

PROFILI CAUSALI DEGLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE

È ormai prassi diffusa quella dei coniugi, in occasione dell'allentamento o dello scioglimento del vincolo matrimoniale, di ricorrere, sempre che sussista fra gli stessi un clima ancora amichevole, alla regolamentazione pattizia dei reciproci rapporti patrimoniali che dalla crisi traggono origine. Le intese dagli stessi raggiunte possono avere il contenuto più variegato, possono infatti contenere trasferimenti mobiliari o immobiliari, ad effetti reali od obbligatori, immediati o differiti, ovvero la costituzione di diritti reali di godimento o attribuzioni di qualunque genere, anche di una somma di denaro capitalizzata. Quanto ai destinatari di tali pattuizioni, essi possono essere uno o entrambi i coniugi ovvero anche un terzo, in primo luogo un figlio o anche un trust di cui questi siano beneficiari.

Può quindi ormai sostenersi come sia una pratica in via di diffusione quella di regolare al di fuori del processo le pretese di dare ed avere nascenti dal matrimonio o perché i coniugi decidono di definirle autonomamente o perché modificano in un momento successivo le intese raggiunte dinanzi al giudice in sede di separazione consensuale o divorzio congiunto. Tali intese svolgono una funzione fondamentale, ovvero quella di facilitare la definizione consensuale degli interessi patrimoniali tra coniugi nel momento in cui la comunione di vita e di affetti viene a cessare.

Per inciso, le pattuizioni in esame sono inserite fra quelle eventuali degli accordi di separazione e divorzio: rispetto ad essi può infatti distinguersi un contenuto essenziale (intesa di vivere separati o di sciogliere il vincolo e pattuizioni concernenti la prole) ed un contenuto volontario (insieme delle altre condizioni, di natura personale o patrimoniale, inerenti la crisi). Possono inoltre essere oggetto di accordi *a latere* rispetto alle procedure giudiziali.

L'autonomia privata si è quindi ritagliata nella fase patologica del matrimonio un considerevole spazio di azione e ormai può considerarsi la principale fonte della regolamentazione della crisi tanto con riferimento alle pattuizioni di natura personale (accordo sul vivere separati, sul porre fine alla comunione di vita materiale e spirituale, sull'affidamento dei figli) quanto, per ciò che qui interessa, con riferimento alle pattuizioni di natura economico-patrimoniale (assegnazione della casa familiare, divisione del patrimonio comune, modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento a favore del coniuge debole o della prole minorenni o maggiorenne non economicamente autosufficiente).

Tutto ciò accade nonostante il silenzio del legislatore il quale, in tale ambito, a differenza di quanto accade per la fase fisiologica del coniugio (rispetto alla quale vari sono gli strumenti forniti, dalla convenzioni al fondo patrimoniale) ha previsto esclusivamente una norma (l'art. 5, comma VIII, l. div.) che permette, in sede di divorzio, al coniuge tenuto al mantenimento dell'altro di adempiere tale obbligo, previo accordo fra le parti, tramite la corresponsione in unica soluzione, se ritenuta equa del tribunale ed in tal caso non potrà essere richiesta alcuna successiva domanda avente contenuto economico. Per il resto la legge disciplina solo aspetti marginali (quale quello fiscale).

Per inciso può qui dirsi che non sono assimilabili agli accordi in esame quelli conclusi in vista di una crisi futura e meramente eventuale in quanto ontologicamente diversi (diversità, fra l'altro, più volte ribadita anche a livello giurisprudenziale), non trovando la loro causa nella separazione o nel divorzio e venendo anzi ad esistenza in un momento in cui questi sono ancora lontani (prima del matrimonio o nella fase fisiologica dello stesso o ancora in sede di separazione e in vista del futuro divorzio). Rispetto ad essi i nodi da sciogliere sono altri: qui si tratta di verificare che essi non incidano sulla scelta libera di modificare il proprio status e sull'indisponibilità preventiva di un diritto futuro.

Il problema da affrontare con riferimento agli accordi della crisi coniugale è comune a quello riguardante qualunque negozio innominato: essi sono leciti anche se non tipizzati a livello legislativo perché rientranti nel generale disposto dell'art. 1322 c.c. purché siano rispettati alcuni requisiti fondamentali, ovvero la meritevolezza dell'interesse perseguito, la conformità alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume ed infine l'esistenza di una giustificazione economico-sociale che renda lo stesso valido dinanzi all'ordinamento giuridico. Si tratta ora di verificare la sussistenza di tali condizioni e, in definitiva, verificare la presenza e la natura della causa giuridica di tali accordi.

