

ROCCO FAVALE*

*Autonomia privata e crisi coniugale***

Sommario: 1. Autonomia privata e crisi coniugale. – 2. Gli accordi “in sede” e “in occasione” della separazione consensuale e nel divorzio. – 3. Gli accordi sull’assegno di mantenimento nella separazione e nel divorzio. – 4. La determinazione convenzionale dell’assegno di mantenimento. – 5. La corresponsione *una tantum*. – 6. I trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio. – 7. Gli accordi fra coniugi in seno alle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio.

1. *Autonomia privata e crisi coniugale*

Con la legislazione successiva al codice civile vigente e gli apporti della dottrina e della giurisprudenza, il ruolo dell’autonomia privata dei coniugi entro la materia familiare¹ ha assunto sempre più importanza, anche nell’ambito della tematica della crisi coniugale².

* Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato presso l’Università degli Studi di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Sul dibattito dottrinale sui limiti dell’autonomia privata in ambito familiare, fra molti i saggi di F. SANTORO PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, p. 3 ss. (ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, I, p. 381 ss.), e di P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 109 ss.

² In materia, cfr. *Diritti patrimoniali della famiglia*, a cura di G. Cassano e G. Oberto, Milano, 2017; *La famiglia in crisi*, a cura di G. Cassano e G. Oberto, Padova, 2016; A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. dir.*, 2013, p. 94 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 45 ss.; M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 2017, p. 251 ss.; G. CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001, p. 1161 ss.; G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata. I contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Padova, 2013; G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996; G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell’avvocato*, Torino, 2016; F.R. FANTETTI, *Autonomia dei coniugi e trasferimenti mobiliari ed immobiliari nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 369 ss.; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, p. 181; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l’introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 207 ss.; G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, in *Riv. not.*, 2007, p. 1417 ss.; A. ZUCCHI, *Aspetti giuridici degli accordi a latere nella separazione consensuale dei coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 110 ss.

Il progressivo superamento della concezione istituzionale del matrimonio³, a seguito di uno sviluppo di una idea di privatizzazione dei rapporti coniugali, porta a far sì che la volontà dei coniugi assuma sempre più posizione centrale⁴.

L'autodeterminazione negoziale dei coniugi si esprime, da un lato, nella fase fisiologica del rapporto familiare, come in seno al regime patrimoniale della famiglia⁵, alla determinazione del tenore di vita familiare (art. 143 c.c.), alla fissazione della residenza della famiglia (art. 144 c.c.), dall'altro, nella fase patologica, come la possibilità per i coniugi di realizzare la separazione consensuale (art. 158 c.c.), di avviare il divorzio su domanda congiunta (art. 4, comma 16, l. n. 898/1970), di risolvere le controversie della separazione e del divorzio con una convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per ciascuna parte (art. 6 d.l. n. 132/2014), di realizzare la separazione consensuale e il divorzio a seguito di un accordo definito davanti all'ufficiale dello stato civile (art. 12 d.l. n. 132/2014).

Gli accordi fra coniugi diretti a regolare la crisi del matrimonio possono differenziarsi, in primo luogo, sulla base del tempo in cui sono conclusi in relazione alla fase della crisi coniugale.

Così gli accordi "in sede" di separazione o di divorzio vengono conclusi dai coniugi entro il procedimento di separazione consensuale o nell'accordo di divorzio congiunto, al fine di disciplinare gli aspetti patrimoniali della crisi.

Gli accordi "in occasione" della separazione o del divorzio, invece, si caratterizzano per ciò che formano un rapporto negoziale autonomo che si giustappone all'accordo di separazione o di divorzio congiunto.

Gli accordi in sede di separazione e "in vista" del futuro divorzio richiamano tutti quei negozi posti in essere dai coniugi nel corso del procedimento giudiziale o consensuale di separazione, al fine di disciplinare preventivamente la dimensione patrimoniale dell'eventuale

³ Cfr. la presentazione di M. SESTA, *Il diritto di famiglia tra le due guerre e la dottrina di Antonio Cicu*, in A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale (1914)*, rist., Sala Bolognese, 1978, p. 1 ss.

⁴ Una ricostruzione storica dello sviluppo della concezione privatistica del diritto di famiglia è offerta da M. BIANCA, *Angelo Falzea e il diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, p. 1062 ss. Interessanti, anche se datate, le considerazioni di N. LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma* a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 1996, p. 17, ove fotografa questo processo di sviluppo come «radicale contrattualizzazione del matrimonio».

