un'ulteriore precisazione: l'ammissibilità dell'azione revocatoria viene a *fortiori* riconosciuta per gli accordi modificativi o integrativi della separazione e successivi a questa. Afferma, infatti, la Corte di Cassazione che "diviene ancor più difficile ravvisare un ostacolo alla revocabilità dell'accordo modificativo dell'avvenuta omologazione" poiché "risulta ancora più palese, nel caso considerato, l'autonomia dell'atto dispositivo rispetto ai complessivi accordi di separazione e, di conseguenza, la sua distinta impugnabilità con l'azione revocatoria al fine di evitare il pregiudizio ai creditori del coniuge disponente che ad esso eventualmente consegua"³⁵⁵.

Risolto positivamente il problema inerente l'ammissibilità dell'azione revocatoria, rimane solo da chiarire, ai fini della stessa, la natura onerosa o gratuita degli accordi della crisi coniugale. Si è già detto che essi devono considerarsi onerosi e più avanti si darà conto delle ragioni a fondamento di tale assunto.

d) Azione di simulazione con riferimento agli accordi della crisi coniugale

³⁵⁵ Cass. 5473/2006

Il problema dell'ammissibilità dell'azione revocatoria è strettamente connesso con quello dell'azione di simulazione. Anche qui, presupposto dell'azione è la natura negoziale dell'accordo di separazione o divorzio³⁵⁶ ed inoltre la dimostrazione della fittizietà della crisi coniugale costituirà la prova più convincente della sussistenza del *consilium fraudis*³⁵⁷ ai fini della revocatoria.

La simulazione è sicuramente un problema non irrilevante³⁵⁸ dato che può presentarsi il caso in cui i coniugi, pur non vivendo alcuna crisi nel loro rapporto matrimoniale e quindi nessun allentamento delle ragioni affettive, decidano di separarsi o di divorziare a soli fini fiscali o di frode ai creditori. Pensiamo all'ipotesi, non infrequente in un periodo come questo di recessione economica, in cui un coniuge intenda trasferire all'altro un immobile per non pagare su di esso le imposte sulla seconda casa ovvero per renderlo non aggredibile da parte dei creditori. Il coniuge, a tal fine, potrebbe procedere con un normale trasferimento, ma i problemi sarebbero numerosi. Innanzitutto, potrebbe trasferire il bene all'altro coniuge con una donazione ma un atto del genere, oltre ad essere più oneroso sotto il profilo fiscale, è il più semplice da impugnare. Potrebbe allora optare per una

³⁵⁶ OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in Fam. e Dir., 2004,: "il problema della configurabilità di una simulazione della (e nella) separazione consensuale [...appare] strettamente legato a quella della natura del negozio che si pone alla base del rimedio ex artt. 158 c.c. e 711 c.c.".

³⁵⁷ In tal senso, Trib. Bologna, 6 febbraio 1995

³⁵⁸ Sul punto, FERRANDO, *Art. 158 – separazione consensuale*, in Balestra L. (a cura di), *Della famiglia*, in Commentario del codice civile diretto da Gabrielli, Torino, 2010

compravendita ma in tal caso, escludendo l'ipotesi di un versamento effettivo del prezzo da parte del coniuge acquirente con denaro proprio, sarebbe facile ravvisare, in caso di mancato pagamento o pagamento parziale, una liberalità indiretta ovvero un *negotium mixtum cum donatione*, entrambi dotati dell'intrinseca instabilità propria della donazione. Tentare invece la strada della separazione o del divorzio eliminerebbe il problema della ricerca di un fondamento causale dell'atto, in quanto qui sarà frequente il riferimento alla funzione solutoria dello stesso quale adempimento di un dovere legale, e si potrebbe pensare che un atto omologato dal giudice o recepito da una sentenza, per di più in procedimenti inerenti la famiglia, e quindi coinvolgenti interessi primari della persona, sia più stabile di un atto, avente lo stesso effetto, ma posto in essere al di fuori della crisi coniugale. Potrebbe poi accadere che le parti cambino idea, che il coniuge voglia recuperare il bene per sopravvenuti contrasti con l'altro o per aver ormai soddisfatto i creditori, o ancora per aver visto aumentare le sue provviste economiche o perché potrebbe trovarsi ora l'altro coniuge in una situazione di difficoltà analoga a quella dal primo precedentemente sperimentata. I coniugi potrebbero a questo punto aver un interesse concreto a provare l'accordo simulatorio tra di loro intercorso e quindi di non aver realmente voluto gli effetti che derivano dalla separazione o dal divorzio.

Ora si dovrà valutare, alla luce della giurisprudenza, se l'azione di simulazione possa o meno essere ammessa avverso gli accordi della crisi coniugale, partendo però dalla considerazione paradossale per cui le parti vorrebbero far dichiarare la fittizietà di quanto tra loro intercorso, per porre nel nulla l'unico atto realmente voluto: il trasferimento.

Innanzitutto, perplessità possono nutrirsi riguardo al momento temporale in cui può aversi l'accordo simulatorio: così vi è chi³⁵⁹ ritiene che solo i patti contemporanei alla separazione o al divorzio (e quindi non quelli anteriori o successivi) potrebbero presentare, rispetto a quelli omologati, una questione di simulazione e chi³⁶⁰, invece, ritiene che l'accordo simulatorio possa essere, ciò che nella prassi spesso avviene, anteriore all'atto simulato.

Se fosse configurabile la simulazione, l'atto dissimulato, per potersi considerare efficace, dovrebbe avere i requisiti di forma e di sostanza previsti per l'accordo di separazione. Esso "quindi, fra l'altro, dovrebbe rispettare le norme inderogabili, pur potendo essere per una delle parti più svantaggioso rispetto all'accordo simulato"³⁶¹.

La giurisprudenza di merito tende però a negare la possibilità di far

³⁵⁹ OBERTO, 1999, cit., pag. 368

³⁶⁰ BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, 2005

³⁶¹ In tal senso BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in Riv. Dir. Civ., 2010,: "il tale prospettiva, ad esempio, l'atto dissimulato sarà inefficace non per il sol fatto di prevedere un assegno di mantenimento in misura inferiore a quella omologata, ma solo allorquando si constati che l'ammontare, così come risultante dall'accordo dissimulato, sia inidoneo a soddisfare le esigenze di carattere alimentare".

valere la simulazione³⁶², sull'assunto del "concorso dell'accordo-convenzione dei coniugi con elementi propri del diritto pubblico"³⁶³ e sulla "rilevanza di diritti indisponibili e del controllo dell'autorità giudiziaria"³⁶⁴. Argomentazioni questi piuttosto deboli e quindi più volte censurati dalla dottrina³⁶⁵ la quale ha contestato che la sacralità del contesto in cui l'intento negoziale si esprime potesse di per sé fornire un'assoluta certezza circa l'esistenza di un consenso genuino ed esente da vizi di sorta".

Forse a questo è dovuto il fatto che, ad oggi, sono riscontrabili pronunce in netta inversione di tendenza, le quali revocano il decreto di omologazione della separazione in caso di simulazione concernente accordi tra coniugi e da loro stessi ammessa³⁶⁶, facendo ricorso alle disposizioni sui contratti in generale.

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, sembra aver oscillato tra *obiter dicta*³⁶⁷ tendenzialmente favorevoli e *rationes decidendi* di segno

³⁶² App. Milano 22 febbraio 1983: respinse la domanda di uno dei coniugi volta a far valere la nullità della separazione personale per simulazione e, subordinatamente, l'annullamento della dichiarazione di separazione per vizio del consenso (dolo) cagionato dall'altro coniuge, anche per l'incompatibilità tra simulazione e vizio del consenso.

³⁶³ Trib. Roma 11 aprile 1997

³⁶⁴ Trib. Roma 14 dicembre 1998

³⁶⁵ OBERTO, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in Fam. e Dir., 2004,; "le opinioni contrarie all'ammissibilità dei rimedi negoziali sembrano poggiare sostanzialmente su di un unico argomento <<forte>>: vale a dire la (supposta) inconciliabilità di soluzioni che presuppongono la non integrità (o addirittura l'inesistenza) del *consensus contrahentium*, con il sol fatto che questo sia manifestato dinanzi al presidente del tribunale".

³⁶⁶ App. Bologna 17 maggio 2000

³⁶⁷ Ad esempio Cass. 3149/2001, pur non pronunciandosi direttamente sull'ammissibilità dell'azione di simulazione, sembra ammetterla, chiarendo che il procedimento a tale fine sarebbe il giudizio ordinario e non quello di revisione ex art. 710 c.p.c.; facoltà peraltro già ammessa, sempre per *obiter dicta* da Cass. 7681/1986

opposto. Con una sentenza del 2003³⁶⁸ la Corte ha affermato: “l’iniziativa processuale diretta ad acquisire la condizione formale di coniugi separati, con le conseguenti implicazioni giuridiche, si risolve in una iniziativa nel senso della efficacia della separazione che vale a superare e neutralizzare il precedente accordo simulatorio, ponendosi in antitesi con esso. Appare invero 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: l’antinomia tra tali determinazioni non può trovare altra composizione che nel considerare l’iniziativa processuale come atto incompatibile con la volontà di avvalersi della simulazione”. La conclusione è quella delle prime sentenze esaminate che hanno escluso l’esperibilità della simulazione, ma il ragionamento è totalmente diverso, anzi opposto: non si argomenta circa il ruolo garantistico del magistrato che aggiunge all’accordo elementi di natura pubblicistica, bensì si parte proprio dalla natura esclusivamente negoziale dello stesso. La Corte si è richiamata, a sostegno dell’esclusione della simulazione, all’irretrattabilità degli effetti che scaturiscono dalla separazione e dal divorzio³⁶⁹. Anche tale argomento è stato censurato dalla dottrina: “se veramente fosse

³⁶⁸ Cass. 17607/2003

³⁶⁹ Cass. 473/2004: “nel momento in cui i coniugi convengono, nello spirito e nella prospettiva della loro intesa simulatoria, di chiedere al Tribunale l’omologazione della loro (apparente) separazione esse in realtà concordano nel voler conseguire il riconoscimento di uno status dal quale la legge fa derivare effetti irretrattabili tra le parti e nei confronti dei terzi, salve le ipotesi della riconciliazione e dello scioglimento definitivo del vincolo”.

l'asserita irretrattabilità degli effetti della separazione ad escludere la configurabilità di un procedimento simulatorio nel negozio di separazione consensuale, non si riuscirebbe a comprendere per quali motivi il Legislatore avrebbe previsto e disciplinato la simulazione del contratto, i cui effetti (cfr. art. 1372) sono <<irretrattabili>> almeno quanto quelli di un accordo di separazione³⁷⁰. Si è poi osservato che l'accordo della crisi coniugale, una volta che ne sia stata ammessa la natura negoziale, "non può essere inciso nel suo contenuto intrinseco dall'omologa, di per sé priva di qualsiasi efficacia sanante"³⁷¹. Di conseguenza tale orientamento non fa altro che porsi in contrasto con la regola, avallata anche dalla stessa Corte, della preminenza del valore dell'accordo rispetto a quello del provvedimento di omologazione, ribaltando l'equilibrio tra questi due atti³⁷².

L'orientamento successivo della giurisprudenza di legittimità sembra esser nuovamente mutato, essendo essa tornata a sostenere, in via però di *obiter dicta*, che la simulazione può essere fatta valere nel giudizio ordinario³⁷³ e che "la natura negoziale dell'accordo rende applicabili le norme generali che disciplinano la materia dei vizi della

³⁷⁰ OBERTO, cit., 2004

³⁷¹ BALESTRA, 2005, cit.

³⁷² OBERTO, 2004, cit.,: "dire – come dice la Corte – che è il momento processuale sullo status ad evidenziare la volontà dei coniugi di produrre gli effetti della separazione, in contrasto con il loro accordo simulatorio, significa dire che è il decreto del tribunale a costituire il fulcro della separazione: e ciò in piena antitesi con l'idea, a lungo (correttamente) motivata nella prima parte della stessa sentenza, secondo cui l'unico, vero, elemento essenziale di quel mutamento di status ingenerato dalla separazione è costituito dal negozio *inter coniuges*".

³⁷³ Cass. 24321/2007

volontà e della simulazione”³⁷⁴.

Se poi, come la dottrina prevalente auspica, venisse riconosciuta l'ammissibilità dell'azione di simulazione avverso gli accordi della crisi coniugale, dovrebbe risolversi un problema, ancora mai sollevato della giurisprudenza, quale quello del tipo di simulazione in tale materia applicabile: se quella contrattuale ex art. 1414 c.c. o quella giusfamiliare ex art. 123 c.c., e la differenza più consistente tra le due sarebbe quella in tema di prescrizione³⁷⁵. Se si seguisse poi la seconda alternativa, si dovrebbero applicare i principi propri di questa e quindi “l'impugnazione della separazione simulata dovrebbe essere preclusa quando alla (fittizia) separazione abbia fatto seguito la (reale) interruzione della comunione di vita, venendo in tal caso meno la sfasatura tra status e situazione effettiva che giustifica l'impugnazione”. Sicuramente le argomentazioni della dottrina sono più che convincenti, ma in una materia delicata come questa e nell'assoluto silenzio del legislatore sul punto, forse sarebbe preferibile un approccio più “politico”. È evidente come il riconoscimento della possibilità di agire per far valere la simulazione non farebbe altro che incentivare comportamenti sleali e truffaldini da parte dei coniugi, che sarebbero

³⁷⁴ Cass. 7450/2008

³⁷⁵ CONTE, *I limiti dell'autonomia privata nei rapporti coniugali: accordo di separazione, controllo giudiziale e simulazione*, in *Fam e Dir.*, 2004,: “in particolare bisogna considerare che, mentre nei negozi a contenuto patrimoniale il legislatore ha lasciato alle parti la libertà di agire e far valere la simulazione senza limiti temporali, in materia di diritto di famiglia, laddove è intervenuto a disciplinare gli atti simulati, ha posto limiti temporali ben contenuti, mostrandosi molto sensibile alle istanze di certezza dei rapporti giuridici afferenti agli status personali”.

così autorizzati a fingere di volere gli effetti di una separazione o di un divorzio, a tal fine coinvolgendo anche l'autorità giudiziaria (sin troppo gravata dagli innumerevoli procedimenti in corso), per tentare così di frodare eventuali creditori (siano essi lo Stato o soggetti privati) in quanto si consentirebbe loro la possibilità di tornare indietro, a loro piacimento, e di porre nel nulla tutto ciò che è stato fatto. Ciò avrebbe possibili ricadute sugli scambi interprivati, che sarebbero resi difficili dall'incerta sorte dell'immobile oggetto del (simulato) trasferimento.

Non sembra poi convincente la tesi che sostiene l'ammissibilità dell'azione in questione perché il nostro codice prevede la simulazione dell'atto di matrimonio: l'art. 123 potrebbe infatti provare proprio il contrario, avendo il legislatore ritenuto opportuno prevedere espressamente tale facoltà e avendola limitata a casi eccezionali. È inoltre ormai certo che gli accordi della crisi coniugale siano negozi, meglio contratti come nella presente trattazione si è sostenuto, ma come più volte ricordato essi conservano un'intrinseca particolarità che li differenzia e che rende la disciplina contrattuale generale agli stessi applicabile sì, ma nei limiti della compatibilità. Si deve quindi concludere che la simulazione sia incompatibile con i procedimenti di separazione e divorzio.

III CAPITOLO

ANALISI DI ALCUNI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

Premessa

Alla luce di quanto sin qui esposto, si devono ora passare al vaglio i casi pratici e cioè gli accordi tra coniugi in sede di separazione e divorzio. Solo in tal modo potrà infatti pervenirsi ad una conclusione che non sia astratta, bensì ben ancorata alla pratica e per questo utile all'interprete che si trovi a dover qualificare tali accordi, individuandone il profilo causale. L'analisi di atti specifici realmente stipulati da coniugi separandi o divorziandi svolta tenendo presente quanto esposto nel secondo capitolo e quindi le varie soluzioni fornite da dottrina e giurisprudenza, è un punto di partenza imprescindibile per addivenire ad una soluzione ragionata.