Tale verifica non è puramente teorica in quanto da essa discende la disciplina applicabile al caso concreto ed è quindi il punto di partenza per risolvere le questioni che possono sorgere con riferimento agli accordi in esame: si pensi al caso in cui questi siano conclusi al solo fine di frodare eventuali creditori, pubblici o privati, o per aggirare le norme previste in tema di successione ereditaria. Ci si chiede in particolar modo se essi siano o meno riconducibili ad una fattispecie tipica ma, ancor prima, se essi siano da considerarsi a titolo oneroso ovvero gratuito ciò anche perché spesso essi sono privi di *expressio causae*. Solo fornendo una risposta a tali quesiti potranno individuarsi i rimedi esperibili avverso tali atti e quindi stabilire il loro trattamento giuridico. L'analisi è aggravata dalla ineliminabile

presenza di un intreccio indissolubile fra la sfera emotiva e la sfera giuridica, fra situazioni affettivo-esistenziali e situazioni economico-patrimoniali maturate nel tempo.

Preliminarmente occorre chiarire che il concetto di causa, nonostante esso sia tuttora oggetto di un vivace dibattito e stia vivendo una fase di “crisi”, svolge due diverse funzioni: da un lato, quello della liceità, giustifica la validità e l’efficacia di un atto se conforme a quanto prescritto da norme imperative, ordine pubblico e buon costume e dall’altro, ovvero quello del tipo causale, giustifica l’atto in quanto rispondente ad una funzione economico-sociale ritenuta meritevole.

Quanto alla prima funzione, se non può ormai dubitarsi della piena liceità degli accordi della crisi coniugale, il percorso per arrivare a tale convincimento non è stato né breve né lineare. Il codice del 1942 prevedeva una limitata autonomia negoziale dei coniugi, circoscrivendola alla fase fisiologica del matrimonio: assoluta centralità nel diritto patrimoniale di famiglia era rivestita dalle convenzioni matrimoniali, affiancate dai regimi della dote e delle donazioni obnuziali. Il mutare dei costumi ha portato allo sgretolamento, dal punto di vista giuridico, di tale quadro di riferimento. Già la Costituzione del 1948 ha imposto l’abbandono della concezione istituzionale della famiglia (governata dalla logica degli status, dalla configurazione dell’interesse familiare quale superiore a quello dei singoli membri, da una struttura fortemente gerarchica e quindi incompatibile con l’idea di parità propria del contratto, dalla sottomissione della donna, dal potere sulla prole) a favore della concezione, non a caso, detta costituzionale basata su una struttura paritaria dell’organismo familiare. Viene così meno l’assunto della totale indisponibilità delle situazioni giuridiche familiari e quindi l’inconciliabilità con la dimensione contrattuale, anche grazie al venir meno di un interesse superiore a favore di quello individuale dei singoli componenti la famiglia e ad una rilettura dell’art. 160 c.c. (che vieta sì di derogare ai diritti e agli obblighi derivanti per legge dal matrimonio ma non di poter esercitare liberamente il potere dispositivo privato al fine di attuare il precetto normativo). Nel 1970 viene intaccato anche il dogma dell’indissolubilità del vincolo, presidio fondamentale sul quale si basava l’impossibilità di ricondurre il diritto familiare *sic et simpliciter* al diritto privato e quindi il matrimonio all’atto di manifestazione della volontà. Nel 1973 viene abolito il divieto di donazioni fra coniugi e ciò legittima qualsiasi attività negoziale fra gli stessi. La riforma del 1975 consolida tale tendenza istituendo l’indirizzo concordato all’art. 143 c.c.: il paradigma della famiglia non è più la sottomissione al potere autoritario del capo bensì l’accordo e l’intervento del giudice è relegato ai casi di disaccordo. L’ormai permessa negozialità viene indirettamente confermata dall’introduzione, nel 1987, del

divorzio su domanda congiunta. L'accordo diviene, a tutti gli effetti, il mezzo preferito per la regolamentazione dei rapporti familiari tanto che in dottrina si è parlato di privatizzazione del diritto di famiglia. Infine la l. 132/2014 ha stravolto il rapporto fra autonomia delle parti e intervento giudiziale a netto favore della prima prevedendo la negoziazione assistita da parte dei difensori legali.