⁵ Ai coniugi è consentito ai coniugi di modificare «in ogni tempo» il regime patrimoniale della famiglia e di costituire regimi patrimoniali atipici (art. 162 c.c.). Per alcuni, cfr., A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1988, p. 715; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 106.

e futuro scioglimento degli effetti civili del matrimonio.

Infine, gli accordi preventivi della crisi coniugale si caratterizzano per il fatto che vengono conclusi nel corso del matrimonio o persino prima (accordi prematrimoniali) allo scopo di definire i termini di una eventuale futura crisi coniugale⁶.

Un altro criterio che può assumere valenza descrittiva fra gli accordi sulla crisi coniugale riguarda l'oggetto degli stessi. Infatti, questi accordi possono determinare l'assegno di mantenimento e l'assegno di divorzio, ma possono sussistere anche accordi concernenti i diritti reali, ad esempio trasferimenti di diritti reali immobiliari, con implicazioni problematiche in ordine alla relativa disciplina formale, pubblicitaria e fiscale.

2. Gli accordi "in sede" e "in occasione" della separazione consensuale e nel divorzio

Il tema degli accordi conclusi dai coniugi "in sede" o "in occasione" della separazione o del divorzio presuppone un'analisi della natura giuridica dell'accordo di separazione (art. 158 c.c.) o della domanda congiunta di divorzio (art. 4, comma 16, l. n. 898/1970).

Con riferimento alla separazione⁷ il legislatore consente ai coniugi di pervenire alla separazione consensuale e ad accordi di natura patrimoniale⁸, da considerarsi, in linea con il

⁶ Per alcuni contributi: E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 543 ss.; D.G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005; G. GIOVANNINI, *Gli accordi prematrimoniali*, in *Crisi familiare e autonomia negoziale. Incontro di studio*. Pisa, 17 ottobre 2014, a cura di A. Petrucci e F. Procchi, Pisa, 2015, p. 9 ss.; T.V. RUSSO, *I contratti prematrimoniali*, in *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8- aprile 2017 – Corte d'Appello di Lecce*, a cura di F. Dell'Anna Misurale e F.G. Viterbo, Napoli, 2018, p. 193 ss.; G.F. BASINI, *i così detti "patti prematrimoniali. Note de iure condendo*, in *Fam. dir.*, 2019, p. 1153 ss.; R. AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, p. 601 ss.; G. OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Corriere giur.*, 2020, p. 794 ss.; U. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, p. 645 ss.

⁷ Già A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 94, richiama gli accordi di separazione, allorché precisa che «la pratica mostra come nelle tavole della separazione vengano ospitate altre convenzioni con cui i coniugi regolano tutte le questioni patrimoniali tra loro esistenti, ovvero pongono in essere un mandato od una transazione, ed ancora convenzioni con cui uno dei coniugi, ad esempio, stipula a favore dei figli una donazione riservando all'altro, a titolo alimentare, l'usufrutto. Da ciò appare evidente come non si possa parlare di singole clausole rientranti nell'unità organica di un unico negozio, bensì di molteplici negozi, strutturalmente autonomi, per quanto coordinati da particolari legami».

⁸ In sede storica, l'istituto ha subito le diffidenze dei legislatori, soprattutto preunitari, ostili verso la volontà dei coniugi. Tuttavia, il codice civile del 1865, contrariamente al codice napoleonico, ha riconosciuto l'istituto, statuendo che «la separazione pel solo consenso dei coniugi non può aver luogo senza l'omologazione del tribunale» (art. 158).

pensiero della dottrina, «come uno dei momenti di più significativa emersione della negoziabilità nel diritto di famiglia»⁹.

Il *conditor iuris* mitiga, nondimeno, il potere di autoregolamento negoziale dei coniugi allorquando prescrive che «la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice» (art. 158 c.c.). Occorre di conseguenza sollevare l'interrogativo sul rapporto corrente fra accordo dei coniugi e decreto di omologa, di cui dottrina risalente ridimensionava il consenso considerandolo mero presupposto del provvedimento giudiziale, sulla scorta dell'idea fondata sul «prevalente interesse dello Stato sul diritto di famiglia»¹⁰.