Si può preliminarmente notare come nella stragrande maggioranza

delle ipotesi non si rinvenga in essi alcun espresso riferimento alla causa dell'accordo. Ciò di per sé, come anticipato, non deve considerarsi fatto eccezionale poiché la causa generalmente si individua sulla base del contenuto degli accordi anche se di solito nei contratti tipici è evocata già dalla nozione di essi. Quando ci si trova dinanzi ad una vendita, ad una divisione, ad un appalto, ad un mutuo, ad una locazione già l'indicazione del titolo richiama la nozione di causa che poi è esplicitata nel contenuto del contratto che contiene tutti gli elementi propri della fattispecie astratta prevista dal legislatore. Ed in effetti anche laddove le parti non usassero termini tipici, come potrebbero qualora utilizzassero termini generici del tipo "aliena" o "cede" in luogo di "vende" o "corrispettivo" invece di "prezzo", tuttavia l'operazione posta in essere sarebbe con tutta evidenza una vendita e così pure se si limitassero a dire che una somma di denaro viene prestata con l'obbligo di restituirla maggiorata di un tantum percentuale non si avrebbe alcun dubbio sul fatto che ci si trovi dinanzi ad un mutuo.

Il discorso si fa invece più complesso qualora, anche a prescindere dalle espressioni usate, l'accordo delle parti sia più complesso poiché le varie pattuizioni si rapportano tra loro in modo da dar vita ad una operazione non tipizzata dal legislatore che pone in primo luogo il problema della sua valutazione in termini di meritevolezza e poi di

individuazione della sua disciplina.

Nel caso oggetto della presente tesi il denominatore comune si rinviene nella nozione generica di accordo in occasione della crisi coniugale che generalmente, però, fa da contenitore ad un elenco di obblighi neppure sempre reciproci che le parti assumono talvolta, come si è detto, anche nei confronti di soggetti che non sono parte dell'accordo. Si pensi ai trasferimenti ai figli che richiamano la figura del contratto a favore del terzo, figura di applicazione assai ampia che consente la deviazione degli effetti negoziali nella direzione di soggetti estranei all'accordo e perciò appunto "terzi" rispetto ad esso. Va subito detto che la terzietà dei figli verrebbe in considerazione solo avendo riguardo all'accordo tra coniugi oggetto di omologazione poiché di esso i figli certo non sono parte. Diversamente il successivo trasferimento a loro favore con atto notarile ove si tratti di immobili avrebbe i figli come parte, in quanto assegnatari diretti. In sostanza è l'accordo omologato che contiene la pattuizione a favore dei terzi, quasi come se si trattasse di un preliminare a favore del terzo, come osservato in certi casi, dalla giurisprudenza; il terzo sarebbe destinatario del diritto a richiedere la stipulazione del contratto definitivo di cui, ovviamente, sarebbe parte. Viene da domandarsi peraltro se effettivamente i figli possano ritenersi terzi rispetto agli accordi che ci occupano ovvero se, considerati tali accordi come strumenti per disciplinare una situazione

complessa quale è quella della famiglia nel momento della crisi dei rapporti tra coniugi, le attribuzioni a favore della prole non vadano piuttosto qualificate in un certo senso come previsioni talvolta indefettibili di quell'accordo. Così se l'attribuzione a favore di questi si limitasse a prendere luogo del mantenimento a cui essi hanno diritto si potrebbe sostenere che tale pattuizione sia condizione per l'omologazione dello stesso accordo poiché i coniugi, anche d'intesa tra loro, non potrebbero omettere di disciplinare questo aspetto. Anche quando quelle attribuzioni trovassero fondamento in una circostanza e volontà diverse dal mantenimento è raro rinvenire nel contenuto di tali accordi l'uso del termine "donazione" che, d'altra parte, risulterebbe assolutamente improprio o meglio privo di alcun valore sotto il profilo squisitamente tecnico, essendo esclusa la rilevanza di un obbligo a donare nel nostro ordinamento. Ed allora occorre trovare una causa evidentemente diversa a questi accordi, spesso esplicitati con termini quali "il padre trasferirà ai figli in parti uguali" o simili.

Probabilmente, anticipando le conclusioni a cui si perverrà in seguito e manifestando quindi sin d'ora adesione alla tesi della causa propria degli accordi in esame, si dovrà concludere nel senso che le parti, in sede di separazione o di divorzio, altro non fanno che disciplinare tutti i rapporti patrimoniali e personali che conseguono alla crisi del matrimonio, a volte trovando con pattuizioni ad oggetto patrimoniale

soluzione a problemi di natura diversa in modo che il tutto finisca con il costituire un unicum da cui l'interprete non può prescindere. Si potrebbe quasi immaginare una analogia con tutti quei negozi che, nell'ambito familiare, sono utilizzati per distribuire i beni di una certa famiglia in contemplazione dell'evento futuro della morte di uno o di entrambi i genitori che, ad esempio, servono per attribuire ad un figlio l'azienda, ad altri gli immobili e così via con il fine di addivenire ad una sistemazione che, tenuto conto dei diritti di ciascuno, anche a titolo di legittima, non faccia altro che anticipare gli effetti della successione. In fondo la crisi coniugale finisce in qualche modo con il rendere necessaria la distribuzione di quei beni e di quelle risorse che si sono formate in costanza di matrimonio ed eventualmente dei beni personali dei coniugi anche se allo stesso pervenuti anteriormente ad esso come se si volesse cristallizzare ed allo stesso tempo definire una serie di situazioni nel momento in cui il rapporto coniugale entra in crisi.

Ecco perché la disciplina giuridica degli accordi in esame mal si concilia con l'applicazione tout court di quella propria di singoli contratti nominati e, seppure talune pattuizioni possano assimilarsi ora alla divisione, ora alla prestazione in luogo di adempimento, ora alla transazione, tuttavia si tratterà sempre di pattuizioni che trovano nella situazione che ha dato luogo all'accordo non tanto una mera occasione quanto piuttosto la loro vera ragione e causa. La mia conclusione sarà

così quella di affiancare ad una causa specifica di volta in volta variabile una causa generica costante identificabile nella definizione delle ragioni di dare ed avere originatesi dalla crisi del coniugio al fine di facilitare la definizione consensuale della stessa.

Tutto ciò si cercherà di dimostrare con l'analisi di alcuni accordi omologati, precisando sin d'ora come l'atto notarile ad essi susseguente in tutti i casi in cui si tratti di disciplinare diritti soggetti a pubblicità sia solo un momento attuativo e non esso stesso fonte di un autonomo accordo. Ciò può anche comportare implicazioni laddove l'accordo in sede di separazione debba trovare attuazione in momenti diversi e magari con atti di disposizione ora da parte di un coniuge, ora da parte dell'altro; viene cioè da domandarsi se sia configurabile in concreto tra le varie pattuizioni e gli eventuali successivi negozi attuativi un collegamento necessario e bilaterale al punto che la mancata attuazione di una di tali pattuizioni successivamente all'adempimento da parte di uno dei coniugi dei suoi obblighi possa comportare la risoluzione dei primi mettendo in discussione l'intero accordo omologato.

In pratica si tratta di vedere quale rimedio possa essere esperibile dal coniuge che abbia magari effettuato il trasferimento di un suo bene immobile a favore dei figli in attuazione di un accordo di separazione che prevede che anche l'altro coniuge faccia altrettanto. Spesso questi

trasferimenti, qualora abbisognino di atto notarile, vengono conclusi contestualmente ma non può escludersi che ciò non accada come per esempio nel caso in cui i figli siano maggiorenni e possano quindi concludere l'operazione senza essere rappresentati dall'altro coniuge. In ipotesi come queste è ravvisabile il collegamento negoziale descritto in precedenza.

Ecco giunto il momento di riscontrare nella pratica le varie ipotesi sopra illustrate per poterle spiegare con più facilità ed evidenziare i profili più significativi.

a) Primo caso. Divisione e causa generica di facilitazione della definizione consensuale della crisi.

Due persone non coniugate acquistano un appartamento. Successivamente contraggono fra loro matrimonio e destinano l'appartamento in precedenza acquistato ad abitazione familiare. In seguito i coniugi decidono di separarsi e tra le condizioni del verbale di separazione consensuale si obbligano a frazionare la casa coniugale in due unità immobiliari di cui una della consistenza di quattro vani ed accessori da assegnare alla moglie, collocataria della figlia maggiorenni ma economicamente non autosufficiente, e l'altra di due vani ed accessori da assegnare al marito. Viene inoltre prevista la corresponsione di un assegno di mantenimento a carico del marito sia

nei confronti della moglie sia nei confronti della figlia. L'accordo viene poi, limitatamente alle disposizioni inerenti gli immobili, trasfuso in un atto notarile.

Occorre verificare quali siano i profili causali rinvenibili in tale accordo che i separandi non qualificano in alcun modo. In via di fatto l'impegno a suddividere la casa coniugale in due distinte unità immobiliari lascerebbe per tale parte intravedere la volontà di porre in essere un negozio divisorio. Si tratterebbe di una divisione di comunione ordinaria, in quanto costituitasi anteriormente al matrimonio anche se ciò, ai fini che qui interessano, non rileva. Tuttavia mentre nella divisione alla quota astratta di cui ciascun condividente è titolare sulla massa deve corrispondere un apporzionamento in natura di valore corrispondente, nel caso di specie, pur se i coniugi sono comproprietari in parti uguali dell'immobile, è previsto che la moglie abbia un'unità immobiliare di due vani più grande rispetto al marito e ciò senza dover corrispondere a questi alcun conguaglio per pareggiare le attribuzioni. Supponendo che il valore di quanto assegnato al marito sia inferiore di oltre un quarto rispetto a quanto gli spetti, si tratterebbe di vedere se nel caso di specie possa trovare applicazione l'istituto della rescissione per lesione previsto dall'art. 763 c.c. in tema di divisione ereditaria ma applicabile anche alla divisione ordinaria. La risposta, se si trattasse di vera e propria divisione, dovrebbe essere affermativa ma in realtà non

sembra possibile, in tale ipotesi, prescindere dal contesto in cui l'accordo in questione si colloca. Certo rimane a carico del marito l'obbligo di versare alla moglie un assegno mensile di mantenimento ed inoltre un assegno mensile alla figlia non ancora economicamente autosufficiente. Poiché nella determinazione dell'ammontare di detti assegni o anche soltanto di uno di essi non si tiene conto della disparità di valore delle unità immobiliari, non si può affermare che in parte all'obbligazione di durata avente ad oggetto il versamento di una somma in denaro la parti abbiano voluto sostituire il trasferimento alla moglie di una maggiore metratura immobiliare rispetto a quella che le sarebbe altrimenti spettata. Quanto poi alla figlia, non andando a beneficio della stessa alcun trasferimento immobiliare, è esclusa in radice la possibilità di ragionare in termini di prestazione in luogo di adempimento, seppure parziale. Anche la causa donativa è da escludere poiché non si rinviene alcun intento liberale. Non potrebbe poi sostenersi che il trasferimento del surplus sia attuativo di un eventuale precedente provvedimento di assegnazione della casa familiare a favore della moglie, in quanto esso è assente. Non è infine ravvisabile alcun intento transattivo non essendo esplicitate nell'accordo di separazione né i presupposti e i termini di una lite tra i coniugi separandi, a meno di non voler qualificare come lite tout court la semplice circostanza della crisi coniugale in atto, né la rinuncia da

parte di ciascuno a qualche pretesa reciproca.

Sembrerebbe quindi che i coniugi si siano limitati a tener conto della circostanza che, essendo tre i componenti della famiglia, a ciascuno dovesse essere assegnato un eguale “spazio” da ricavare all’interno dell’abitazione familiare e, convivendo la figlia con la madre, abbiano perciò inteso attribuire alla madre stessa due vani in più, destinati ad ospitare la figlia.

In definitiva, quindi, sembra si debba concludere che nella pattuizione in esame entri prepotentemente, connotando l’accordo sotto il profilo causale, e affiancandosi al senza dubbio preponderante intento divisorio, proprio la separazione tra coniugi e quindi la crisi del matrimonio che non può prescindere dal disciplinare una serie di rapporti non solo economici ma anche affettivi, organizzativi, ecc. che sono in qualche modo tipici in quanto sempre ricorrenti in accordi del genere. Ecco perché, ad avviso di chi scrive, la sopra citata rescissione per lesione non potrebbe in alcun modo trovare applicazione, quand’anche vi fosse la sproporzione di oltre un quarto voluta dal legislatore poiché nel caso di specie, per il surplus, non ci si trova di fronte ad una divisione. E neppure si potrebbe fare ricorso, qualora ve ne fossero i presupposti, agli istituti della collazione e dell’azione di riduzione poiché non si rinviene alcun intento liberale, dovendosi escludere che si possa parlare di donazione indiretta o di negozio

misto poiché sembrano mancare, alla luce della complessa valutazione che occorre fare, gli stessi elementi di una attribuzione alla moglie a titolo donativo.

Il discorso è più complesso relativamente all'esperibilità dell'azione revocatoria; essa non sarebbe certo praticabile sino a concorrenza del valore attribuito alla moglie quale apporzionamento della quota di cui la stessa era già titolare ma solo per l'eccedenza, potendosi qualificare quale atto dispositivo da parte del marito. Per tale eccedenza, occorre in primo luogo chiedersi se ci si trovi di fronte ad un atto a titolo gratuito o ad un atto a titolo oneroso. Invero il fatto che non sia espressamente previsto alcun corrispettivo a favore del marito non sembra di per sé sufficiente ad escludere che questi abbia effettuato il trasferimento in cambio di quello che potremmo definire genericamente un vantaggio quale, a tacer d'altro, l'ottenimento dell'approvazione dell'altro coniuge alla definizione consensuale della crisi ma anche del mantenimento di buoni rapporti con la figlia o ancora ad evitare che, qualora si fosse seguita la strada della separazione giudiziale, la casa coniugale, come appare assai verosimile, fosse stata assegnata interamente alla moglie anche quale collocataria della figlia. Ecco allora come paia davvero arduo ipotizzare che ci si trovi di fronte ad un'attribuzione gratuita. Resterebbe infine, qualificando per tale parte il trasferimento oneroso, da verificare l'eventualità di una revocatoria di atto a titolo oneroso.

Tuttavia il *consilium fraudis* richiesto dalla norma intanto potrebbe configurarsi in quanto si dimostrasse che la stessa separazione tra coniugi sia avvenuta in frode alle ragioni dei creditori o almeno di uno di essi, ovvero ancora, ove lo si ammetta, che la separazione sia stata simulata con tutte le implicazioni e difficoltà esposte in precedenza.

Nè a risultati diversi si potrebbe pervenire limitandosi all'esame del successivo atto notarile con il quale i coniugi, una volta frazionata catastalmente la casa coniugale, procedono alle attribuzioni così come concordate in occasione della separazione. Nella premessa di detto atto viene fatto espresso richiamo alle condizioni stabilite nel verbale e, nella parte dispositiva, è chiarito come entrambi i coniugi pongano in essere le reciproche attribuzioni in adempimento dell'obbligo assunto in sede di separazione. Il diverso valore delle porzioni rispettivamente attribuite è indicato ma con la precisazione che non si dà luogo ad alcun conguaglio non perché non ve ne sia fondamento bensì perché ciò non è stato oggetto di quell'accordo di cui l'atto è elemento attuativo. Per finire, anche se ciò non è determinante ai fini dell'indagine che si sta compiendo, vengono richiamati i benefici fiscali stabiliti per i trasferimenti tra coniugi in considerazione degli accordi presi in sede di separazione per cui l'atto non è assoggettato all'imposizione propria degli atti di divisione. Ancora, seppure anche questo non sia elemento determinante ma solo descrittivo, l'atto è

intitolato “trasferimenti immobiliari in esecuzione di accordi intervenuti nell’ambito dello scioglimento del matrimonio”.

Si potrebbe anche sostenere che l’atto notarile altro non sia che una ripetizione, nella forma idonea alla trascrizione, di un accordo già perfezionatosi.