L'accordo deve inoltre essere qualificato quale contratto, nonostante vi sia ancora qualche voce discordante sul presupposto della specialità del diritto di famiglia: esso rientra infatti negli artt. 1321 e 1324 c.c. e sul punto è conforme la giurisprudenza di legittimità. Tale assunto ha consentito di qualificare come giuridiche situazioni in passato non considerate tali dal legislatore e di permettere ai privati di disciplinare liberamente i loro interessi, con gli strumenti più idonei. Ciò non toglie che debba sempre tenersi conto della particolarità dei contratti in esame, che possono coinvolgere soggetti deboli e vulnerabili. Gli accordi della crisi coniugale non possono invece essere ricompresi nella categoria delle convenzioni matrimoniali in quanto loro funzione non è quella di modificare il regime patrimoniale legale della famiglia.

Per quanto riguarda il rispetto delle norme imperative, si deve innanzitutto specificare come esse debbano oggi considerarsi, in tale materia, meno numerose di quanto non avveniva in passato. Allora si parlava, come detto, di interesse superiore o quantomeno collettivo mentre attualmente non può porsi in discussione il fatto che si tratti di interessi individuali del singolo membro. Deve anche cadere la netta distinzione fra famiglia e mercato: anche in questo viene ormai tutelata la parte debole e anche i valori solidaristici ed altruistici vengono in esso in considerazione. La specialità del diritto di famiglia rimane dunque solo la preponderante presenza di interessi di natura personale. Così indisponibile è sicuramente lo status familiare. È inoltre inderogabile la norma dell'art. 160 c.c., pur se di essa non è chiaro il contenuto e l'ambito di applicazione (essa seppur dettata con specifico riferimento alle convenzioni matrimoniali e alla fase fisiologica del coniugio è stata riferita ad ogni accordo fra i coniugi compresi quelli della crisi): esso deve intendersi riferito esclusivamente alle disposizioni inerenti la prole e lo stretto diritto alimentare a favore del coniuge bisognoso, dovendosi invece considerare (nonostante dottrina contraria) disponibile e quindi rinunciabile il diritto di mantenimento a favore del coniuge. Vi sono inoltre norme fiscali che non possono essere violate.

Una volta riscontrata la liceità della causa, occorre passare all'analisi della seconda funzione di tale concetto giuridico e quindi interrogarsi circa la riconducibilità o meno degli accordi della crisi coniugale ad una fattispecie tipica, al fine di determinare la

disciplina ad essi applicabile. La frequente assenza di una controprestazione potrebbe far pensare alla causa liberale, accostamento questo avallato da alcune remote pronunce di merito ma negato dalla Corte di Cassazione per l'assenza di animus donandi. Se ciò è vero, non è però condivisibile addurre a sostegno di tale esclusione la presenza di un clima conflittuale tra le parti: oltre al fatto che un dissidio non è di ostacolo alla liberalità, in tale contesto i coniugi, seppur decisi a non condividere più la comunione di vita materiale e spirituale, sono in rapporti amichevoli, indice ne sia la scelta della separazione consensuale o del divorzio congiunto (e non della separazione giudiziale o del divorzio contenzioso). La ragione per cui non può qui ravvisarsi animus donandi e in generale non può considerarsi l'accordo della crisi a titolo gratuito è perché esso risponde ad una più generale sistemazione dei rapporti giuridici nascenti in occasione dell'allentamento o dello scioglimento del vincolo e di conseguenza vi è sempre una controprestazione: l'assenso ad una definizione consensuale della crisi. Deve quindi escludersi spirito di liberalità anche nel caso in cui una prestazione ecceda il valore dell'altra e le stesse considerazioni valgono nel caso in cui l'attribuzione fosse a favore dei figli. Senza poi soffermarsi sui problemi che sorgerebbero, qualificando tali accordi come liberali, a proposito del preliminare di donazione (sarebbe infatti nullo l'accordo obbligatorio), della forma prescritta (atto pubblico alla presenza di due testimoni) e ai rimedi esperibili (riduzione, collazione, revocazione, revocatoria con l'onere di provare solo *eventus damni*). Laddove poi si volessero ammettere eccezioni, queste sarebbero da considerarsi nella maggior parte dei casi donazioni remuneratorie o adempimento di obbligazioni naturali. Ciò non esclude che a latere della separazione o del divorzio vengano effettuate liberalità, ma esse saranno solo occasionate e non causate della crisi coniugale. *Quid iuris* però nel caso in cui i coniugi hanno indicato espressamente, quale causa del loro accordo, la donazione? A mio avviso, l'atto deve qualificarsi come preliminare di cessione, non potendosi considerare liberalità (nonostante la volontà manifestata dalle parti) in quanto esso è sempre a titolo oneroso (perché strumentale al raggiungimento dell'intesa) e poi, se quello fosse effettivamente l'intento, non si vedrebbe la necessità di un loro preventivo accordo in tal senso.