Superata la concezione pubblicistica della famiglia, la dottrina moderna¹¹ qualifica la separazione consensuale come fattispecie complessa¹² costituita dai due elementi essenziali, l'accordo dei coniugi e l'omologa del giudice. A ciò si aggiunga che il provvedimento giudiziale condiziona l'efficacia della separazione e non dell'accordo, cosicché quest'ultimo risulta efficace dal momento della valida conclusione, mentre la separazione fra i coniugi dal momento dell'omologa. In questo senso accordo e omologa disciplinano profili diversi in seno al procedimento di separazione coniugale.

Il ruolo primario assunto dall'accordo nel procedimento di separazione, non ha valenza perfezionativa se non previo controllo giudiziale; in tal senso la norma codicistica dell'art.

⁹ Così, Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 710 ss., con nota di M. FERRARI, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*; in *Fam. dir.*, 1994, p. 139 ss., con nota di V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, ove adopera in proposito la formula «laboratorio della privatizzazione». Già prima Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 213 ss., con nota di M. SALA, *Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi*, che richiama i «valori di autodeterminazione e di negoziabilità che anche nel diritto di famiglia si vanno affacciando».

¹⁰ A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, cit., p. 232. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 3 marzo 1936, n. 740, in *Giur. it.*, 1936, I, 1, c. 303 s., precisa che «il consenso dei coniugi non dà luogo ad un negozio giuridico, ma è soltanto un preliminare del procedimento di volontaria giurisdizione»; Cass., 4 maggio 1942, n. 1542, in *Giur. it.*, 1943, I, 1, c. 43 s.

¹¹ M. ROMANO e M. SGROI, *Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale*, in G. CASSANO e G. OBERTO (a cura di), *La famiglia in crisi*, Padova, 2016, p. 152; G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, cit., p. 186; P. ZATTI, *La separazione personale*, Torino, 1989, p. 34; U. BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1999, p. 372.

¹² Secondo Cass., 4 settembre 2004, n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, p. 508 ss., con nota di I. PAGNI, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, «il procedimento per la separazione consensuale omologata (s.c.o.), “nel quale concorrono elementi di diritto privato e pubblico”, costituisce una fattispecie complessa, per cui il regolamento basato sull'accordo (di natura privatistica) tra i coniugi acquista efficacia giuridica solo attraverso il provvedimento di omologazione (di natura pubblicistica) (p. 509).

158 c.c. è tesa a verificare che l'accordo coniugale non sia in contrasto con gli interessi dei figli, con ciò confermando in capo al giudice un vero e proprio controllo di merito¹³. All'opposto, il controllo giurisdizionale dei patti concernenti i soli coniugi è un mero controllo di legittimità, diretto a verificare che l'accordo non sia in contrasto con norme imperative e principi giuridici inderogabili¹⁴.

Per quanto concerne la natura giuridica dell'accordo di separazione, la dottrina non ha dubbi sulla sua natura negoziale, in quanto la separazione consegue alla volontà dei coniugi¹⁵. Allo stesso tempo siffatto accordo non ha carattere contrattuale, pur se trovano applicazione le relative norme in via analogica, come per esempio le disposizioni sui vizi del consenso¹⁶, sulla capacità e così via¹⁷. Hanno carattere chiaramente contrattuale le pattuizioni eventuali dell'accordo di separazione, le quali operano in via autonoma mediante un separato negozio giuridico; si pensi alle convenzioni con cui i coniugi fissano il mantenimento oppure ai negozi di trasferimento o costituzione di diritti reali¹⁸. In queste fattispecie contrattuali trovano diretta applicazione le regole in materia di contratto¹⁹.

¹³ G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, cit., p. 193.

¹⁴ G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 120 s.

¹⁵ L'accordo di separazione è ricondotto alla categoria dei negozi giuridici familiari (in argomento v. F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 381 ss.). Il pensiero giurisprudenziale è conforme: per alcune più recenti, Cass., 19 agosto 2015, n. 16909, in *Pluris on line*, Cass., 26 gennaio 2018, n. 2036, in *Fam. dir.*, 2019, p. 167 ss., con nota di R. FORCINITI, *Il contenuto eventuale degli accordi patrimoniali in sede di separazione consensuale*.

¹⁶ Per un caso di presunta violenza di cui all'art. 1435 c.c., cfr. la recentissima Cass., 4 agosto 2021, n. 22270, in *Quotidiano giuridico*, 23.8.2021, con nota redazionale *Non è viziato da violenza l'accordo di separazione concluso dal marito commercialista*.