Tirando le fila delle osservazioni sin qui esposte, sembrerebbe allora che l’atto notarile vada qualificato come trasferimento in adempimento di una precedente obbligazione che come tale trova proprio in ciò la sua causa; causa quindi esterna ma certamente lecita e meritevole di tutela. Potrebbe venire qui in considerazione quella ricostruzione della causa quale elemento fondante dell’attribuzione patrimoniale e non come vera e propria causa del contratto poiché, lo si ripete, non sembra rinvenibile nella fattispecie alcun negozio tipico. In realtà però, creando una relatio con l’accordo in sede di separazione tra coniugi, deve sostenersi che ci si trovi di fronte ad un negozio che ha la sua causa proprio nella separazione tra coniugi, permeato com’è di regolamentazioni che tengono conto della nuova dimensione del rapporto familiare nel quale permangono legami familiari, economici ed affettivi, in una parola la solidarietà coniugale, che non può prescindere dal considerare anche le esigenze della prole che pure non è parte di questo accordo ma certamente soggetto le cui esigenze devono essere considerate e soddisfatte.

b) Secondo caso. Causa solutoria e transattiva

Due persone coniugate acquistano un appartamento in regime patrimoniale di comunione legale dei beni. Alcuni anni dopo acquistano un altro appartamento nello stesso fabbricato e sempre in comunione legale dei beni. I due immobili vengono quindi accorpati in un'unica unità abitativa destinata a casa familiare. In seguito i coniugi decidono di separarsi e tra le condizioni dell'accordo di separazione consensuale omologato prevedono di obbligarsi a trasferire ai tre figli in pari quota la proprietà della casa familiare di cui sopra, specificando che ciò avviene "senza corrispettivo ed a titolo di integrazione del loro mantenimento". L'accordo viene poi, limitatamente alle disposizioni inerenti gli immobili, trasfuso in un atto notarile.

In tal caso la verifica del profilo causale del trasferimento è semplificata dall'esplicita indicazione operata delle parti che chiarisce il loro intento. Si tratta, senza alcun dubbio, di un accordo con causa solutoria: esso è volto ad adempiere parzialmente l'obbligo di mantenimento che grava per legge sui genitori di figli minorenni o maggiorenni economicamente non autosufficienti.

Si può in tale sede solo accennare al superamento di quella corrente

giurisprudenziale che negava la possibilità di adempiere parzialmente all'obbligo legale di mantenimento della prole tramite una *datio in solutum* sul presupposto del carattere necessariamente periodico e pecuniario della prestazione e della mancanza di una specifica previsione in tal senso da parte del legislatore che nulla ha detto sulla possibilità di prestazioni *una tantum* nel caso di specie. Non sussistendo però alcuna valida ragione per escludere tale possibilità che non viola alcuna norma imperativa o di ordine pubblico, ma anzi risponde ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico e applicando in via analogica l'art. 5, comma VIII, legge divorzile, anche la giurisprudenza, di merito e di legittimità, è giunta a ritenere pienamente validi i trasferimenti immobiliari effettuati nei confronti della prole al fine di provvedere al suo mantenimento.

I problemi potrebbero nascere piuttosto sulla qualificazione giuridica di un tale schema negoziale. Si è parlato spesso di contratto a favore del terzo, ma come avvertito dalla dottrina³⁷⁶ sarebbe più opportuno configurare solamente il preliminare, ovvero l'accordo concluso fra i coniugi ed omologato dal tribunale, a favore del terzo, mentre l'atto che attua il trasferimento, ovvero l'atto notarile, vede i tre figli beneficiari, costituitisi dinanzi al pubblico ufficiale, parti dell'atto stesso. Solo per inciso va forse sottolineata la circostanza che nel caso in questione stipulanti e promittenti sarebbero allo stesso tempo entrambi i coniugi.

³⁷⁶ OBERTO, cit.

Qualificare il trasferimento in esame quale atto solutorio, ed escludendo quindi in primo luogo la possibilità di ravvisarvi una donazione, comporta la tendenziale inattaccabilità dello stesso. Eventuali creditori dei coniugi non potrebbero infatti rifarsi per il soddisfacimento delle loro ragioni sull'immobile in questione in quanto esso è stato trasferito ai figli in adempimento di un obbligo legale, a tutela fra l'altro di un preminente interesse di natura familiare, riconosciuto anche dalla Costituzione: "è dovere e diritto dei genitori [...] mantenere i figli"³⁷⁷. Analoghe considerazioni potrebbero poi farsi con riferimento ad eventuali altri legittimari: non trattandosi di liberalità nulla potrebbero far valere per porre nel nulla il detto trasferimento.

Tornando all'accordo della crisi coniugale oggetto del presente esame, è possibile rinvenire anche una pattuizione la cui causa può considerarsi transattiva. Si legge infatti che, "nell'ambito della complessiva sistemazione dei reciproci rapporti economici e patrimoniali ed a definizione di ogni eventuale diritto o pretesa derivante dal regime patrimoniale della comunione legale dei beni", il saldo attivo del conto corrente cointestato ai coniugi venga attribuito interamente alla moglie. Anche qui, il profilo causale viene specificato dai coniugi, semplificando notevolmente il compito dell'interprete.

Le ricadute pratiche di tale qualificazione comportano l'impossibilità di riduzione e collazione e limitano l'esperibilità dell'azione revocatoria ai

³⁷⁷ Art. 30 Cost.

soli casi in cui sia provato, oltre all'*animus nocendi*, anche il *consilium fraudis*, trattandosi di trasferimento a titolo oneroso: la moglie rinuncia a far valere qualunque successiva pretesa ed in cambio riceve quanto depositato sul conto corrente cointestato.

Accordi come quello qui esaminato non pongono alcun problema di assenza di *expressio causae* e per questo la loro analisi è semplice e poco è lasciato alla fantasia dell'interprete.

c) Terzo caso. Trasferimento ai figli privo di “*expressio causae*”.

Due persone coniugate acquistano un appartamento in regime patrimoniale di comunione legale dei beni. In seguito i coniugi decidono di separarsi e tra le condizioni dell'accordo di separazione consensuale omologato prevedono di obbligarsi a trasferire la piena proprietà dell'immobile per metà ad un figlio e per metà all'altro figlio. L'accordo viene poi, limitatamente alle disposizioni inerenti l'immobile, trasfuso in un atto notarile.

Tale accordo si distingue nettamente da quello appena esaminato: qui emerge prepotentemente la problematica inerente l'assenza di *expressio causae* in quanto nulla circa il profilo causale dell'attribuzione è detto nel verbale di separazione mentre nel successivo atto notarile si rinviene l'indicazione che il trasferimento è

effettuato “in adempimento dell’obbligo assunto in sede di separazione”.

Occorre verificare quale sia il profilo causale vagliando le varie ipotesi per poi capire quale è più conforme al caso in esame.

Si può preliminarmente escludere la causa solutoria: se così fosse infatti, trattandosi di causa esterna, come visto, essa dovrebbe essere esplicitata dalle parti e questo qui non accade in quanto i coniugi non operano alcun riferimento all’adempimento, seppur parziale, del loro obbligo di mantenimento dei confronti della prole, che in tal caso è maggiorenne ma non è dato sapere se sia economicamente non autosufficiente. Non può poi ravvisarsi alcun profilo transattivo non solo per l’assenza di una lite o di reciproche concessioni ma soprattutto perché beneficiari dell’attribuzione sono non i coniugi bensì la prole. Né ricorre la causa divisionale del patrimonio coniugale precedentemente in comunione legale poiché non si opera alcuna attribuzione agli stessi. Non resta che la liberalità. In effetti, seppur questo rimane un argomento puramente formale, il notaio nell’atto ha costituito anche i testimoni, rispettando la forma imposta per le donazioni dalla legge a pena di nullità. Si potrebbe qui ipotizzare che i coniugi abbiano voluto avvantaggiare i figli, incrementando il loro patrimonio, proprio con *animus donandi*, spinti dalle più svariate motivazioni fra cui, non può escludersi, quella di far sì che il patrimonio formato in costanza di

matrimonio rimanga nell'ambito della famiglia di origine, non volendo che dello stesso possano avvantaggiarsi eventuali nuove famiglie composte dai coniugi separandi. D'altronde il ricorso alla donazione per escludere dall'immobile in oggetto altri legittimari non sarebbe certo soddisfacente, in quanto questi, ricorrendone i presupposti, potrebbero esperire l'azione di riduzione; per altro verso resterebbe impregiudicata l'operatività della collazione. E sono proprio queste ricadute pratiche, insieme all'esperibilità facilitata della revocatoria, che qui necessiterebbe solo della prova dell'*animus nocendi*, a poter indurre l'interprete a ricercare altre giustificazioni causali.

E' evidente come l'intento dei genitori fosse quello di assicurare una qualche continuità del patrimonio familiare, destinandolo al frutto della loro unione, la prole. Il trasferimento in esame è quindi configurabile quale atto che tutela l'interesse della famiglia, qui dei figli in primo luogo, un atto che è teso a sistemare tutte quelle ragioni di dare e di avere che la cessazione della famiglia comporta ma che sempre e solo ad essa ineriscono.

Potrebbe non essere azzardato instaurare un parallelo con ciò che accade una volta terminata la fase di liquidazione delle società: il patrimonio viene, dopo aver soddisfatto eventuali creditori, distribuito ai soci. Si potrebbe considerare la famiglia quale una sorta di società, con un proprio patrimonio che deve essere "liquidato" in caso di

scioglimento della stessa e destinato a coloro che di quella società erano parti. Si tratterebbe quindi, per quanto concerne l'accordo in esame, di un contratto atipico in quanto non esplicitamente disciplinato dal legislatore ma meritevole di tutela. Se così fosse esso non sarebbe perciò qualificabile come donazione e quindi oggetto di riduzione e collazione e sarebbe oggetto di revocatoria solo con la prova del *consilium fraudis*, potendosi l'atto configurare come oneroso. Anche in questo caso, la causa dell'attribuzione va trovata nella funzione di regolamentare gli aspetti patrimoniali della crisi coniugale; segnatamente in questo caso le parti anticipano l'attribuzione dei beni ai loro figli che altrimenti sarebbe avvenuta a titolo successorio e ciò perché gli stessi considerano che il venir meno della famiglia renda opportuno realizzare nell'immediato tale risultato.

Se questa soluzione è quella che maggiormente "protegge" il microcosmo familiare, occorre ora esaminare lo stesso accordo dalla visuale dei creditori dei coniugi separandi. Gli stessi, laddove non fosse intervenuta alcuna crisi familiare, avrebbero potuto far valere le loro ragioni sull'immobile in questione in via diretta. Ora invece, a separazione intervenuta, si troverebbero a dover intraprendere un percorso molto più lungo e accidentato, dovendo seguire le vie di un procedimento giudiziario volto a far revocare il trasferimento, con l'onerosa prova non solo dell'*eventus damni* ma pure, come visto, del

consilium fraudis. Ciò potrebbe ritenersi inammissibile in quanto i terzi vedrebbero notevolmente pregiudicate le loro ragioni in dipendenza di un evento non solo del tutto estraneo e indipendente da loro ma anche eventualmente, non è da escludere, inscenato con intenti frodatori dai coniugi separandi. Si potrebbero infatti sollevare tutti quei problemi già affrontati riguardo alla simulazione della crisi coniugale.

Si tratta quindi, in ultima analisi, di trovare il modo per equamente contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, quella della famiglia, dall'altro quella dei creditori.

d) Quarto caso. Compravendita con prezzo inferiore al valore di mercato.

Due persone coniugate acquistano un appartamento in regime patrimoniale di comunione legale dei beni. In seguito i coniugi decidono di separarsi e tra le condizioni dell'accordo di separazione consensuale omologato prevedono che la moglie si obblighi a trasferire al marito, il quale a sua volta si impegna ad acquistare, la sua quota del cinquanta per cento della proprietà indivisa del detto immobile ad un prezzo concordato di gran lunga inferiore rispetto al prezzo di acquisto, ciò "tenuto conto, a dispetto della pari titolarità del bene, dell'effettiva e diversa contribuzione al pagamento da parte della signora".

Anche in tal caso non sorgono i problemi inerenti l'assenza di *expressio causae* in quanto i coniugi hanno esplicitato qual è la giustificazione del trasferimento ovvero che si tratta di una compravendita e il motivo per cui il corrispettivo risulta inferiore al valore di mercato dell'immobile trasferito. Se così non avessero fatto, l'atto avrebbe potuto essere considerato un *negotium mixtum cum donatione*, così invece l'esiguità del prezzo corrisposto dal marito alla moglie è volta a riequilibrare le posizioni dei coniugi, riconoscendo al primo ciò che effettivamente gli spetta. Gli spetta sì, ma non di diritto. La proprietà infatti, a seguito dell'acquisto compiuto in comunione legale dei beni, è già della moglie, la quale per legge nulla deve al marito, anche se avesse contribuito economicamente all'acquisto in misura minore. Ciò che rileva in tal caso è piuttosto l'adempimento di un'obbligazione naturale: la moglie, rinunciando al maggior prezzo, adempie un obbligo morale nei confronti del marito, riconoscendo come lo stesso abbia effettuato un esborso maggiore al tempo dell'acquisto dell'immobile stesso. In quanto obbligazione naturale, la moglie non potrà mai agire per chiedere la differenza e l'atto non sarà soggetto alla disciplina propria delle liberalità o più in generale degli atti a titolo gratuito con tutte le ricadute pratiche, già esaminate, circa la riduzione, la collazione e la revocatoria.

L'accordo in esame è molto interessante in quanto mostra un'altra

delle innumerevoli ipotesi in cui può concretarsi l'autonomia negoziale dei coniugi in crisi. Qui nessuno dei due coniugi è tenuto al mantenimento dell'altro, prole non ce n'è, non è configurabile alcun intento transattivo o divisionale e neppure liberale. I coniugi decidono di ricorrere ad una classica compravendita, tenendo però conto, nella determinazione del prezzo, dei legami affettivi che, seppur al momento dell'accordo risultano allentati, in costanza di matrimonio hanno dato giustificazione a determinati assetti patrimoniali. Anche in un trasferimento all'apparenza semplice e lineare, trasferimento che sarebbe potuto intercorrere fra soggetti tra di loro estranei, emerge la caratteristica propria degli accordi della crisi coniugale, ovvero l'essere indissolubilmente legati alla situazione in cui essi avvengono e risultando perciò stesso influenzati dalle dinamiche della famiglia e di tutti i suoi portati, economici ed affettivi, trovando causa nella facilitazione della soluzione concordata del dissidio.

e) Quinto caso. Transazione e accenno alla donazione.

Due persone coniugate acquistano un appartamento in regime patrimoniale di comunione legale dei beni. In seguito i coniugi decidono di separarsi e tra le condizioni dell'accordo di separazione consensuale omologato prevedono che il marito trasferisca la propria quota di

proprietà di un immobile alla moglie “al fine di dirimere ogni controversia tra loro insorta”, ritenendo il trasferimento “indispensabile per dirimere i contrasti di carattere patrimoniale sorti tra i coniugi”. Non avrebbero potuto specificare più chiaramente la causa dell’attribuzione: a tutti gli effetti, transattiva.

Lo stesso accordo risulta più interessante sotto altro profilo, in quanto in esso si prevede esplicitamente che il marito “si impegna a trasferire la propria quota di proprietà [...] in favore dei figli [...] mediante atto di donazione”. Tale dicitura appare impropria volendo evocare verosimilmente il fatto che il trasferimento avviene a favore dei figli senza che questi siano tenuti al versamento di alcun corrispettivo; diversamente si porrebbe la problematica circa la validità di tale clausola essendo l’impegno a donare nullo per legge, per assenza di spontaneità, caratteristica principale questa delle liberalità. L’impegno a donare non ha senza alcun dubbio natura coercibile con la conseguenza che, in linea di principio, se il padre non operasse il trasferimento, non potrebbero agire per far valere l’inadempimento né il figlio né la moglie. Invece deve ritenersi che vi sia un collegamento tra i trasferimenti previsti dalle parti in modo tale che essi siano considerati tutti come condizioni dell’accordo di separazione, di modo che la mancanza dell’uno inciderebbe anche sulla stabilità dell’altro.

f) Sesto caso. Revocatoria ordinaria dell’assegnazione della casa familiare

Due persone coniugate acquistano un appartamento destinato a casa coniugale in comproprietà. In seguito i coniugi decidono di separarsi e fra le condizioni prevedono l'assegnazione dell'immobile detto alla moglie con conseguente opponibilità dell'accordo omologato dal tribunale ai loro creditori: nel caso di specie, una Banca. La creditrice sostiene di essere stata lesa nelle sue ragioni, tenendo conto anche dell'assenza di altri beni dei coniugi aggredibili: la stessa infatti non potrebbe più agire nei confronti del marito e nei confronti della moglie lo potrebbe fare solo avverso un bene scarsamente commerciabile.