L'esistenza di una possibile res litigiosa potrebbe indurre a rinvenire, ed in effetti più volte è stata dalla giurisprudenza rinvenuta, negli accordi in esame una transazione. Avverso tale ricostruzione sono state mosse varie critiche; si è detto che ciò non sarebbe possibile per la natura indisponibile degli interessi in gioco (ma, si è detto, salve eccezioni, che tali interessi sono invece disponibili). È vero poi che non sempre sussiste una lite (né questa può dedursi dal semplice fatto della crisi matrimoniale), ma è pur vero che tale circostanza

non è da escludere. Si è anche sostenuto come non siano sempre riscontrabili reciproche concessioni e che la definitività e preclusività proprie della transazione siano incompatibili con la natura *rebus sic stantibus* degli accordi in esame. Nessuna di queste critiche è convincente al punto da negare, qualora ne sussistano i presupposti, che sia effettivamente individuabile negli accordi della crisi coniugale una fattispecie transattiva. Ciò che deve sottolinearsi è che, come si dirà con riferimento alle altre cause tipiche, essa non è sempre sussistente: a tal fine occorre un'analisi casistica.

La causa potrebbe senza dubbio essere solutoria (concorde la giurisprudenza): una *datio in solutum* degli obblighi di mantenimento a favore del coniuge debole o della prole. Anche tale causa non è però propria della generalità degli accordi della crisi coniugale: non sempre vi sono obblighi da adempiere e, se sussistenti, essi dovrebbero essere certi nel loro ammontare (condizione non sempre soddisfatta); tale causa, in quanto esterna, dovrebbe poi essere espressa.

Nulla esclude, ancora, che l'intento delle parti sia quello di procedere ad una divisione concordata del patrimonio comune, sempre che esso sussista e che sia già avvenuto il passaggio da comunione legale a comunione ordinaria. La causa divisoria può poi risultare commista a quella transattiva. È invece da escludere la qualificazione, avanzata in dottrina, di tali accordi come negozi di determinativi del contenuto di obblighi legali poiché essi avrebbero l'efficacia limitata dei negozi di accertamento ed un contenuto troppo ristretto, dovendo esso esser ricondotto alla presenza di un dovere di legge (non sempre esistente).

La giurisprudenza ha poi percorso la strada del contratto atipico: gli accordi della crisi, non essendo previsti da alcuna norma, rientrano nel disposto dell'art. 1322 e sono quindi meritevoli di tutela in quanto volti a regolare le ragioni di dare ed avere connaturate alla fine del matrimonio. A tal proposito, può osservarsi che la tipicità non è solo quella legale ma anche quella sociale e negli accordi della crisi coniugale è senza dubbio riscontrabile questa seconda, per la loro diffusione nella prassi. Inoltre, come detto, causa tipiche sono, nel caso concreto, riscontrabili.

Per avvicinarsi alla soluzione del problema relativo all'individuazione della causa degli accordi della crisi coniugale, bisogna rivalutare i motivi dell'atto (che possono assumere rilevanza ed aiutare a comprendere le finalità delle parti) e la teoria della causa concreta (intesa quale ragione fondante l'esistenza di uno specifico contratto alla luce delle situazioni specifiche che lo connotano e degli interessi da esso espressi). La dottrina ha così elaborato la teoria della "causa familiare" (caratterizzata dalla sintesi delle ragioni personali, patrimoniali, affettive e da quelle derivanti da rapporti pregressi, ragioni che

contaminano i termini, gli elementi e gli effetti della fattispecie traslativa) e di “causa tipica di definizione della crisi coniugale” (caratterizzata dalla definitiva sistemazione, in considerazione della crisi, delle pendenze originate dalla vita in comune, quale condizione per la definizione consensuale della crisi). Se la prima teoria è eccessivamente generica, potendo riferirsi a qualunque accordo fra coniugi (anche concluso durante la fase fisiologica del rapporto), la seconda, seppur con le precisazioni che seguiranno, deve essere condivisa.