¹⁷ Precisamente, Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Fam. dir.*, 2016, p. 748, avverte come «l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora dà vita ad un vero e proprio contratto. Ma, anche se esso non si configurasse come contratto, 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 es. relativi ai vizi di volontà)».

¹⁸ Questi accordi non integrano convenzioni matrimoniali e quindi la loro disciplina peculiare, in quanto non operano nella fase fisiologica del rapporto coniugale. In argomento, per alcuni, A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, cit., p. 96; M. IEVA, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di F. Anelli e M. Sesta, Milano, Milano, 2012, p. 30.

¹⁹ A. CARRATTA, *La cassazione e gli accordi fra i coniugi in pendenza del giudizio di separazione*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 752. V., altresì, M. COMPORITI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, *Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, p. 387 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. dir.*, 2003, pp. 389 ss. e 495 ss.; L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 290 ss.

Importante rilevanza pratica assume il problema del contenuto degli accordi di separazione dei coniugi, bipartito dagli studiosi in necessario ed eventuale²⁰, in relazione all'omologa giudiziale.

Se gli accordi non omologati concernono anche la prole, così come previsto dalla norma dell'art. 158, comma 2, c.c., la giurisprudenza segue un approccio restrittivo diretto ad escludere la loro efficacia in mancanza di omologa²¹. I patti non omologati che coinvolgono anche gli interessi dei figli non hanno efficacia, anche se più vantaggiosi²².

A fronte di questa rigida posizione, la giurisprudenza ha mostrato delle ragionevoli aperture allorché ha sottolineato che «è vero che 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»²³. In questo senso l'efficacia degli accordi non omologati che coinvolgono anche gli interessi dei figli può venire meno soltanto a seguito di successiva verifica giudiziale che accerti la violazione dei limiti posti dall'art. 160 c.c.²⁴.

Per quanto riguarda i patti relativi ai rapporti fra i coniugi, in passato la giurisprudenza, in guisa restrittiva, ammetteva gli accordi fra coniugi in seno alla separazione personale soltanto se riprodotti nell'accordo sottoposto all'omologa, ciò al fine di tutelare adeguatamente la posizione giuridica del coniuge più debole o dei figli²⁵.

²⁰ Avverte C. LUMIA, *La separazione consensuale*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, tomo II, *Separazione - Divorzio* a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2002, p. 1002, che nella pratica di frequente v'è «la stipulazione tra i coniugi di intese a *latere*, anteriori o contemporanee alla separazione ma non trasfuse nel relativo verbale, oppure successive, con le quali i coniugi regolano i loro rapporti in modo diverso od ulteriore rispetto a quello sottoposto al controllo del giudice».

²¹ Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 658 ss.

²² Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1691 s.; Cass., 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 118, secondo cui «gli accordi con i quali, successivamente alla omologazione della separazione consensuale, i coniugi modificano, anche se migliorandole, le condizioni relative al mantenimento del nucleo familiare, includente figli minori, sono inefficaci se non sono omologati dal tribunale».

²³ Così, Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2984 s.

²⁴ G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, in *Dir. fam.*, 1994, p. 571 s.

²⁵ Così, Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1691 ss., secondo cui «nel procedimento di separazione consensuale, il regolamento concordato tra i coniugi, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione. Pertanto, la clausola

Successivamente, la S. Corte ha fondato l'accordo dei coniugi sul principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., discriminando le convenzioni modificative dell'accordo omologato da quelle anteriori o contemporanee. Per le prime, i giudici superiori ammettono la modificabilità convenzionale dell'accordo omologato, purché nel «rispetto delle norme inderogabili che disciplinano la famiglia»²⁶. Di conseguenza, l'opposizione del coniuge non può limitarsi alla circostanza che il patto modificativo non sia stato omologato, dovendo invece dimostrare che l'accordo contestato sia in contrasto con la norma dell'art. 160 c.c.²⁷.

I patti anteriori o coevi al decreto di omologazione della separazione consensuale non trasfusi nell'accordo formale, per la giurisprudenza, «sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di “non interferenza” - perché riguardano un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale e che è sicuramente compatibile con esso, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, ovvero perché hanno un carattere meramente specificativo - oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore o uguale rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c.»²⁸.