Analizzando l'accordo si rinviene, con riguardo al profilo causale, il classico riferimento all'adempimento, almeno parziale, dell'obbligo legale di mantenimento gravante sul marito a favore della moglie e dei figli minori con lei conviventi: si tratterebbe quindi, almeno secondo il dato testuale, di *datio in solutum* fra l'altro, a detta dei coniugi, di prestazioni per un debito scaduto e per questo non revocabile ex art. 2901, III comma, c.c.

Si deve poi sottolineare come l'assegnazione della casa familiare, in presenza di figli minori o maggiorenni non ancora economicamente autosufficienti, potrebbe senza dubbio prescindere dalla debenza del mantenimento in quanto tutela l'interesse fondamentale dei figli a

continuare ad abitare nella propria casa³⁷⁸.

Si tratta quindi di un trasferimento la cui causa non è tanto convenzionale riguardo all'*an*, risiedendo essa in un duplice obbligo legale, da un lato quello di mantenimento, dall'altro quello dell'assegnazione della casa coniugale al coniuge collocatario, quanto convenzionale riguardo al *quomodo*, in quanto le parti avrebbero potuto regolare diversamente i loro interessi, magari prevedendo la corresponsione di una somma al marito, anche solo perché lo stesso si trova nella condizione di dover pagare le spese di altro alloggio. Tale accordo si distingue quindi nettamente dalla costituzione di fondi patrimoniali o dal trasferimento della proprietà in sede di separazione o divorzio.

In tal caso poi, essendo l'immobile in comproprietà, l'accordo ha semplicemente regolamentato il diritto di uso e di abitazione sullo stesso.

Ancora, bisogna considerare che la pattuizione inerente l'assegnazione della casa familiare, è fra quelli prioritariamente e principalmente oggetto di esame da parte del giudice dell'omologazione, che deve sempre valutare se è sufficientemente tutelato l'interesse della prole. Ecco anche perché a seguito dell'omologazione, la pattuizione in esame è trascrivibile e quindi opponibile ad eventuali creditori.

Sin qui l'analisi è stata condotta partendo dal punto di vista dei coniugi

³⁷⁸ Cfr. BIANCA, cit.

in crisi. Occorrerà ora valutare l'accordo dal lato dei creditori, in tal caso la Banca.

I doveri dei genitori nei confronti dei figli non escludono certo né limitano la loro responsabilità patrimoniale nei confronti dei creditori, i quali, d'altro lato, non potrebbero vedersi riconosciuta una garanzia diversa a seconda che i debitori siano felicemente sposati ovvero abbiano deciso di separarsi o di divorziare o seconda che gli stessi abbiano o meno figli e che questi ultimi siano o non siano maggiorenni ed economicamente autosufficienti. Non si potrebbero poi privilegiare figli di coppie separate o divorziate rispetto a figli di coppie sposate.

Si tratta ora di capire quale interesse, se quello dei figli alla continuazione della loro vita all'interno della casa familiare o quello dei creditori a soddisfare le proprie ragioni, prevalga nel caso di specie. Successivamente, laddove si fosse individuato nel secondo quello prevalente, capire se l'accordo in esame debba qualificarsi a titolo gratuito ovvero a titolo oneroso per valutare se, ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria, sia sufficiente la prova dell'*eventus damni* o invece occorra anche quella del *consilium fraudis*.

Non è necessario qui ribadire che l'intervenuta omologazione non è di ostacolo alla revocabilità dell'atto in quanto essa non ha valore di giudicato e il trasferimento si attua per il solo consenso dei coniugi, essendo il provvedimento giudiziale solo integrativo dell'efficacia.

L'omologazione non ha perciò alcun effetto preclusivo dell'azione revocatoria.

Dalle considerazioni in precedenza svolte, risulta chiaro come debba prevalere l'interesse dei creditori, che rimane e deve rimanere sempre uguale, qualunque sia la situazione familiare dei debitori non potendo l'escussione del credito essere complicata o peggio ancora gravemente pregiudicata da eventi esterni rispetto al credito stesso.

La Banca può quindi agire in revocatoria. A tal fine, la prova dell'*eventus damni* è semplice, per essere le condizioni economiche dei coniugi peggiorate sensibilmente nei mesi precedenti l'assegnazione, per esser di questo coscienti i coniugi e per aver essi accumulato ritardi nei versamenti in adempimento del debito nei confronti della Banca e per non aver gli stessi optato, in luogo dell'assegnazione, per la vendita della casa coniugale al fine di soddisfare la Banca.

In tal caso poi, la prova del *consilium fraudis* sarebbe semplificata dal fatto che entrambe le parti dell'atto di trasferimento sono debtrici della stessa Banca e quindi è presumibile che le stesse abbiano concordemente voluto pregiudicare le ragioni creditorie. Ci si deve però chiedere se tale prova sia necessaria e la risposta dovrebbe essere negativa in quanto, come sopra specificato, il trasferimento avviene in adempimento di obblighi nascenti dalla legge.

g) Settimo caso: il trust

Prima di analizzare i casi in cui i coniugi in crisi si sono accordati per la costituzione di un trust, occorre brevemente accennare a tale istituto³⁷⁹. Il trust nasce in Inghilterra e, pertanto, è una figura tipica di “common law” ed il suo utilizzo è diffuso in settori diversi quali, per fare degli esempi, quello familiare, quello dell’impresa, quello delle successioni e così via.

Il trust ha fatto ingresso nel nostro ordinamento con la ratifica della Convenzione dell’Aja del 1 luglio 1985, avvenuta con la Legge 364/1989 (in vigore dal 1 gennaio 1992) che ha da un lato aperto la strada al riconoscimento dei trusts istituiti da cittadini italiani all’estero e dall’altro ha introdotto la possibilità di istituire “trusts interni” i cui elementi soggettivi ed oggettivi, cioè, sono riferiti al solo ordinamento italiano, fermo restando che la legge regolatrice è necessariamente straniera poiché ancora oggi il nostro legislatore non ha dettato una disciplina apposita. Non è certamente questa la sede in cui affrontare le complesse problematiche sollevate da detto istituto che, quanto meno per la scelta che deve operarsi con riguardo alla legge

³⁷⁹ Per il trust in ambito familiare, fra gli altri: OBERTO, Trust e autonomia negoziale nella famiglia (parte II), in Fam. E dir. 2004, 3; MARIANI, Il trust familiare: l’ontologica differenza con altri istituti, in Trust, 2008; NONNE, Separazione patrimoniale e modelli familiari: il ruolo del trust, in Fam., Pers., Succ., 2007, 5.

regolatrice, richiede all'operatore particolare competenza ma anche prudenza. Ciò che qui deve darsi per presupposta è la soluzione in senso affermativo della questione dell'ammissibilità di trusts interni che, in realtà, ha impegnato la dottrina in una serie di dibattiti di cui qui non può darsi conto ³⁸⁰. Ai fini che interessano è sufficiente sottolineare, ove mai ve ne fosse bisogno, che il trust non deve e non può essere lo strumento per aggirare l'applicazione nel singolo caso concreto di norme imperative del nostro ordinamento. Così è pacifico che non potrebbe darsi vita ad un trust per costituire la dote, per superare il divieto dei patti successori o della sostituzione fedecommissaria (consentita soltanto eccezionalmente dall'articolo 692 del codice civile) ovvero per ledere i diritti dei legittimari o ancora per derogare ai doveri di contribuzione ai bisogni della famiglia e di mantenimento dei figli, per limitarsi ad esempi che hanno una più marcata attinenza alle tematiche familiari. Tutto questo, peraltro, è in linea con il principio generale secondo cui il contratto non può costituire il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (articolo

³⁸⁰ Dottrina e giurisprudenza sono divise sul valore giuridico da riconoscere alla XV Convenzione dell'Aja: vi è chi sostiene che la legge di ratifica abbia introdotto il trust nell'ordinamento italiano, svincolandolo dalla necessità di elementi di connessione con ordinamenti stranieri. In tal senso, OBERTO, Trust e autonomia negoziale (parte I), Relazione presentata al convegno "autonomia patrimoniale e segregazione patrimoniale nel trust, organizzato dell'associazione avvocati del Distretto di Torino e dell'Associazione "Il Trust in Italia", Torino, 2004, PALAZZO, Pubblicità immobiliare ed opponibilità del trust, in Trusts, 2002, SCHLESINGER, Una "novella" per il trust, in Notariato 2001. In tal senso anche Tribunale di Genova 24 marzo 1997, Tribunale di Firenze 23 ottobre 2002, Tribunale di Bologna 18 aprile 2000. In senso contrario, presupposto necessario per l'applicazione della Convenzione è la presenza di elementi di connessione con un ordinamento giuridico straniero. In tal senso, Tribunale di Velletri, Sez. I, ordinanza 29 giugno 2005

1344 c.c.) reputandosi la sua causa, ove ciò accada, illecita. Fatte queste prime considerazioni, in breve occorre descrivere in breve la struttura del trust: esso comporta il trasferimento della proprietà o di un altro diritto su beni determinati da parte del c.d. “disponente” a favore di un affidatario e, cioè, del “trustee” il quale ha il compito di gestire ed amministrare quanto trasferitogli nell’interesse di uno o più beneficiari o al fine di perseguire lo scopo prefissato dal disponente. Ciò che deve sottolinearsi è che colui che pone in essere il trust si spoglia del bene di cui diviene titolare il “trustee” che, però, dal canto suo è tenuto ad adeguarsi nella gestione alle istruzioni contenute nell’atto istitutivo in quanto egli svolge una “funzione” che si sostanzia in un dover agire per realizzare un interesse non proprio. Il trustee è, in definitiva, un titolare fiduciario ed i beni oggetto del trust che gli vengono trasferiti restano separati dagli altri suoi beni; si parla efficacemente al riguardo di “segregazione patrimoniale”³⁸¹ che costituisce un effetto proprio ed imprescindibile del trust la cui funzione sarebbe irrealizzabile ove, al contrario, si verificasse la confusione di quanto trasferito dal disponente con il restante patrimonio del trustee. In genere vi è poi il c.d. “guardiano” che è colui al quale il disponente affida il controllo sull’operato del trustee. Volendo trovare delle similitudini con istituti

³⁸¹ Sul punto, BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in Riv. dir. Civ., 2007, 2. Sulla nozione di patrimonio di destinazione: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Jovene, Napoli 1966; PINO, *Il patrimonio separato*, Cedam, Padova, 1959, in part. pp. Con riferimento ad altro profilo PUGLIATTI, *Gli istituti di diritto civile, I. Introduzione allo studio del diritto*, I. ordinamento giuridico, soggetto e oggetto del diritto, Giuffrè, Milano, 1998

previsti e quindi disciplinati nel nostro ordinamento il pensiero va immediatamente ai cc.dd. patrimoni separati di cui si rinvengono esempi in materia di società con la previsione da parte del legislatore dei patrimoni destinati ad uno specifico affare e, soprattutto, per rimanere nell'ambito della famiglia, al fondo patrimoniale cui sopra pure si è accennato. Si tratta di figure che costituiscono eccezioni rispetto alla previsione dell'articolo 2740 del codice civile che dispone che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, precisando che le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge. Infatti, per rimanere nell'ambito che ci occupa, i beni del fondo patrimoniale ricevono una destinazione, ritenuta meritevole dal legislatore, che è quella di soddisfare i bisogni della famiglia e, pertanto, restano indifferenti ai debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia³⁸². Il trust in ambito familiare può essere utilizzato per far fronte ad esigenze che non potrebbero essere soddisfatte facendo ricorso al fondo patrimoniale - ed in tal caso ci si trova di fronte ad una via per così dire obbligata - ovvero semplicemente per trovare risposte che meglio realizzano l'intento divisato - ed allora si tratta di una via che può dirsi soltanto preferibile. Si può pensare alle problematiche che pone la famiglia di fatto e che appaiono, il più delle volte, ampiamente meritevoli di tutela, ovvero a

³⁸² Art. 170 c.c.

quelle proprie delle unioni tra persone dello stesso sesso; si tratta di fattispecie rispetto alle quali il ricorso al fondo patrimoniale è assolutamente impraticabile presupponendo esso il matrimonio; ma il discorso è analogo sol che si ponga mente al verificarsi di una delle cause legislativamente previste per lo scioglimento del fondo³⁸³. In ipotesi come queste l'utilizzo del trust consente di realizzare finalità che trascendono la vita dello stesso disponente o semplicemente la durata del matrimonio poiché tale istituto permette di dare rilievo di per sé al raggiungimento del fine individuato nell'atto istitutivo. Inoltre deve pure sottolinearsi come il fondo patrimoniale non abbia dei veri e propri beneficiari ed anche come i figli siano sprovvisti di poteri di controllo sulla gestione; i beni del fondo al momento della sua cessazione non sono devoluti ad alcuno dei familiari poiché con essa viene meno la loro destinazione a far fronte ai bisogni della famiglia ma non si realizza alcuna vicenda relativa alla loro titolarità. Tutto questo fa comprendere come il trust possa essere un prezioso strumento in ambito familiare e questo, per quel che qui più conta, anche in presenza della crisi dell'unione tra coniugi consentendo di dare efficace disciplina a rapporti di natura patrimoniale destinati a protrarsi nel tempo³⁸⁴. Così si è affermato che "il trust potrebbe costituire uno

³⁸³ Contrario NONNE, *Separazione patrimoniale e modelli familiari: il ruolo del trust*, in Fam. Pers. Succ., 2007, 5, il quale ritiene che il trust possa prescindere dall'attualità del vincolo ma non dalla sua sussistenza ai fini dell'opponibilità a terzi.

³⁸⁴ In tal senso, FASANO, *Il trust familiare*, in Rapporti patrimoniali e crisi coniugale, Fasano, Fasano, Rossano, Giappichelli Editore, Torino, 2010

strumento di estrema importanza allo scopo di intervenire efficacemente nella genesi della crisi della coppia e, quindi, nel momento antecedente l'inizio del procedimento di separazione o di divorzio o in un secondo momento, successivo alla conclusione di questi procedimenti, una volta che la volontà delle parti (in sede consensuale) o la determinazione del giudice (in sede contenziosa) abbiano imposto un contributo di mantenimento o un assegno a carico del coniuge"³⁸⁵. Al riguardo, "l'effetto "segregativo" proprio del trust consentirebbe di opporre ai creditori del disponente il vincolo di destinazione impresso a certi beni, così garantendo il pagamento delle prestazioni periodiche in favore del coniuge e/o della prole anche di contro a possibili azioni esecutive di terzi (fatte salve, ovviamente, possibili domande revocatorie e diritti preesistenti)"³⁸⁶. Non va poi trascurato un aspetto fondamentale e, cioè, che il trasferimento al trustee, quando si tratti di immobili, titoli azionari o altri beni soggetti a forme di pubblicità, comporta l'esecuzione di formalità che da sole impediscono atti di disposizione che contrastino con il fine del trust: "chiunque sia il trustee (il coniuge obbligato o un terzo) saranno così prevenuti atti di disposizione in danno degli interessi che il trust protegge"³⁸⁷-. Si è anche sottolineato che "l'istituzione di un trust

³⁸⁵ NASSETTI, *Il trust applicazioni pratiche, Aggiornamento in pillole per il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna*, OBERTO, *Trust e autonomia negoziale*, cit., FASANO, *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, Giappichelli, Torino, 2010

³⁸⁶ In tal senso OBERTO, *Trust e autonomia negoziale della famiglia*, in *Fam. E dir.*, 2004, 3

³⁸⁷ LUPOI, *Trusts*, Ipsa

avrebbe una valenza estremamente garantista relativamente ai diritti alimentari o di mantenimento vantati da coniuge e prole, in quanto consentirebbe di isolare le risorse del coniuge obbligato al mantenimento, o agli alimenti, affinché non possano essere distolte dall'adempimento di queste obbligazioni. In tal modo sarebbe evitato qualsiasi conflitto tra i creditori del coniuge obbligato ed i creditori della prestazione alimentare per essere questi ultimi pienamente garantiti³⁸⁸. Si ha riguardo qui al trust volontario e soltanto un cenno può farsi a quello imposto eventualmente dal giudice a carico del soggetto che risulti tenuto al mantenimento, in sede di separazione o di divorzio contenziosi a carico del soggetto che risulti tenuto al mantenimento, imposizione di cui pure taluno³⁸⁹ ha sostenuto l'ammissibilità; in effetti a parte la considerazione che tale figura postulerebbe risolta affermativamente la questione, assai discussa, della possibilità per il giudice di sostituire ad una prestazione continuativa di natura pecuniaria una prestazione di natura diversa quale il trasferimento della proprietà di un bene, resta il dato testuale della convenzione che ritiene applicabile la disciplina ai trusts costituiti volontariamente. Per concludere può essere utile chiarire che "l'atto istitutivo del trust dovrebbe prevedere, in estrema sintesi, quanto segue: l'attribuzione al trustee, da parte del coniuge disponente e

³⁸⁸ NASSETTI, cit.