Come anticipato, il processo di individuazione della causa giuridica degli accordi in esame è aggravato dalla frequente assenza di *expressio causae* e quindi di una giustificazione esplicita del trasferimento. Ciò nonostante vige nel nostro ordinamento il principio di necessaria causalità dei negozi giuridici, introdotto dal codice del 1942. Sono state a tal proposito proposte varie soluzioni. Si è così parlato in passato di causa remota ovvero di una causa basata sull'esistenza di presupposti rapporti giuridici (preesistenti, coevi o futuri) capaci di incidere sul rapporto dipendente (il venir meno del presupposto porrebbe nel nulla il negozio principale). Simile alla causa remota è la teoria della causa esterna, riferita a negozi la cui concreta operatività dipende dall'esistenza di un elemento estraneo agli stessi. Si tratterebbe quindi di negozi che troverebbero la loro giustificazione *per relationem* ad altri atti o a disposizioni di legge cui le parti dovrebbero però far riferimento. Si potrebbe poi ricorrere anche alle teorie della presupposizione, del pagamento traslativo ma a tutte le soluzioni proposte al problema dell'assenza di *expressio causae* può muoversi una critica comune: esse presuppongono l'esistenza di un obbligo (in tal caso dell'obbligo di mantenimento), condizione non sempre soddisfatta, limitando quindi oltre modo il contenuto degli accordi della crisi coniugale. In realtà occorre considerare che la causa è sempre sussistente in quanto identificabile nella sistemazione dei rapporti nascenti dall'allentamento o dallo scioglimento del vincolo al fine di una definizione consensuale del dissidio: quindi essa, seppur non esplicitata, potrà facilmente essere ravvisata collegando l'atto con le pendenti o appena concluse o *in nuce* procedure di separazione e divorzio. Viene così scongiurato il rischio di nullità del contratto, conseguenza questa dell'assenza di causa.

La tematica degli accordi della crisi coniugale è poi legata all'istituto del collegamento negoziale: esso sussiste fra pattuizioni inerenti il contenuto essenziale e pattuizioni inerenti il contenuto eventuale, fra l'accordo e il provvedimento giurisdizionale, fra l'intesa raggiunta dinanzi al giudice e il successivo rogito notarile (gli accordi infatti presentano spesso una struttura programmatica, necessitando di una successiva attuazione) ed infine

fra i vari accordi assunti per far fronte alla crisi matrimoniale. L'esistenza del collegamento, se da un lato può facilitare la ricerca della causa, dall'altro ha ricadute sulla stabilità delle singole pattuizioni (se il collegamento fosse da qualificarsi necessario, cadendo la pattuizione presupposta cadrebbe quella dipendente).

Prima di chiarire definitivamente quale sia il profilo causale degli accordi della crisi coniugale, occorre esaminare le conseguenze in termini di disciplina; difatti lo scopo ultimo di tale analisi non può che essere quello di risolvere le questioni nascenti nella pratica di tutti i giorni. Quanto alla forma, essa è libera, tranne che non ne sia imposta una specifica dal bene oggetto del trasferimento (beni immobili). Sarebbe poi necessaria la forma dell'atto pubblico alla presenza di due testimoni se l'accordo in questione fosse da considerarsi donazione, ma ciò, si è detto, è da escludere; di conseguenza, fra i rimedi esperibili non possono annoverarsi la collazione, la riduzione per lesione di legittima e la revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli. È invece senza alcun dubbio esercitabile l'azione revocatoria, sia essa ordinaria o fallimentare, avverso gli accordi lesivi delle ragioni creditorie dei terzi. Primo presupposto per ammettere tale azione è infatti la natura negoziale dell'atto da attaccare e tale condizione è soddisfatta negli accordi della crisi, non avendo alcuna rilevanza a tal proposito l'avvenuta omologazione giudiziale, che non modifica la natura dell'accordo e il suo essere atto fra privati. La revocatoria non incide poi sull'intera separazione ma solo sulle pattuizioni pregiudizievoli con la conseguenza che il provvedimento giudiziale sulla modifica di status non è posto in discussione. Ci si potrebbe chiedere se sia revocabile anche l'atto satisfattivo dell'obbligo di mantenimento in quanto l'art. 2901 c.c. prevede che non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto ma la Corte di Cassazione sembra non tenerne conto, assoggettando a tale rimedio persino gli atti aventi profondo valore etico o morale, sull'assunto che il 2740 c.c. garantisce la tutela del credito prescindendo dallo scopo avuto di mira dal debitore nel porre in essere l'atto dispositivo. La giurisprudenza sostiene poi che nel caso di impugnazione dell'atto di trasferimento la cognizione del giudice si estenda agli accordi a contenuto meramente obbligatorio (quindi dal rogito notarile alla pattuizione omologata o trasfusa nella sentenza di divorzio congiunto). L'ammissibilità della revocatoria è ammessa *a fortiori* avverso gli accordi modificativi o integrativi della separazione e successivi ad essa. Ciò che rimane da chiedersi è se, ai fini dell'esperibilità di tale azione, sia sufficiente la prova dell'*eventus damni* (unica richiesta per gli atti a titolo gratuito) o anche quella del *consilium fraudis* (richiesta solo per gli atti a titolo oneroso). La risposta è agevole considerando, come anticipato, che deve qualificarsi onerosa la causa degli accordi della