Nel contempo la dottrina²⁹ distingue negli accordi dei coniugi, fra contenuto necessario e contenuto eventuale: il primo concernente il patto di non coabitazione, le regole adottate nell'interesse dei figli, le pattuizioni in ordine all'assegnazione della casa familiare nonché l'assegno di mantenimento; al contrario, tutte le altre determinazioni, ad esempio il trasferimento di diritti reali immobiliari o altri impegni di natura obbligatoria, sarebbero da collocare

con cui i coniugi, al di fuori del procedimento di separazione, determinano l'obbligo delle contribuzioni patrimoniali nei loro rapporti o verso i figli, ove non sia riprodotta nel verbale omologato dal tribunale, ai sensi degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., è inefficace, a prescindere dalla inclusione o meno nel ricorso per separazione, se le parti non l'abbiano espressamente richiamato, dovendo ritenersi assorbita dalle clausole incluse invece nel verbale»; Cass., 11 luglio 1985, n. 4124, in *Pluris on line*.

²⁶ Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, cit., c. 2984 s.

²⁷ U. BRECCIA, *Separazione personale dei coniugi*, cit., p. 377;

²⁸ Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Pluris on line*; Cass., 24 ottobre 2007, n. 22329, in *Pluris on line*; Cass., 12 gennaio 2016, n. 298, in *Pluris on line*.

²⁹ A. FALZEA, *La separazione personale*, cit., p. 101; M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, p. 9 ss. V. altresì C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, Famiglia e successioni*, Milano, 1981, p. 158; M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 28. Per la giurisprudenza: Cass., 25 settembre 1978, n. 4277, in *Foro it.*, 1979, I, c. 718 ss., con nota di A. JANNARELLI, *Sull'efficacia nei confronti del figlio di pattuizione intervenuta in sede di separazione consensuale*, Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, p. 417 s., con nota di R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, ove dispone che «detto accordo ha un contenuto essenziale - il consenso reciproco a vivere separati - ed un contenuto eventuale, costituito dalle pattuizioni necessarie ed opportune, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata, a seconda della situazione familiare (affidamento dei figli; assegni di mantenimento; statuizioni economiche connesse)».

nel contenuto eventuale. La conseguenza immediata è che soltanto l'accordo nei suoi elementi essenziali è sottoposto all'omologa del giudice. La parte eventuale, invece, può essere dai coniugi versata all'interno dell'accordo di separazione (accordi "in sede" di separazione), oppure restare fuori accordo (accordi "in occasione" della separazione)³⁰.

La legge sul divorzio prevede che i coniugi separati possano esercitare «domanda congiunta [...] di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, [...] proposta con ricorso al tribunale in camera di consiglio» (art. 4, comma 16)³¹.

Il procedimento instaurato, a differenza del procedimento di separazione consensuale, ha natura contenziosa e il provvedimento finale ha carattere decisorio, come conferma la lettera della norma appena richiamata, secondo la quale «il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza»³².

Una delle questioni più rilevanti concerne la natura negoziale dell'accordo di divorzio congiunto rispetto al quale il giudice non può entrare nel merito delle pattuizioni con cui le parti hanno determinato i profili patrimoniali³³. Le intese concernenti gli interessi dei figli vanno sottoposte al controllo di merito del giudice e, in caso di esito negativo, trova applicazione la procedura ordinaria.

³⁰ Per un'esemplificazione di pattuizioni in sede e in occasione della separazione v. A. BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, Milano, 2020, p. 211 ss.

³¹ Sulla domanda congiunta di divorzio, in particolare, v. A. FINOCCHIARO, *La domanda congiunta di divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 503 ss.; A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 125 ss.

³² C. DI IASI, *Procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, tomo II, *Separazione - Divorzio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino e F. Ruscello, Milano, 2002, p. 1389 ss.

³³ In questo senso, Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 163 ss., con nota di A. ASTONE, *La sentenza di divorzio su domanda congiunta e l'impugnazione da parte di uno dei coniugi*, secondo cui «in caso di separazione consensuale o divorzio congiunto (o su conclusioni conformi), la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma, sull'accordo tra i coniugi, realizza un controllo solo esterno, in funzione di tutela dei diritti indisponibili del soggetto più debole e dei figli, attesa la natura negoziale dell'accordo da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza dell'interesse, superiore e trascendente, della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti. Ne consegue che i coniugi possono concordare, con il limite del rispetto dei diritti indisponibili, non solo gli aspetti patrimoniali, ma anche quelli personali della vita familiare, quali, in particolare, l'affidamento dei figli e le modalità di visita dei genitori».