³⁸⁹ LUPOI, cit.

debitore, di determinate somme di denaro e/o beni di altro genere, nella misura necessaria a far fronte al debito di mantenimento di costui; l'attribuzione del ruolo di beneficiario al partner e/o ai figli ed infine la previsione che, nel momento in cui saranno cessati gli obblighi di mantenimento il trust abbia fine ed i beni eventualmente non consumati vengano dal trustee riattribuiti al coniuge (un tempo) debitore”³⁹⁰.

L'istituzione del trust, che potrebbe avere una funzione solutoria ovvero di garanzia presenta, come già si è avuto modo di accennare, diversi vantaggi. Quanto alla posizione del coniuge debitore, “esso determina la sottoposizione al vincolo di destinazione delle sole risorse necessarie a far fronte all'obbligazione e consente al disponente di ritornare in possesso dell'eventuale esubero (e, comunque, di destinarlo altrimenti)”³⁹¹. Quanto poi alla posizione del coniuge creditore “esso consente di rendere i beni vincolati in trust indifferenti a qualunque vicenda economica riguardante il coniuge disponente successiva alla sua istituzione, garantendo al beneficiario di non subire il concorso, su detti beni, con eventuali altri creditori del partner; inoltre con l'instaurare un rapporto obbligatorio fra il trustee ed il coniuge creditore, esso riduce – fin quasi ad escluderla – la possibilità di un inadempimento e quindi l'eventualità che si debba far ricorso

³⁹⁰ ROTA-BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Giuffrè, 2007

³⁹¹ ROTA-BIASINI, cit.

all'esecuzione forzata"³⁹².

Si può ora procedere all'analisi di un caso concreto.

In un ricorso per separazione personale omologato³⁹³ "i coniugi separandi premettendo che occorre provvedere alle esigenze abitative delle figlie e alla garanzia del loro mantenimento, nella consapevolezza, peraltro, che dette esigenze non si esauriscono con il raggiungimento formale della maggiore età da parte dei soggetti beneficiari e che non sono salvaguardate appieno dall'istituto dell'assegnazione della casa coniugale alla moglie, in quanto detto istituto si palesa subordinato alla presenza di figli minori di età di cui sia necessario salvaguardare il consueto habitat familiare [...] ed, inoltre, esso non vale a sottrarre il bene casa all'aggressione dei creditori di colui che, pur non assegnatario, ne rimane pur sempre proprietario; considerata, altresì, l'opportunità di tenere il bene-casa e gli altri beni mobili [...] indenni dalle conseguenze pregiudizievoli suscettibili di derivare allo stesso dalle vicende personali e patrimoniali relative ai due coniugi titolari; evidenziate le circostanze possibili del passaggio a nuove nozze dei coniugi separandi, in seguito al divorzio, nonché del malaugurato decesso dell'uno o dell'altro coniuge, quali evenienze idonee a comportare il passaggio mortis causa a soggetti altri dalle due figlie alle quali vuol garantirsi il perdurante godimento" si accordano

³⁹² ROTA-BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Giuffrè, 2007

³⁹³ dal Tribunale di Siracusa con Decreto in data 17 aprile 2013

per il trasferimento al trust dell'intera proprietà gravata dal diritto di abitazione assegnato alla moglie". Ricorrendo all'istituto del trust i coniugi hanno inteso ovviare al problema della titolarità della casa coniugale ancorché già assegnata al coniuge affidatario delle figlie minori; infatti tale assegnazione di per sé è inidonea a scongiurare l'aggressione del bene da parte dei creditori del proprietario dell'immobile e, d'altra parte, le successive vicende, ben evidenziate nel ricorso, quali le nuove nozze ed il decesso del titolare appaiono potenzialmente pregiudizievoli. Dalla lettura dell'atto istitutivo si ricava che il trust è costituito sino al compimento del ventiseiesimo anno di età della figlia minore e che con la sua cessazione le figlie beneficiarie acquisteranno il diritto al trasferimento della proprietà dell'immobile. Ecco allora che il trust permettere di vincolare l'immobile al soddisfacimento delle necessità delle beneficiarie, le figlie nel caso di specie, ponendolo al riparo dalle vicende personali e successorie dei disponenti; l'immobile, lo si ripete, è uscito dal loro patrimonio e pertanto non solo essi non possono più disporne ma neppure i loro futuri creditori ed i loro successori potranno farne oggetto di proprie pretese. Il trust è opponibile ai terzi posto che ne è ammessa la trascrivibilità sulla base della previsione dell'articolo 2645 ter c.c. che prevede la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela aventi per oggetto beni immobili o beni

mobili iscritti in pubblici registri. Ciò che si rende opponibile ai terzi con la trascrizione è una pluralità di situazioni soggettive; vengono infatti in rilievo l'interesse del disponente che ha posto in essere il trust per conseguire uno scopo specifico da cui il bene non deve essere distratto; l'interesse del trustee che diviene formalmente titolare del bene che, peraltro, non si confonde, lo si ripete, con il suo patrimonio, ed infine l'interesse dei beneficiari. Sotto il profilo causale il cercare di ricondurre il trust alla categoria dell'atto a prestazioni corrispettive ovvero a quella dell'atto liberale che - almeno in via di prima approssimazione operando sulla base di schemi consueti potrebbe apparire una modalità di indagine utile almeno a grandi linee - apparirebbe fuorviante poiché quello in esame è un negozio la cui causa specifica è proprio quella di destinare un bene ad uno scopo che deve essere meritevole di tutela, negozio che in questa misura trova riconoscimento ai sensi dell'articolo 1322 del codice civile non diversamente da quelle altre figure - cui sopra si è fatto rapido cenno - che consentono di raggiungere, seppure in ambiti specificamente individuati dalla legge, un risultato analogo. Il trust, a differenza di quelle, si presta ad un utilizzo più ampio in quanto produce un effetto, quello segregativo, analogo a quello proprio di esse ma non puntualmente riferito a situazioni date e che, perciò stesso, può trovare utilizzo in tutti i casi in cui è necessario o anche soltanto opportuno e,

comunque, meritevole di tutela operare una distinzione tra le componenti patrimoniali riferibili ad un medesimo soggetto. La connotazione reale del negozio in questione poiché produttivo dell'effetto traslativo, consente il superamento dell'idea della fiducia di tipo romanistico; ciò che qui si realizza è la costituzione di un patrimonio separato. Certamente, lo si ripete, non si deve facendo uso del trust aggirare alcuna norma imperativa; va da sé che l'uso in frode alla legge del trust va sanzionato ma qui non c'è veramente nulla di nuovo o di così caratterizzante da dover essere sottolineato più di tanto. Da queste considerazioni discende, per limitarsi a due esempi, l'impossibilità di esperire l'azione di riduzione diversamente dalla revocatoria certamente azionabile qualora ne ricorrano i presupposti.

Si può ora accennare al fatto che sono stati omologati dai nostri Tribunali verbali di separazioni consensuali in cui i coniugi od uno di essi hanno istituito un trust al fine di adempiere agli obblighi derivanti *ex lege* dall'allentamento del vincolo, o diversamente hanno soddisfatto esigenze conservative del patrimonio familiare.

Così sono stati omologati:

- * l'accordo di separazione dei coniugi con cui viene creato un trust avente ad oggetto l'immobile, di proprietà esclusiva di uno di essi, segregato in favore della figlia minore;
- * l'accordo di separazione dei coniugi con cui viene creato un trust con

la finalità di segregare i beni, prima compresi nel fondo patrimoniale, anche dopo lo scioglimento del vincolo coniugale;

* l'accordo di separazione dei coniugi con cui viene creato un trust avente ad oggetto immobili acquisiti durante il matrimonio, segregati in favore dei figli della coppia;

* l'accordo di separazione dei coniugi con cui la moglie diviene trustee di un trust a favore della prole avente ad oggetto immobili in comproprietà con il marito, immobili di proprietà esclusiva del marito e beni mobili, il tutto sospensivamente condizionato all'omologazione del tribunale.

In conclusione è evidente come in tutti i casi cui or ora si è fatto cenno l'atto dispositivo inserito negli accordi di separazione si armonizza alla perfezione con il tema degli obblighi legali dei genitori nei confronti dei figli essendo il trust, lo si è già sottolineato, idoneo a meglio garantirne l'adempimento.

CONCLUSIONI

Nel primo capitolo ho proposto un rapido excursus dell'evoluzione teorica degli accordi in ambito familiare e ho ricostruito il cammino che ha condotto ad un progressivo ampliamento dello spazio riconosciuto all'autonomia negoziale dei coniugi. Il codice del 1942 considerava la libera negozialità l'eccezione ma successivamente i mutamenti della coscienza sociale recepiti dal legislatore e dalla giurisprudenza hanno mutato il quadro tanto che attualmente è possibile affermare che la situazione si è ribaltata; nella materia in esame appaiono eccezionali i limiti imposti all'autonomia negoziale dei privati. Un primo passo è stato riconoscere che i coniugi, con particolare riferimento alla crisi del loro rapporto, possono regolamentare i loro interessi patrimoniali; un secondo passo è stato, senza dubbio, permettere loro di disciplinare l'assetto degli interessi di natura personale nel modo più conforme alle proprie esigenze ed a quelle dei loro figli. Si è terminato il primo capitolo affermando che, pur in assenza di un'apposita disciplina normativa gli accordi della crisi coniugale, prepotentemente entrati nella pratica, sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela conformemente a quanto richiesto dall'articolo 1322 del codice civile.

Nel secondo capitolo l'indagine si è spostata sulla causa di tali accordi e, seguendo una pratica molto diffusa che è quella di ricondurre accordi innominati nell'alveo di quelli già conosciuti, si è cercato di verificare se essi evocassero di volta in volta una causa tipizzata dal legislatore. E' innegabile che tale procedimento sia di grande ausilio per individuare la disciplina normativa applicabile e dare soluzione ai vari problemi che si presentano nella pratica. Si è constatato che la volontà delle parti si presta a seconda dei casi ad essere ricondotta ora ad uno ora ad altro e talvolta a più profili causali tipici come evidenziato dalle autorevoli ricostruzioni proposte dalla dottrina e dalle decisioni della giurisprudenza.

Al terzo capitolo sono stati analizzati alcuni accordi effettivamente conclusi dai coniugi in sede di separazione o divorzio per verificare sul campo la valenza di quanto esposto nei capitoli precedenti.

A questo punto si devono tirare le fila e deve darsi risposta al quesito se sia possibile individuare un minimo comune denominatore che consenta di ricondurre ad unità gli accordi in esame.

Punto di partenza è la considerazione che la funzione degli accordi in questione è senza dubbio e sempre quella di dare sistemazione ai rapporti patrimoniali tra i membri della famiglia al verificarsi della separazione personale o del divorzio al fine di permettere ai coniugi di giungere a soluzioni concordate che agevolino la composizione della

crisi; è questo a mio avviso l'elemento caratterizzante ed imprescindibile. La separazione è il presupposto fattuale di tali accordi; la loro causa è la definizione, ossia la sistemazione stabile del patrimonio familiare che può comprendere la titolarità di diritti reali ma anche veri e propri rapporti obbligatori che acquistano autonoma rilevanza proprio in conseguenza della crisi matrimoniale che non si pone come condizione di esigibilità (si pensi al caso della scrittura privata che prevedeva l'obbligo da parte di un coniuge di restituire all'altro - in caso di separazione - le somme ricevute a titolo di prestito, qualificato dalla giurisprudenza come lecito contratto di mutuo in cui la separazione funziona come condizione per il rimborso) ma come evento che rende necessario procedere a rimborsi e restituzioni ed in generale ad esplicitare ed evidenziare fatti ed atti che altrimenti resterebbero riservati perché propri della vita familiare. E', si potrebbe dire, "normale" che in costanza di matrimonio i coniugi pongano in essere atti negoziali per ottimizzare l'assetto patrimoniale della famiglia. A volte scelgono il regime della separazione dei beni per poi trasferire l'uno all'altra o viceversa la quota di un immobile acquistato in regime patrimoniale di comunione legale per far sì che il trasferente possa poi procedere ad un nuovo acquisto fruendo delle agevolazioni per la prima casa; l'atto dispositivo della quota in concreto potrebbe essere una vendita od una donazione (sebbene l'*animus donandi*

sarebbe tutto da dimostrare). Può accadere che i coniugi scelgano il regime patrimoniale della separazione dei beni per far sì che i beni acquistati in costanza di matrimonio diventino di esclusiva proprietà del coniuge non esposto ad eventuali azioni risarcitorie da parte di terzi (si pensi al chirurgo che non voglia acquistare immobili per evitare che questi siano aggrediti in caso di una sua responsabilità professionale). Ancora un coniuge potrebbe aver prestato del denaro all'altro ma senza che di ciò vi sia traccia documentale, ovvero che abbia alienato un suo bene personale per sostenere l'attività dell'altro e così via. Si tratta di vicende frequenti e normali nella situazione di condivisione di interessi che è propria dei coniugi in costanza di matrimonio e che, una volta che questo è entrato in crisi, richiedono un'appropriata sistemazione.

E' fuorviante sforzarsi di ricondurre tali accordi nell'alveo di contratti nominati quasi a voler significare che, altrimenti, essi sarebbero privi di causa; la strada è quella, invece, di individuare un profilo causale costante che consenta di ricondurre ad unità fattispecie concrete in cui la volontà delle parti si esprime nei modi più diversi a seconda di quanto sia complessa la rete di rapporti da definire.

Per meglio contestualizzare l'analisi può essere utile partire dall'art. 29 della Costituzione che definisce la famiglia una "società naturale". La famiglia nasce con il matrimonio e si fonda sulla parità dei coniugi e

sull'unità familiare, parità ed unità che non possono esigersi né ipotizzarsi nei riguardi degli ascendenti o collaterali dei coniugi e che quindi limitano l'ambito di detta società alla c.d. famiglia nucleare. Nel considerare gli accordi in oggetto si deve avere esclusivo riguardo perciò al nucleo composto da marito, moglie e figli ed ai rapporti non soltanto personali ed affettivi ma anche patrimoniali che sorgono all'interno di detto gruppo e che legano i suoi membri.

Posto che la famiglia è una società (seppure "naturale") può farsi un raffronto con altre strutture formate da più soggetti quali le associazioni o le società. A nessuno sfugge che le differenze sono profonde; ma in linea di massima si possono rinvenire alcune similitudini da cui trarre qualche utile spunto. In breve si può notare che, sotto il profilo genetico, le associazioni e le società si costituiscono per contratto; della famiglia potrebbe dirsi lo stesso? In effetti l'accostamento dell'atto di matrimonio al contratto non pare oggi troppo azzardato: il coniugio, infatti, è sicuramente frutto di una libera scelta. Se in passato si poteva far discendere l'impossibilità di parlare di contratto con riferimento all'atto di matrimonio basandosi sull'indissolubilità dello stesso, già nel 1970 tale argomento aveva perso molta della sua forza persuasiva. Oggi è addirittura lecito affermare che il matrimonio può sciogliersi per mutuo consenso. Il legislatore in effetti non ha optato direttamente per lo scioglimento consensuale del vincolo coniugale ma nei fatti questo è

ciò che accade. Ai fini della separazione basta infatti la prova dell'insostenibilità della convivenza che, senza dubbio, sussiste quando entrambi i coniugi hanno deciso di interrompere il loro rapporto; ora, poiché la separazione è uno dei presupposti del divorzio (e occorre sottolineare come il periodo di separazione sia stato oggetto recentemente di un'importante modifica con l'abbreviazione da 3 anni a 6 mesi) è chiaro come questo, in ultima analisi, sia frutto di una scelta consensuale. L'ostacolo maggiore alla configurabilità dell'atto di matrimonio quale contratto oggi può rinvenirsi nel fatto che esso non è volto a regolare, costituire o estinguere rapporti giuridici patrimoniali; ma in realtà si tratta di un ostacolo che può essere superato tenendo conto dei cambiamenti intervenuti nella coscienza sociale e di quelli ormai all'orizzonte e considerando che i coniugi, con l'atto di matrimonio hanno la possibilità di non limitarsi semplicemente a scegliere il regime patrimoniale (separazione dei beni in luogo della comunione legale) ma anche di regolamentare, secondo il recente disegno di legge che prevede l'introduzione degli accordi prematrimoniali, i loro interessi economici in previsione di un'eventuale crisi. Deve pure osservarsi che, anche se i rapporti patrimoniali non sono oggetto diretto dell'atto di matrimonio, essi sono pur sempre connaturati al coniugio, sono presenti in ogni sua fase, dalla sua nascita fino allo scioglimento e sono quindi oggetto di

regolamentazione concordata così come lo sono i rapporti personali ed affettivi.