crisi coniugale. Si è poi presentato il problema dell'ammissibilità o meno dell'azione di simulazione avverso l'accordo di separazione al fine di porre nel nulla pattuizioni patrimoniali da essa dipendenti. Può infatti darsi il caso dei coniugi che al solo fine di frodare eventuali creditori o di scontare imposte minori fingano di vivere una crisi del loro rapporto. La giurisprudenza sul punto non è univoca (si è negata tale possibilità per il concorso nella separazione di elementi privatistici e pubblicistici o per l'inconciliabilità fra la richiesta di un provvedimento e la mancata volontà degli effetti dello stesso o per l'irretrattabilità degli effetti che scaturiscono da separazione o divorzio; a favore di tale possibilità, si è detto, sarebbe la natura negoziale dell'accordo in questione al quale devono applicarsi le norme generali sul contratto). Deve porsi in rilievo il paradosso per cui le parti vorrebbero far dichiarare la fittizietà di quanto tra loro intercorso per eliminare l'unico atto realmente voluto: il trasferimento. In definitiva, senza voler addentrarsi nei problemi sulla disciplina che dovrebbe applicarsi a tale simulazione (se quella contrattuale o quella giusfamiliare dettata per il matrimonio), deve negarsi l'ammissibilità di tale azione, che non farebbe altro che incentivare comportamenti sleali e truffaldini da parte dei coniugi.

L'ultimo passo da compiere prima di poter trarre le conclusioni consiste nell'analizzare alcuni accordi effettivamente conclusi in sede di crisi matrimoniale per poter meglio comprendere le questioni che con riferimento ad essi possono porsi ed evincere, dalle singole clausole, il reale intento delle parti. Può così considerarsi il caso di un accordo che contenga una divisione del patrimonio comune e quindi una causa tipica con una particolarità: si riconosce alla moglie una quota maggiore rispetto a quella di cui la stessa è titolare. La causa divisoria risulta così da sola insufficiente a spiegare l'operazione. Ancora, si consideri il caso di un accordo fra coniugi separandi che preveda il trasferimento della casa familiare, di cui sono comproprietari in parti uguali, a favore dei figli, senza esplicitare se ciò avvenga per adempiere parzialmente l'obbligo di mantenimento sussistente nei loro confronti: può qui ipotizzarsi che l'intento delle parti sia quello assicurare continuità al patrimonio familiare destinandolo al frutto della loro unione e ciò al fine di sistemare, sulla base di una scelta concordata, le situazioni che dalla crisi si sono originate. Può poi darsi il caso in cui, in sede di separazione consensuale, la moglie si impegni a trasferire al marito, che si impegna ad acquistare, la sua quota della proprietà indivisa della casa coniugale e sia pattuito, come corrispettivo, un prezzo di gran lunga inferiore rispetto al valore di quanto alienato e ciò al fine di tener conto della diversa contribuzione della signora al pagamento dell'immobile in questione. In tal caso si agisce in adempimento di un dovere morale e non giuridico, cui si dà importanza per l'esistenza di relazioni affettive che, se in costanza di

matrimonio hanno giustificato un determinato assetto patrimoniale, con il loro allentamento portano ad una sistemazione diversa dei reciproci rapporti. Infine i coniugi spesso si accordano al fine di costituire un trust con finalità solutoria o di garanzia, scegliendolo come strumento che meglio soddisfi la molteplicità di interessi di varia natura che nascono dalla crisi matrimoniale.