3. *Gli accordi sull'assegno di mantenimento nella separazione e nel divorzio*

È oggetto di discussione la questione se siano ammissibili, in sede di separazione o divorzio, accordi fra coniugi sull'assegno di mantenimento o sull'assegno divorzile. Unico sostegno a livello legale si può rintracciare nella legge sul divorzio, quando sancisce che «su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale» (art. 5, comma 8).

Il problema della legittimazione dei coniugi a disciplinare, in sede di separazione e di divorzio, aspetti di carattere patrimoniale, fra cui la determinazione degli assegni, ha ricevuto, in un primo tempo, una risposta negativa negli interpreti³⁴, in quanto, da una parte, i diritti patrimoniali in oggetto sarebbero inderogabili per legge (art. 160 c.c.), in quanto da ritenere fondati sul dovere reciproco di contribuzione (art. 143 c.c.) e, dall'altra, il carattere inderogabile degli assegni scaturirebbero direttamente dalla funzione assistenziale e alimentare degli stessi³⁵.

Con il d.l. n. 132/2014 sulle procedure semplificate in materia di separazione e di divorzio, i coniugi possono determinare le condizioni economiche della separazione e del divorzio in sede di negoziazione assistita con controllo meramente formale del pubblico ministero (art. 6), ovvero in sede di procedura dinanzi all'ufficiale dello stato civile senza alcun tipo di controllo esterno (art. 12).

Con riferimento alla disciplina generale, la dottrina più moderna supera l'argomento ostativo dell'art. 160 c.c., in quanto l'indisponibilità riguarda i doveri di contribuzione dei coniugi per i bisogni della famiglia entro la fase fisiologica del rapporto, mentre gli assegni di

³⁴ G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 699 ss.; U. AZZOLINA, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1966, p. 228 s.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1396.

³⁵ Con riferimento all'assegno di separazione cfr. Cass., 14 novembre 1992 n. 12235, in *Pluris on line*, secondo cui «al fine della revisione delle clausole della separazione personale dei coniugi, il presupposto della sopravvenienza, dopo la separazione stessa, di nuove circostanze, deve sussistere anche nel caso di separazione consensuale omologata, e pure quando si reclaims l'assegno di mantenimento non previsto nelle clausole di essa, senza possibilità di distinguere a seconda che tale mancata previsione discenda dal riconoscimento dell'insussistenza all'epoca dei requisiti per il mantenimento, ovvero da rinuncia allo stesso». Per quanto riguarda l'assegno divorzile, cfr. Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1239 ss., secondo la quale «l'accordo con il quale i coniugi fissano, in costanza di matrimonio, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio deve considerarsi invalido sia nella parte riguardante i figli, sia nella parte (che qui unicamente rileva) concernente l'assegno spettante ai sensi dell'art. 5, in tutte le sue componenti, in forza della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio».

mantenimento e divorzile concernono la fase patologica, caratterizzata dal venir meno dei doveri appena menzionati³⁶. In più, i diritti al mantenimento e all'assegno divorzile hanno bisogno dell'impulso della parte legittimata³⁷ e non possono essere assegnati *ex officio* dal giudice, salvo a tutela degli interessi dei figli non autosufficienti. Allo stesso tempo, la legge sul divorzio ammette esplicitamente che l'ammontare dell'assegno divorzile può essere soddisfatto in unica soluzione e con esclusione di ogni successiva pretesa di carattere economico, esito consolidato dal preventivo controllo di equità esercitato dal giudice³⁸.

Gli assegni possiedono una doppia composizione, costituita dai profili "assistenziale-alimentare", diretta a superare lo stato di bisogno del coniuge e a garantirgli il soddisfacimento dei bisogni essenziali, e "compensativo-perequativo" finalizzata invece a riconoscere in capo al coniuge un compenso legato alla sua contribuzione durante il matrimonio. Questo doppio profilo economico è fondato sia per l'assegno di separazione, in sintonia con la lettera dell'art. 156 c.c., sia per l'assegno divorzile, in aderenza agli orientamenti della giurisprudenza. Di conseguenza, mentre la voce alimentare sarebbe indisponibile, l'altra di tipo compensativo, può essere regolata negozialmente, sulla scorta dell'orientamento della Corte di vertice³⁹.