L'accostamento fra l'atto di matrimonio ed il contratto può poi risultare meno azzardato se solo si considera che in alcuni ordinamenti stranieri l'atto di matrimonio è qualificato espressamente "contratto".

Quanto alla struttura, la famiglia ha, come le associazioni, un suo scopo che è quello di costituire una realtà in cui i membri possano liberamente ed interamente svolgere la loro personalità, nell'intreccio di ragioni affettive, personali ed anche economiche; vi è uno scopo "comune" che è quello di vivere insieme e di provvedere a mantenere, istruire ed educare i figli. Con il dire che la famiglia persegue uno scopo non si vuole assolutamente aderire alle tesi, ormai desuete, dell'interesse familiare di natura superiore quanto, piuttosto, riferirsi al fatto che i singoli componenti sono portatori di un loro individuale interesse che tuttavia, per quanto qui rileva, è comune con quello dell'altro coniuge.

La famiglia non è un soggetto di diritto, è priva di autonomia patrimoniale ma ha un suo patrimonio; lo compongono i beni acquistati in costanza di matrimonio in regime di comunione legale dei beni ma anche i beni personali, a prescindere dal regime patrimoniale scelto, vanno considerati in quanto ciascun coniuge deve concorrere negli oneri in proporzione alle proprie sostanze oltre che secondo la sua

capacità di lavoro professionale o casalingo. Vi sono poi dei patrimoni esclusivamente destinati a soddisfare i bisogni familiari: qui il riferimento è al fondo patrimoniale, al trust ed agli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Il discorso potrebbe anche allargarsi sino a comprendere, ma qui forse si va troppo oltre a meno di non volersi limitare ai soli componenti della c.d. famiglia nucleare, il patrimonio prodotto da un'impresa familiare e quindi dalla "comunità paritaria di lavoro fondata sulla solidarietà familiare, e più precisamente [da] un gruppo di familiari che svolgono un'attività produttiva unitaria mediante un apporto continuativo di lavoro".

In tema di decisioni qui è sufficiente osservare che "associazioni" e "società" postulano una compartecipazione rispettivamente degli associati e dei soci alle decisioni; tale compartecipazione in ambito familiare è la regola imposta dal legislatore che statuisce che i coniugi assumono insieme le decisioni più importanti. L'indirizzo concordato dell'art. 144 c.c. non è circoscritto alle questioni di natura personale ma vale anche per quelle di natura economico-patrimoniale; in caso di disaccordo l'unica via è il ricorso al giudice.

Infine, quanto alle cause di scioglimento, la famiglia, le associazioni come pure le società ne hanno ciascuna di proprie ma una similitudine è ravvisabile nell' "impossibilità di raggiungere lo scopo" che, nella famiglia consegue all'insostenibilità della convivenza e quindi

all'esaurimento delle ragioni che tenevano in vita il rapporto coniugale. In ogni caso ciò che rileva è la circostanza che a qualsiasi formazione costituita da più soggetti - qualunque ne sia lo scopo ed a prescindere finanche dal fatto che abbia essa o meno rilevanza giuridica - è connaturata la possibilità dello scioglimento per il venir meno dell'adesione ad essa da parte dei suoi componenti. Ne discende la necessità di regolare tale scioglimento attraverso operazioni talvolta complesse (si pensi alla liquidazione delle società) venendo in considerazione sia le esigenze dei membri della comunità che viene a cessare sia quelle di tutela dei terzi che con essa avevano rapporti; nel caso della famiglia agli aspetti patrimoniali si aggiungono con importanza rilevante, per non dire preponderante, quelli squisitamente personali. Lo scioglimento di una qualsiasi entità composta da più individui è una vicenda che può dirsi naturale; al diritto di associarsi per esprimere al meglio la propria personalità deve affiancarsi il diritto di sciogliersi dal vincolo. Nel caso della famiglia, la cui stabilità deve fondarsi sul consenso e non sull'imposizione, l'allentamento del vincolo è consentito dalla separazione dei coniugi ed il suo scioglimento dal successivo divorzio. Poiché ai coniugi è permesso sciogliere il legame che hanno voluto creare con il matrimonio, agli stessi deve essere riconosciuta la possibilità di regolamentare anche negli aspetti patrimoniali la fine del loro rapporto. Il legislatore ha dettato norme

imperative ed ha imposto il controllo dell'autorità giudiziaria con riguardo a tutte le questioni che, per la loro natura, vanno necessariamente sottratte alla libera disponibilità dei separandi o dei divorziandi. Si tratta degli aspetti di natura squisitamente personale, delle questioni di stato, della tutela dei figli che risentono degli effetti dello scioglimento della famiglia in quanto membri della stessa ma, di fatto, quasi fossero terzi rispetto ad una vicenda che non dipende dalla loro volontà ma che pure li coinvolge. Quanto ai rapporti patrimoniali, rimanendo nell'ambito della famiglia, il legislatore ha disciplinato puntualmente lo scioglimento della comunione legale che può pure prescindere dalla crisi coniugale; l'effetto è la sostituzione della comunione senza quote di cui all'articolo 177 e seguenti del codice civile con quella ordinaria per quote uguali e l'obbligo di dare luogo ai rimborsi ed alle restituzioni di cui all'articolo 192 c.c. che trovano il loro fondamento in accadimenti pregressi rispetto ai quali il sopraggiungere di una causa di scioglimento della comunione si pone come condizione di esigibilità. La divisione dei beni della comunione si effettua ripartendo in parti uguali l'attivo ed il passivo ed in considerazione delle necessità della prole e all'affidamento di essa il giudice può costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto sui beni spettanti all'altro. Ai fini di quanto qui si cerca di dimostrare bisogna tener conto che la comunione legale, lo si è già accennato, si può sciogliere anche per

mutamento convenzionale del regime patrimoniale pur permanendo il rapporto di coniugio. Sembra allora possibile affermare che il legislatore ha previsto e disciplinato lo scioglimento della comunione per consentire ai coniugi di mettere un punto fermo sui rapporti patrimoniali venuti ad esistenza durante l'operatività della stessa. D'altra parte qualsiasi comunione si connota per la sua temporaneità, come si ricava dalla lettura dell'articolo 1111 del codice civile. E' indubitabile che ogniqualevolta si scioglie una entità alla quale è riferibile un patrimonio comune deve provvedersi alla sorte di questo: per tornare alle associazioni, l'art. 37 c.c. stabilisce che la divisione del fondo comune può essere chiesta soltanto una volta avvenuto lo scioglimento.

Non è diverso quanto accade in seguito al verificarsi della crisi coniugale con riguardo al patrimonio familiare, inteso quale complesso dei beni e delle situazioni economiche attive e passive facenti capo ai coniugi separandi o divorziandi. Qui non è a parlare semplicisticamente di divisione poiché occorre tener conto dell'eventuale sussistenza dell'obbligo legale di mantenimento a favore del coniuge debole o dei figli minori o maggiorenni non economicamente autosufficienti, della volontà di effettuare attribuzioni in considerazione dell'impegno prestato da uno dei coniugi durante la convivenza, della esigenza di eliminare motivi di possibili liti, dell'obbligo di restituire eventuali prestiti

o di effettuare rimborsi e così via. Ma va pure evidenziato l'intento assai ricorrente dei coniugi di far sì che la ricchezza prodotta in costanza di matrimonio rimanga nell'ambito dei soggetti appartenenti alla famiglia entrata in crisi (coniugi e figli); si vuole evitare, cioè, che i beni acquistati con i proventi guadagnati nel corso della vita in comune e magari con i risparmi ed i sacrifici comuni possano andare a beneficio di soggetti estranei (invero non è escluso che a seguito della crisi coniugale, le parti decidano di contrarre nuove nozze o di creare di fatto una nuova famiglia con quanto ne consegue).

In definitiva quando si verifica lo scioglimento di qualsiasi comunità di persone è inevitabile disciplinare i conseguenti effetti. L'uso del termine "disciplinare" non è casuale ma intenzionale attesa la sua genericità. Sarebbe improprio e comunque limitativo, lo si è detto, usare il termine "dividere" poiché con esso si ha riguardo ad un'operazione specifica che talvolta neppure può trovare applicazione. Nell'ambito delle società la divisione, per esempio, potrebbe non servire ove, conclusa la liquidazione, non residuassero beni da attribuire ai soci; lo stesso è a dire per le organizzazioni di persone ove si debba procedere alla devoluzione del patrimonio residuo e non alla sua ripartizione tra gli associati. Pure nel caso degli accordi patrimoniali tra coniugi può ben accadere che non ci sia nulla da dividere e che uno dei coniugi trasferisca un suo bene senza che gli venga attribuito alcunché o

semplicemente che gli unici aspetti da disciplinare siano quelli che rientrano nel contenuto necessario di tali accordi quale le modalità di mantenimento del coniuge debole e dei figli. Piuttosto ciò che viene sempre in rilievo è la necessità di regolamentare situazioni aventi ad oggetto diritti disponibili, necessità che consegue alla separazione ed ancor più al divorzio in ossequio al principio generale che impone la "definizione dei rapporti a seguito dello scioglimento di un'entità associativa". Tale "definizione dei rapporti" può ben costituire oggetto di un contratto poiché è senza dubbio diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Nel caso degli accordi oggetto della presente tesi si tratterà di un contratto oneroso, come meglio si è già più volte sottolineato e si dirà oltre, poiché i coniugi quando pongono in essere trasferimenti dall'uno all'altro od in favore dei figli non intendono compiere liberalità ma mirano a porre fine ai rapporti patrimoniali di cui possono disporre. Ove ci si trovasse di fronte ad un apparente squilibrio non può escludersi, anzi appare assai probabile, che i coniugi abbiano tenuto conto di posizioni di dare ed avere come, per fare un parallelo, potrebbe avvenire in occasione dello scioglimento della comunione legale dei beni. Difficilmente, come si è avuto già modo di sottolineare, si sono predisposti atti scritti per documentare prestiti e per fondare conseguenti future pretese di restituzione; inusuali sono anche eventuali riconoscimenti di debito.

Potrebbero esservi pure sottostanti mandati fiduciari che, anche quando hanno ad oggetto diritti su immobili, non richiedono, secondo la recente giurisprudenza, la forma scritta. Non può neppure escludersi che il trasferente intenda adempiere un suo obbligo naturale volendo rispettare impegni giuridicamente non coercibili quali promesse ed impegni presi verbalmente in costanza di matrimonio. Quello che può affermarsi con scarse possibilità di essere smentiti é che non si trova traccia, negli accordi in esame, della menzione di tutti i rapporti pregressi di cui le parti hanno tenuto conto. Questo non deve peraltro meravigliare se solo si pone mente al fatto che, in definitiva, la separazione ed il divorzio consensuali consentono di non violare, in una fase di per sé estremamente delicata, la riservatezza che è propria dei rapporti familiari; piuttosto la scelta della strada del consenso dà la misura della capacità di gestire la crisi del rapporto in modo consapevole e quanto più possibile sereno evitando conflitti e prevaricazioni e permettendo di conservare quella riservatezza che è propria dei rapporti familiari. Gli accordi in questione sono oggetto di omologazione da parte del giudice che è chiamato ad accertare che non siano stati pregiudicati i soggetti deboli e che siano stati tutelati anche sotto il profilo economico i figli. Spesso in detti accordi le parti si obbligano a vendere, a donare - e qui l'uso del termine, lo si è già sottolineato, è atecnico - a cedere e così via e talvolta addirittura si

esprimono come se l'accordo scritto nel corpo del verbale di udienza o ad esso allegato costituisse esso stesso il titolo del trasferimento e non soltanto dell'assunzione dell'obbligo di perfezionarlo successivamente con atto separato. Non è questa la sede per affrontare la questione della trascrivibilità o meno degli accordi raggiunti in udienza qualora essi abbiano ad oggetto diritti immobiliari ovvero della necessità a tale scopo del successivo atto notarile. Senza dubbio è da escludere che in tal modo possa perfezionarsi una donazione che, come è noto, richiede la stipula per atto pubblico notarile alla presenza di due testimoni; neppure avrebbe rilevanza giuridica l'assunzione di un obbligo a donare ritenuto nullo dalla giurisprudenza in base alla considerazione che una donazione fatta per adempiere un obbligo sarebbe una contraddizione essendo la stessa una liberalità ossia un atto che si pone in essere liberamente, senza esservi tenuti. Pertanto se il coniuge, ritenendo di dover adempiere un suo obbligo in tal senso stipulasse la donazione, questo contratto sarebbe viziato da errore e come tale annullabile; diversamente se si determinasse alla donazione prescindendo dall'impegno assunto in precedenza l'atto sarebbe valido proprio in quanto non collegato in alcun modo all'accordo raggiunto in sede di separazione o di divorzio. In definitiva agli accordi tra coniugi è estranea la causa donativa e ciò anche qualora l'obbligo a donare fosse pattuito a favore di un figlio. Talvolta, in effetti, uno dei coniugi

assume nei confronti dell'altro l'obbligo di "donare" un certo bene ad un figlio; ritengo che la fattispecie vada correttamente qualificata come preliminare di cessione a favore del terzo (il figlio) che avrebbe il diritto di pretendere la stipula del definitivo che tuttavia, per quanto suesposto, non avrebbe natura di donazione ma si risolverebbe in un atto negoziale di adempimento di un obbligo assunto con lo scopo di definire la crisi coniugale. Ritengo che una simile pattuizione sia per altro verso emblematica; i coniugi vogliono che un certo bene rimanga nell'ambito della famiglia malgrado la crisi dei loro rapporti e il titolare del bene è disposto a privarsene ma, probabilmente, non a favore dell'altro coniuge. Se egli volesse semplicemente donare l'immobile al figlio potrebbe farlo liberamente a prescindere da qualsiasi accordo con l'altro coniuge; ecco che allora appare evidente come la previsione del trasferimento ad un figlio tra le condizioni della separazione o del divorzio sia da considerare strumentale al raggiungimento dell'accordo che definisce a livello patrimoniale la crisi coniugale e che, probabilmente, i coniugi non avrebbero altrimenti trovato.