Punto di partenza, per dare risposta definitiva al problema della causa delle intese tra coniugi in sede di separazione o divorzio, 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 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 crisi 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 dell'allentamento o dello scioglimento del vincolo che non si pongono come condizioni di esigibilità, bensì come eventi che rendono 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. 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.

Deve innanzitutto prendersi in considerazione l'art. 29 della Costituzione che definisce la famiglia "società naturale" al fine di fare 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. Le associazioni e le società si costituiscono per contratto, della famiglia potrebbe dirsi lo stesso? Il coniugio è sicuramente frutto di una libera scelta, così come ormai lo è il suo scioglimento tuttavia esso non ha direttamente ad oggetto rapporti giuridici di tipo patrimoniale anche se questi vi sono pur sempre connaturati essendo presenti in ogni sua fase, dalla nascita fino allo scioglimento e sono quindi oggetto di regolamentazione concordata così come lo sono i rapporti personali ed affettivi. 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. 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 agli 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. In tema di decisioni, associazioni e società postulano una compartecipazione dei loro membri; tale compartecipazione in ambito familiare è la regola imposta dal legislatore che statuisce che i coniugi assumono insieme le decisioni più importanti (l'art. 144 comprende questioni di natura non solo personale ma anche economico-patrimoniale). 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 ancora nell'ipotesi, propria di ogni formazione costituita da più soggetti, 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 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. 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. A tal fine 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, per evitare 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. In definitiva quando si verifica lo scioglimento di qualsiasi comunità di persone è inevitabile disciplinare, in termini ampi, i conseguenti effetti. Gli accordi della crisi coniugale dovranno così considerarsi, come accennato, a titolo oneroso 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 appare probabile, che i coniugi abbiano tenuto conto di posizioni di dare ed avere e difficilmente si sono predisposti atti scritti per documentare prestiti e per fondare conseguenti future pretese di restituzione; inusuali sono anche eventuali riconoscimenti di debito. Non può neppure escludersi la presenza di mandati fiduciari o che il trasferente intenda adempiere un suo obbligo naturale.

Per capire come opera la causa da noi individuata all'interno degli accordi della crisi familiare, deve farsi riferimento ai concetti di "causa specifica variabile" e "causa generica costante", nati con riguardo alla cessione del credito. La prima si riferisce al profilo causale tipico di volta in volta riscontrabile nell'accordo concreto (quindi, per quanto qui interessa, transazione, soluzione, divisione e così via); la seconda si riferisce invece ad un *quid*, anch'esso tipico, sempre presente nella generalità delle intese della crisi ed essa deve essere ravvisata nella sistemazione delle ragioni di dare e avere nascenti dalla crisi al fine di facilitare la soluzione consensuale della stessa.

Quanto alla tutela dei terzi, 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 ed infatti ai terzi è riconosciuta la possibilità di agire in revocatoria, seppur con l'onere di provare sia l'*eventus damni* sia il *consilium fraudis* (peraltro trattandosi di operazioni concluse tra familiari la prova dovrebbe risultare sufficientemente agevole).

Infine occorre chiedersi cosa accada a tali accordi in caso di riconciliazione e a tal proposito la funzione di "definire" le situazioni patrimoniali a seguito della crisi del matrimonio che

ho proposto come causa generica costante trova a mio avviso conferma, quantomeno indiretta, nelle decisioni della giurisprudenza la quale tiene in ogni caso fermo il trasferimento. Se è infatti chiaro perché ciò avvenga nei casi in cui la causa specifica variabile sia transattiva o divisoria, si potrebbe sostenere il contrario in caso di causa solutoria in quanto 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, fa cessare, fra gli altri effetti, l'obbligo di mantenimento). Eppure la Corte di Cassazione ha costantemente ribadito la stabilità di dette intese anche nelle ipotesi in cui esse siano volte all'adempimento parziale dell'obbligo di mantenimento. Il fine della regolamentazione pattizia, ormai più volte indicato, non può che pretendere infatti la definitività e l'assoluta stabilità dell'accordo.