Il caso appena considerato (come pure gli altri esaminati in precedenza) consente di rilevare come l'accordo tra i coniugi costituisca quasi sempre la fonte dell'obbligo di compierei ulteriori atti che ad esso si collegano. Già si è avuto modo di sottolineare che tra le pattuizioni contenute negli accordi di separazione figurano spesso

l'assunzione di un impegno a vendere un certo bene, a cederlo per adempiere la prestazione degli alimenti, a costituirlo in trust e così via. In tutti questi casi l'accordo ha un valore in certo senso programmatico e, come tale, necessita di una successiva attuazione. Leggendo gli atti notarili si nota come usualmente si specifichi che il trasferimento avviene "in adempimento dell'obbligo assunto in occasione della separazione (o del divorzio) consensuale": tale formula crea un collegamento tra il contratto ed il precedente accordo dei coniugi che lo prevede ed allo stesso tempo sembra voler connotare causalmente l'atto dispositivo. A meno di voler considerare il rogito notarile una mera ripetizione, per la relativa parte, del precedente accordo integrato con le menzioni edilizie-urbanistiche e con la dichiarazione di conformità catastale, entrambe richieste a pena di nullità - ripetizione effettuata ai fini dell'esecuzione degli adempimenti pubblicitari e della voltura - si deve ritenere che vi siano due negozi distinti ma collegati, similmente a quanto accade tra preliminare e definitivo, di cui il primo è l'accordo in sede di separazione ed il secondo il contratto stipulato successivamente dal notaio. Il secondo negozio può essere un contratto nominato (vendita, permuta ecc.) o innominato ma alla causa sua propria si affianca quella della definizione dei rapporti patrimoniali della crisi coniugale che appare una vera e propria costante; quindi un contratto la cui conclusione costituisce anche esecuzione della

prestazione oggetto dell'obbligo assunto dai coniugi con il loro accordo. Qualora il trasferimento tenesse luogo della prestazione periodica di mantenimento esso rientrerebbe nella previsione dell'articolo 1197 del codice civile. Qualora si trattasse della costituzione di un trust la funzione propria del secondo negozio sarebbe quella di realizzare la segregazione del bene trasferito al trustee perchè lo amministri e lo gestisca a vantaggio del beneficiario. Qualora si trattasse di una vera e propria divisione la causa sarebbe costituita dallo scioglimento della comunione (a questo punto ordinaria) tra i coniugi separati o divorziati. Qualora vi fossero reciproche concessioni volte a dirimere una lite in corso o a prevenirne una futura, si tratterebbe di una transazione. In tutti i casi, lo si ripete, l'accordo in sede di separazione e divorzio avrebbe una funzione analoga a quella di un preliminare; i contratti conclusi successivamente sarebbero in effetti non dissimili da un definitivo ed avrebbero come denominatore comune lo scopo di adempiere l'obbligo assunto in sede di separazione e divorzio. Il contratto definitivo deve rispettare la forma richiesta dalla legge per la sua valida conclusione, deve contenere le menzioni prescritte dalla legge e senza dubbio ha una causa propria.

In definitiva, gli accordi patrimoniali tra i coniugi in occasione della crisi del matrimonio hanno la funzione, lecita e riconosciuta dall'ordinamento, di definire i rapporti sorti durante il matrimonio,

definizione che richiede o può richiedere la successiva conclusione di negozi che a loro volta hanno una causa propria. Qualche analogia si può riscontrare con la teoria proposta in dottrina³⁹⁴ con riguardo alla cessione del contratto che avrebbe una sua causa generica con la quale si evoca l'effetto del trasferimento (nel nostro caso la definizione dei rapporti patrimoniali) ed una causa variabile che a seconda dei casi può essere una vendita, una permuta e così via analogamente a quanto avviene nel nostro caso³⁹⁵. Si parla a tal proposito di "causa generica costante" e "causa specifica variabile": gli accordi della crisi coniugale, si potrebbe dire mutuando un'espressione nata con riferimento alla cessione del credito, hanno "un momento causale costante, ma incompleto, in una struttura causale completa, ma variabile"³⁹⁶. Più precisamente, per causa generica si intende "il bisogno economico sostanziale che il contratto persegue", mentre per causa specifica si intende "il singolo schema particolare attraverso il quale tale bisogno viene conseguito" ed essa "trova emersione nella struttura del contratto, e cioè nelle varie clausole che lo compongono, e

³⁹⁴ CARRESI, *La cessione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1997

³⁹⁵ Contrario, BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit.: il quale, con riferimento alla cessione del credito, nega che essa abbia una causa variabile o indeterminata, in quanto la sua causa andrebbe ravvisata in quella che giustifica l'atto sottostante.

³⁹⁶ PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1955: "entrambi questi profili causali sono di alto rilievo per una compiuta esposizione scientifica dell'istituto della cessione. Una tale esposizione non potrebbe essere data, organicamente e sistematicamente, senza il riferimento al profilo causale variabile, oneroso o gratuito, che la cessione assume a volta a volta".

lo caratterizzano: o se si preferisce lo rendono tipico"³⁹⁷. Ad entrambe occorre far riferimento per caratterizzare il negozio, anche se "dominante è senza dubbio (ed esso solo in ultima analisi solleva l'esigenza di un'esposizione scientifica distinta) il profilo causale costante su cui gravita la disciplina autonoma dell'istituto"³⁹⁸. L'interprete dovrà quindi "ricercare, nell'ambito dei contratti, le cause generiche che paiono maggiormente idonee a perseguire bisogni generali" (nel caso degli accordi della crisi coniugale la sistemazione delle ragioni di dare ed avere maturate in costanza di matrimonio), "e quindi le cause specifiche che soddisfano i bisogni <<particolari>> (che possono essere il risolvere una lite, l'adempiere un obbligo, il dividere ciò che è comune). Ed è proprio facendo leva sulla causa generica costante che può riconoscersi autonomia al negozio di composizione della crisi coniugale e "movendo da questa idea unitaria [...] l'interprete è in grado di orientarsi univocamente nella decisione delle questioni dubbie, secondo un chiaro criterio scientifico e non secondo punti di vista parziali e unilaterali"³⁹⁹. Con riferimento agli accordi della crisi coniugale, causa generica è la sistemazione dei rapporti che dalla crisi si originano, sistemazione funzionale alla composizione consensuale

³⁹⁷ CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè, Milano, 1990: "se per causa si intende il bisogno economico sostanziale, e se si riconosce che il soddisfacimento di tale bisogno può articolarsi secondo modalità diverse, a loro volta rispondenti a specifici profili di esercizio dell'attività economica dei soggetti, indirettamente si introduce nel discorso anche la valutazione di una causa sintetica e particolare, che cioè descrive la singola articolazione nel perseguimento del bisogno".

³⁹⁸ PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1955

³⁹⁹ PANUCCIO, cit.

della crisi ed indefettibile nei negozi in esame ed è quindi in essa che va ravvisata la funzione costante degli stessi. Causa specifica e per questo variabile è a seconda dei casi la transazione, la vendita, la permuta, la prestazione in luogo di adempimento, la divisione, la costituzione di un trust e così via.

Tutto ciò "chiarisce in primo luogo il problema della forma: essa non potrà che essere quella propria del contratto utilizzato: a seconda dei casi della compravendita, della transazione e via dicendo"⁴⁰⁰. Stesse conclusioni possono trarsi con riferimento ad altri profili (rimedi esperibili, effetti, azioni...) e così al variare dalla causa specifica varierà la disciplina applicabile. Va però tenuto fermo un punto, quello cioè della necessaria onerosità del negozio che è propria della causa generica e viene a connotare l'intero accordo: "la verità è che nell'ambito di una stessa causa contrattuale le strutture si differenziano con l'arricchimento della strumentazione specifica, ma, come e finché le funzioni particolari sono compatibili con la funzione fondamentale, così le più complesse determinazioni strutturali non alterano la causa del contratto"⁴⁰¹.

Ora, per meglio specificare cosa debba intendersi per causa generica e costante degli accordi della crisi coniugale, essa, come ormai più

⁴⁰⁰ PANUCCIO, cit.: "così già in base alla prima delineazione della costruzione che proponiamo, siamo in grado di risolvere in modo soddisfacente il problema della forma della cessione [...] la cessione debba avere la stessa forma, libera o vincolata del negozio a titolo del quale essa ha luogo".

⁴⁰¹ SANTORO-PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione* in Libertà e autorità nel diritto civile, Padova, 1997

volte ripetuto, deve ravvisarsi nella sistemazione della ragioni di dare ed avere nascenti in costanza di matrimonio e dei rapporti che dalla crisi traggono origine. Anzi, facendo un ulteriore precisazione, deve sottolinearsi come essi servano a "facilitare" tale sistemazione e quindi il componimento consensuale della separazione e del divorzio. Questo è l'intento sempre perseguito dai coniugi nella fase patologica del matrimonio: la volontà costante è quella di utilizzare un uno strumento che consenta di dare risposta rapida e soddisfacente alle esigenze di ciascuna parte ed a tal fine la scelta di utilizzare il contratto appare la più idonea. La realtà giudiziaria italiana spinge e consiglia gli interessati ad evitare l'attesa connaturata a procedimenti lunghi e accidentati ed ad optare per lo strumento più agile del contratto anche a costo di effettuare reciproche rinunce, di concedere alla controparte un qualcosa in più rispetto a ciò che le spetterebbe per legge, di dover scendere a patti con qualcuno con cui si è scelto di non condividere più la pregressa vita comune.

Ai fini che qui interessano, bisogna chiarire che tale causa generica non può considerarsi gratuita. Non vi è intento liberale in colui che al fine di conseguire un proprio vantaggio - che quanto meno è quello di raggiungere in tempi brevi un'intesa soddisfacente - si accorda con il coniuge dal quale vuole separarsi perché a fronte di un trasferimento vi è una controprestazione: il consenso prestato alla definizione

amichevole della crisi. Secondo parte della dottrina “il trasferimento compiuto dal coniuge è [...] correlato ad un vantaggio che egli ha già ottenuto durante il rapporto matrimoniale. Da qui l’esigenza di riequilibrare i patrimoni (ratio, questa, dell’assegno). Ma vi è anche un beneficio immediato per il disponente: l’atto traslativo, avendo la funzione di regolare l’assetto dei rispettivi rapporti di natura economico-patrimoniale, soddisfa un proprio interesse (personale e patrimoniale) alla sistemazione, disciplina e regolazione del complesso quadro dei rapporti familiari susseguenti alla separazione personale o al divorzio”⁴⁰². Sempre in dottrina⁴⁰³, questa volta in generale, si evidenzia come, in alcune fattispecie, a fronte della prestazione di una parte non si pone una controprestazione economicamente valutabile bensì “un vantaggio, un effetto favorevole, rispondente ai bisogni di chi ha effettuato la prestazione”. Questo “non può considerarsi, nell’ambito di una valutazione degli interessi in gioco nel rapporto contrattuale, come un fatto accidentale o eventuale, ma, al contrario, rappresenta un

⁴⁰² GORGONI, cit.

⁴⁰³ MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in Contr. e impr., 1986

dato costante, a cui è funzionalizzata la struttura del rapporto”. È quindi la presenza di tale interesse a giustificare il sacrificio della parte trasferente, interesse che costituisce la causa del contratto⁴⁰⁴. Ancora, “l’esistenza del vantaggio contestuale all’atto dispositivo e la presenza di sacrifici per entrambi i soggetti (uno attuale per il disponente e l’altro già effettuato dall’avente causa), richiede l’applicazione delle norme dettate per gli atti a titolo oneroso”⁴⁰⁵ poichè “chiedono riconoscimento i contributi dati alla conduzione domestica, all’esercizio dell’impresa, della professione, il sostegno offerto nelle relazioni sociali, le rinunce effettuate nell’interesse comune; è in questo momento che si vuole ottenere la restituzione dei beni o di altre risorse economiche erogate a vantaggio dell’altro, o il risarcimento dei danni subiti nel corso della vita in comune”⁴⁰⁶.

Alla luce delle considerazioni sin qui sviluppate si possono trarre alcune conclusioni. Non si può dubitare, lo si ribadisce, della meritevolezza degli accordi che ci occupano che quindi rientrano a

⁴⁰⁴ Sul punto anche GORGONI e ROPPO, *Il contratto*, cit.

⁴⁰⁵ GORGONI, cit.

⁴⁰⁶ GORGONI, cit.

pieno titolo nella previsione dell'articolo 1322 del codice civile; la loro causa, intesa come funzione socio economica è quella di definire i rapporti patrimoniali tra coniugi in occasione della crisi del matrimonio e pertanto possono definirsi a tutti gli effetti veri e propri contratti. Spesso essi richiedono la stipula di ulteriori contratti che servono per attuare il regolamento di interessi voluto dai coniugi e si collegano funzionalmente all'accordo che li prevede ma hanno requisiti loro propri, rispetto ad essi ci si devono porre tutte le questioni in tema di vizi della volontà, di validità, di effetti, di garanzie, di rimedi per l'eventuale inadempimento, di causa che può essere nominata o innominata, di rimedi esperibili dai terzi e così via. Essendo poi essi sempre a titolo oneroso, non trova applicazione la disciplina dettata in tema di donazione, né conseguentemente quella in tema di collazione e di azione di riduzione.

Coloro che vantano un credito nascente da un titolo anteriore alla crisi coniugale non debbono ovviamente risentire alcun pregiudizio né in conseguenza degli accordi patrimoniali tra coniugi né in conseguenza dei successivi negozi che a questi danno attuazione; restano in vita le eventuali garanzie personali o reali che assistono il credito. Invero le ragioni creditorie non possono mutare a seconda della situazione personale dei debitori e quindi a seconda che essi siano felicemente sposati o invece separati o divorziati, a seconda che essi abbiano o

meno figli e a seconda che questi ultimi siano o meno minorenni o maggiorenni non economicamente autosufficienti. Non potrebbe poi privilegiarsi la situazione dei figli di coppie ancora sposate rispetto a quelle dei figli di coppie separate o divorziate. In definitiva, il credito non può essere pregiudicato da eventi ad esso esterni e dipendenti esclusivamente dalla volontà dei debitori.

Laddove l'intento dei coniugi fosse quello di separarsi solo apparentemente, non potrebbe essere esercitata l'azione di simulazione per porre nel nulla i trasferimenti effettuati in attuazione degli accordi in esame poiché si metterebbe in discussione un atto traslativo realmente voluto e realizzato e non un atto simulato. Sarebbe invece esperibile l'azione revocatoria qualora i trasferimenti fossero avvenuti in frode ai creditori i quali allora potrebbero agire con l'onere di dimostrare sia l'*eventus damni* sia il *consilium fraudis*; peraltro trattandosi di operazioni concluse tra familiari (anche se apparentemente ex coniugi) la prova dovrebbe risultare sufficientemente agevole.

Infine occorre occuparsi del rapporto tra l'accordo tra i coniugi ed i successivi negozi attuativi atteso il collegamento tra essi sopra evidenziato. La funzione di "definire" le situazioni patrimoniali a seguito della crisi del matrimonio che ho proposto come causa costante degli accordi di cui al titolo della presente tesi, trova a mio avviso conferma,

quantomeno indiretta, nelle decisioni della giurisprudenza in ordine alla sorte del trasferimento patrimoniale operato in sede di separazione nel caso in cui intervenga la riconciliazione tra i coniugi. Con riferimento ai casi in cui la causa del trasferimento sia transattiva, essa si esaurisce nel momento stesso in cui risolve la lite; la transazione non perde quindi effetti a seguito della riconciliazione. Stesse considerazioni possono farsi con riferimento al caso in cui l'accordo abbia causa donativa o divisoria o in generale sia privo di *expressio causae* o atipico se in tali ultimi due casi è in essi ravvisabile la "causa liquidativa del patrimonio familiare". In tali ipotesi infatti l'atto continua ad essere giustificato anche a seguito della riconciliazione e il suo titolo, valido nel momento in cui si è concluso, non potrà successivamente essere messo in discussione.

Quid iuris se la causa fosse solutoria dell'obbligo di mantenimento? Il trasferimento effettuato in sede di separazione o divorzio sarà stato commisurato non solo alle condizioni economiche delle parti interessate, ma anche alla presumibile durata della loro vita. Se prima di questo termine interviene la riconciliazione, il trasferimento potrebbe essere considerato esuberante rispetto al valore delle prestazioni che si sarebbero dovute prestare dal giorno della separazione o del divorzio a quello della riconciliazione. Essa, infatti, senza alcun dubbio,

fa cessare, fra gli altri effetti, l'obbligo di mantenimento. La questione era stata già risolta molti anni fa dalla Corte di Cassazione⁴⁰⁷ la quale aveva stabilito che "qualora tra i coniugi si convenga, con pattuizione facente parte dell'accordo di separazione consensuale, che l'obbligazione di mantenimento sia adempiuta, anziché a mezzo di una prestazione patrimoniale periodica, con l'attribuzione definitiva di beni, mobili o immobili, o di capitali in danaro, l'esecuzione di tale attribuzione estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione [...]. A tale efficacia estintiva non ostano né il rilievo che lo stato di separazione ha carattere essenzialmente non permanente, né il rilievo che a carico del coniuge può sorgere successivamente l'obbligazione di alimenti. La riconciliazione, infatti, ha come effetto suo proprio la cessazione della separazione, e non altro. La cessazione dell'efficacia delle pattuizioni patrimoniali stipulate all'atto di separazione non è effetto necessario della riconciliazione [...] ma può derivare soltanto da

⁴⁰⁷ Cass. 3299/1972

un nuovo assetto delle posizioni patrimoniali dei coniugi, che potrà essere raggiunto o convenzionalmente o giudizialmente con riferimento alla situazione successiva alla riconciliazione, ma non è diretta conseguenza di questa.[...] Deve essere confermato, quindi, che l'obbligazione di mantenimento può validamente essere estinta, all'atto della separazione consensuale tra coniugi, con un'attribuzione definitiva di beni e che tale attribuzione non può, quindi, essere considerata priva di causa". Nello stesso senso, alcuni anni dopo, si è espresso anche un Tribunale, il quale, fra l'altro, ha evidenziato come la riconciliazione non abbia effetto retroattivo⁴⁰⁸. Se tali sentenze hanno avuto riguardo alla separazione, è evidente come le argomentazioni in esse svolte debbano riferirsi, a maggior ragione,

⁴⁰⁸ Sul punto, anche Trib. Pistoia 1 febbraio 1996: "Deve ritenersi [...] che alla riconciliazione consegua, sotto il profilo del regime patrimoniale della famiglia, la ricostituzione automatica della comunione legale, la quale opera peraltro non con efficacia retroattiva ma solo dal momento della riconciliazione effettiva (salvo verifica dell'opponibilità a terzi) e quindi per il futuro. E' da escludere, invece, che costituiscano, a differenza di quelli fin qui enumerati, effetti della sentenza di separazione (o del decreto di omologazione della separazione consensuale) i negozi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti; i medesimi, infatti, benché stipulati in occasione della separazione e per dare definizione ad ogni questione insorgente in ordine alla stessa, non costituiscono contenuto necessario del verbale di separazione ma possono dar luogo ad accordi stragiudiziali e gli effetti propri del negozio non sono, anche nell'ipotesi in cui lo stesso sia inserito nel verbale, in alcun modo condizionati dall'omologazione. Conseguisce che la riconciliazione non fa venir meno gli effetti dei contratti di trasferimento di beni (così come del resto non fa venire meno gli effetti della divisione dei beni in comunione legale – divisione che può costituire causa della attribuzioni di beni in sede di separazione – posto che la ricostituzione della comunione opera solo per il futuro".

anche al caso in cui, a seguito del divorzio, gli ex coniugi decidano di riprendere la loro comunione di vita.

Sul punto poi è concorde anche la dottrina: “l’art. 157 c.c., nel disciplinare le conseguenze della riconciliazione, si limita a prevedere la cessazione degli effetti della separazione, cui non possono certo ricondursi quelle condizioni alla vigenza della quali i coniugi avevano a loro tempo condizionato il proprio assenso ad una definizione amichevole del conflitto coniugale, condizioni fra le quali rientra, in primo luogo, l’eventuale effettuazione di prestazioni in unica soluzione (ivi compreso, ovviamente, l’eventuale compimento di negozi traslativi)”⁴⁰⁹ e “il contenuto stesso e gli effetti dell’accordo [traslativo] fanno presumere che le parti abbiano intese procedere ad una regolamentazione definitiva. Un diverso intendimento [...] dovrebbe emergere con chiarezza”⁴¹⁰, ancora “la riconciliazione, anche per il suo

⁴⁰⁹ OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, cit.

⁴¹⁰ DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit.

carattere 'informale', opera sul piano personale e non sui rapporti patrimoniali tra coniugi"⁴¹¹.

INDICE BIBLIOGRAFICO

A

ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Giuffrè, Milano, 1979

ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997

ANGELONI, *Separazione fra coniugi e divisione dei beni*, in *Contr. e impr.*, 1991

ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Giuffrè, Milano, 1998

⁴¹¹ DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit. Concorde anche BRIGUGLIO, *Separazione personale dei coniugi (diritto civile)*, 1970, mentre contrario ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono da matrimonio e la separazione dei coniugi*, 1982, secondo cui, a seguito della riconciliazione, occorrerebbe "pensare ad atti di restituzione".

AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 2005

AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Zanichelli, 1995

AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2003

ANDRINI, *La autonomia privata dei coniugi fra status e contratto*, Giappichelli, Torino, 2005

ANDRINI, *Gli accordi di separazione e di divorzio* in *Diritto.net*

ARCIERI, *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto a ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, in *Fam. e Dir.*, 2008

ASTONE, *Destinazione di beni allo scopo, Fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2010

B

BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. Giur.*, 2000

BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *RDC*, 2010

BALESTRA, *Accertamento della filiazione naturale e transigibilità dei diritti successori tra indisponibilità e autonomia*, in *Contr. e impr.*, 2000

BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, III, 2

BARCELLONA, *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc.Dir.*, XVI

BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. Dir. Civ.*,

BECHINI, *Le convenzioni matrimoniali*

BENEDETTI, *La rescissione*, in *Tratt. Dir. Priv. diretto da Rescigno* 7, 2ed. Utet, Torino, 2005

BERGAMINI, *Appunti sull'autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza della separazione consensuale ed in vista di un futuro divorzio*, in Giust. Civ., I, 1974

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1996

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corretta della II edizione, Napoli, 1994

BIANCA, *Diritto Civile 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005 ed. 2001

BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il cinquecento*, Torino, 1997

BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*

BRIGNONE-TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi*, in *i Contratti gratuiti*, a cura di Mazza-Palazzo, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli.

BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in Dig. Sez. civ., vol. XVIII, Torino, 1998

BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, in Riv. Not., n.1

BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in Enc. Dir., X, Milano, 1962

C

CAPOBIANCO, *Crisi familiare e autonomia privata*, in Rass. Dir. Civ., 2003, IV

CAPONI, *La crisi coniugale tra contratto e giudice. Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio nella crisi coniugale)*, in Foro It., 2008, V, c.163

CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, in *Corr. Giur.*, 1992.

CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, 2006

CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, Giuffrè, Milano, 1995

CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, in *Famiglia e diritto*, 1997

CARRESI, *La cessione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1997

CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001

CATTANEO, *Del regime di separazione dei beni*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, 1, I, Padova, 1977

CATTENEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*

CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del menage*, Padova, 1999

CECCHERINI- GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata, I contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Cedam, 2013

CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. Civ.*, 1996, II;

CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Giuffrè, 2011

CHECCHINI, *L'interesse a donare* in *Riv. Dir. Civ.* 1976, I

CICU, *Il diritto di famiglia nello stato fascista*, in *scritti minori di Antonio Cicu*, I, 1, Milano, 1965

CICU, *Il diritto di famiglia*, Athenaeum, Roma, 1914

COMPORITI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, FI, V, 1995

CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè, Milano, 1990:

CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu-Messineo, VI, tomo I, sez. 1, Milano, 1979

COSTANZA, *Rapporti patrimoniali ed autonomia privata*, in *Il nuovo diritto di famiglia*. Trattato, a cura di Ferrando, II, Rapporti personali e patrimoniali, Bologna, 2008

CUBEDDU, *Autonomia privata e regimi patrimoniali*, Giappichelli.

D

DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, 2012

DE CRESCENZIO, *Gli accordi prematrimoniali e la nuova stagione delle convenzioni matrimoniali*, in *Gazzetta Notarile*, Numero 10/12, Ottobre/Dicembre 2013

DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di Rescigno*, 1998

DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Principi generali. I rapporti patrimoniali tra coniugi, II, ed. Giuffrè, Milano, 1996

DE PAOLA e **MACRI**, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978

DE PAOLA, *I trasferimenti immobiliari nella crisi coniugale*, relazione presentata all'incontro di studio sul tema: Temi attuali del diritto di famiglia, organizzato dal CSM e tenuto a Frascati dal 28 al 30 ottobre 1999

DE RUBERTIS, *Le convenzioni matrimoniali in generale*, in *Vita not.*, 1975

DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, Ipsoa, Milano, 1997

DORIA, *Atti di disposizione tra coniugi e causa familiare*, in *Vita not.*, 2001, I,

DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996

DORIA, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. Fam. E pers.*, 1992

E

EMILIOZZI, *Autonomia contrattuale ed invalidità del matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2001

F

FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, I

FALZEA, *La separazione personale*, Giuffrè, Milano, 1943

FASANO, *L'autonomia privata dei coniugi e il controllo giudiziale*, in *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, Fasano, Rossano, Giappichelli Editore, Torino, 2010

FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001,4

FERRANDO, *Art. 158-separazione consensuale*, in Balestra L., *Della famiglia*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli E., Utet, Torino 2010

FERRANDO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari. L'evoluzione nell'ultimo trentennio*, in Dogliotti-Braun, *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003

FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore Schlesinger*, I, Giuffrè, Milano, 2004

FASANO, *L'autonomia privata dei coniugi e il controllo giudiziale*, in *Rapporti patrimoniali e crisi coniugale*, Fasano, Rossano, Giappichelli Editore, Torino, 2010

FERRI, *Il diritto statale e il suo doppio*, in *Oltre il diritto*, a cura di Costanza, Padova, 1994

FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1984

FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in Comm. Cod. Civ., Scialoja-Branca, a cura di Galgano, artt. 48-158, Bologna-Roma, 1993

GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, 1996

G

GABRIELLI-CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1987

GALASSO-TAMBURELLO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, I, artt. 159-230, in Comm. al Codice civile Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1999

GALLETTA, *I regolamenti patrimoniali tra coniugi*, Napoli, 1990

GATT, *Convenzioni matrimoniali: verso il superamento dell'orientamento dominante della Cassazione*, in FPS, 2009.

GATT, *Oneri*

GIACOBBE-VIRCADAMO, *Le persone e la famiglia*, UTET, 2011

GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in ED, VI, 1960

GIUNGHÌ, *Brevi note sull'autonomia privata dei coniugi nei rapporti familiari*, in *Regime patrimoniale della famiglia*, Maggioli, 2009

GORGONI, *Accordi a latere della separazione e del divorzio tra regole di validità e di comportamento*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 12

GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pag. 206

GRASSETTI, *Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi*, in *Commentario Cian, Oppo, Trabucchi*, II, Cedam, Padova, 1992

GRASSO, *La comunione convenzionale*, in Tratt. Dir. Civ. diretto da Rescigno, III, 1982

GRASSO, *Il regime patrimoniale della famiglia in generale*, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, III, Torino, 1982;

I

IRTI, *Della comunione convenzionale*, in Comm, I,1

IEVA, *Trasferimenti mobiliari ed immobiliari in sede di separazione e di divorzio*, in Riv. Not., n.3, 1995

J

JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in Annali del Seminario giuridico, III, Napoli, 1949

L

LIPARI, *Il matrimonio*, in Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma, a cura di Belvedere-Granelli, Cedam, Padova, 1996

LISERRE, *Autonomia negoziale ed obbligo di mantenimento del coniuge separato*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1975

M

MAIORCA, *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in NN.D.I., app. VI, Torino, 1986

MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, Utet, Torino, 1962

MANCINI, *Trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione e divorzio. Inquadramento sistematico, uso ed abuso*, in Riv. Not., 2009, VI

MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario della causa donandi*, in Contr. e impr., 1985

MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. Disciplina sostanziale*, in Enc. giur., vol. XXVIII, Roma, 1992

MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, diretto da G. Ferrando, vol. I, Utet 2001

MARTINI, *Il concetto del negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in Giur. Ital., 1946

MARTINO, *Collegamento negoziale e pagamento traslativo nella revocatoria dei trasferimenti immobiliari realizzati tra coniugi in occasione della separazione consensuale*, in NGCC, 2007, I

MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in Riv. Not., n. 2

MESSINEO, *Convenzione (dir. Priv.)*, in Enc. Dir. X, Milano 1962

MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, **Giuffè, Milano, 1996**

MORACE-PINELLI, *Separazione consensuale e negozi atipici familiari*, in Giur. it., 1994,

MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996

MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in Fam. Dir., 1994

MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della presentazione non onerosa*, Milano, 1998

MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, in Enc. dir., 1989

MOSCARINI, *Convenzioni matrimoniali in generale*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Padova, 1989, pp 1004 ss

MURGO, *L'autonomia negoziale nella crisi della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2006;

N

NICOSIA, *Institutiones*, Profili di diritto privato romano

O

OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, 1999;

OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. E dir.* 2003, 5

OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, Relazione del 2011

OBERTO, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, FD, 2000

OBERTO, sub art. 159, *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di Balestra, artt. 177-342 ter, Torino, 2010

OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. E dir.* 2003, 5

P

- PALERMO**, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano 1970,
- PALMA**, *Note critiche sul concetto di causa*, in *Roma e America diritto romano comune*, 12, 2001
- PALMERI**, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001
- PANUCCIO**, *La cessione volontaria dei crediti*, Giuffrè, Milano, 1955
- PATTI**, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Tratt. Dir. Fam. Diretto da Zatti*, vol. III, Milano, 2002;
- PERLINGIERI**, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, ESI, Napoli, 1982
- PICCIOTTI**, *Accordi patrimoniali e cause di divorzio*, in *Dir. Giur.*, 1973
- PINTO**, *La separazione consensuale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da Ferrando, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Zanichelli, Bologna, 2007
- PROSPERI**, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1997
- PROTO PISANI**, *La crisi coniugale tra contratto e giudice. Il diritto alla separazione e al divorzio da diritto* in *Foro It.* 2008
- PUGLIATTI**, *I fatti giuridici*, revisione e aggiornamento di Falzea, Milano, 1996
- PUGLIATTI**, *Nuovi aspetti del problema della causa*; LA LUMIA;
- PUGLIATTI**, *Fiducia e rappresentanza indiretta*; BETTI, *Teoria*; DE

Q

- QUADRI**, *Famiglia e ordinamento civile*, Giappichelli, 1997
QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001
QUADRI, *Problemi di diritto privato*, Napoli, 2002

R

RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale, il Diritto privato nella giurisprudenza a cura di Paolo Cendon*, VI, Utet, Torino, 2000

RESCIGNO, *Contratto in generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988

RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996

RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della mediazione familiare*, in *Matrimonio e famiglia, Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000

RINALDI-VITULLO, *Trasferimenti immobiliari nella separazione e divorzio*, Maggioli Editore, 2014

ROPPO, Voce *Convenzioni matrimoniali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. IX, Roma, 1988

ROSSI CARLEO, *La separazione ed il divorzio*, in *Trattato Bessone*, IV, *Il diritto di famiglia*, 1, Giappichelli, Torino, 1999

ROTA-BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Giuffrè, 2007

RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991

RUSCELLO, *I rapporti personali*, Giuffrè, Milano, 2000

RUSSO, *Negoziio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 1831/1987 per l'applicazione*

dell'accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio), in *Dir. Fam. Pers.*, 1989

RUSSO, *Convenzioni matrimoniali e altri saggi nel nuovo diritto di famiglia*, 1983;

RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali (artt. 159-166 bis)*, in *Il codice civile commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, Milano, 2004

RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983

RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e crisi della famiglia*, Napoli, 2001

RUSSO, *Le Convenzioni matrimoniali*, ID., *Gli effetti inderogabili del matrimonio (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. Civ.*, 2004

RUSSO, *Gli atti determinativi di obblighi legali nel diritto di famiglia*, pp. 155 e ss.

S

SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia*, Comm. alla riforma del diritto di famiglia a cura di Cassaro-Oppo-Trabucchi, Padova, 1977, I, 1, sub art. 159

SACCO, sub art. 160, in *Comm. al dir. it. Della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992

SALA, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1996

SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961

SANTORO PASSARELLI, in *Comm. Dir. Ital. Fam.*, II,

SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Commentario Utet*, libro I, 1, parte 3, Torino, 1983

SCAGLIONE, *La causa degli accordi traslativi in occasione della separazione personale tra coniugi*, in Giur. It., 1999.

SCARDULLA, *La separazione personale e il divorzio*, Milano 1996;

SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in Giur. it, 1999

SMIROLDO, *Effetti dello scioglimento*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, II, Milano, 1989

SPINELLI E PARENTE, *Le convenzioni matrimoniali in genere*, in *I rapporti patrimoniali della famiglia*, I, *Le convenzioni matrimoniali*, Bari, 1987

T

TESTA, *Rapporti patrimoniali e famiglia nell'evoluzione interpretativa della riforma del diritto di famiglia*, 2010, Ipsoa

TRIMARCHI, *Accordo*, in *Enc. Dir.*, I, 1958

V

VALIGNANI, *I limiti dell'autonomia privata dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali*, in *Famiglia*, 2001.

Z

ZANINI, *Contratti coniugali*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, volume III, *Persone e famiglia*, I, *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon

ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in Tratt. Dir. Priv. diretto da Rescigno, III, 2, 1996

ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, Riv. Dir. Civ., 2001, I.

ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, nota a Cass. 7044/1988