Un ulteriore problema riguarda la verifica della rilevanza di eventuali e sopravvenuti mutamenti delle condizioni patrimoniali delle parti incidenti sugli accordi relativi agli assegni

³⁶ G. OBERTO, *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, cit., p. 501, ove precisa che «non vi è dubbio che la norma in esame, riferita ai diritti e ai doveri "previsti dalla legge per effetto del matrimonio", non possa essere in alcun modo invocata nel campo del divorzio, che del matrimonio rappresenta se ci si passa l'espressione l'esatto rovescio»; v. altresì M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 28.

³⁷ Per Cass., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 459 ss., «i rapporti patrimoniali, tra coniugi separati, hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata; ne segue, per l'effetto, che il giudice non può *ex officio*, provvedere sugli stessi, attribuendo alla moglie un assegno di mantenimento in assenza di esplicita domanda». Quest'orientamento libertario è stato accolto anche dalla giurisprudenza più recente, come il famoso arresto delle Sezioni Unite in materia di assegno di divorzio: Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1197 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1852 ss., con nota di C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3605 ss., con nota di F. MACARIO, *Una decisione anomala e restauratrice delle Sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1601, con nota di C. BENANTI, *La "nuova" funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*.

³⁸ A tutela della parte più debole, A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, cit., p. 220 s., osserva come in seno a questi accordi patrimoniali sia applicabile, in presenza di determinati presupposti, il rimedio della rescissione per lesione (art. 1448 c.c.).

³⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1197 ss.

di mantenimento e divorzile, anche con riferimento alla possibilità per le parti, in piena autonomia, di determinare una loro irrilevanza. Una deroga è prevista dalla stessa legge nell'ipotesi della corresponsione *una tantum* (art. 5, comma 8, l. n. 898/1970).

Una deroga convenzionale sarebbe ammissibile soltanto limitatamente al profilo compensativo-perequativo dell'assegno, mentre sarebbe escluso per la parte assistenziale-alimentare, consentendo al coniuge più debole di chiedere la rinegoziazione, ovvero, in caso di rifiuto, la revisione giudiziale dell'assegno⁴⁰.

L'accordo, che preclude l'applicabilità degli artt. 156, comma 7 c.c., e 9, comma 1, l. 898/1970, è in ogni caso soggetto ai rimedi civilistici previsti dalla disciplina generale dei contratti, in particolare nelle ipotesi di fatti sopravvenuti, che rendano l'accordo manifestamente sproporzionato, e nella fattispecie può trovare applicazione la norma contenuta nell'art. 1467 c.c. concernente la risoluzione per eccessiva onerosità⁴¹.

4. La determinazione convenzionale dell'assegno di mantenimento

L'assegno di mantenimento in sede di separazione può essere regolato dall'autonomia negoziale dei coniugi sotto i profili del *quantum* e delle modalità di erogazione. Ciò può accadere sia in sede di separazione consensuale, sia all'interno del procedimento di separazione giudiziale, dove l'accordo sull'assegno avrebbe natura transattiva diretta a porre fine alla controversia⁴².

Anche l'assegno divorzile può essere convenuto dai coniugi in seno alla domanda di divorzio congiunto o, nel divorzio giudiziale, mediante accordo con finalità transattiva.

Gli accordi menzionati possono determinare l'entità della corresponsione, con riserva di chiedere in qualunque momento la revisione dell'assegno per sopravvenienza di circostanze, così come previsto dalla legge per l'assegno determinato giudizialmente (artt. 156, comma 7, c.c. e 9 l. n. 898/1970). I coniugi possono, per la parte compensativa-perequativa, concordare in maniera definitiva l'importo, escludendo qualsiasi revisione sopravvenuta, mentre per la dimensione assistenziale ogni coniuge non perde il diritto a chiedere la relativa

⁴⁰ A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 241.

⁴¹ A. GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, cit., p. 256.

⁴² M. ROSSI, *Gli effetti di natura patrimoniale della separazione riguardo ai coniugi*, in *La famiglia in crisi* a cura di G. Cassano e G. Oberto, Padova, 2016, p. 315.

revisione⁴³.

Per quanto concerne il problema dell'ammissibilità di una rinuncia agli assegni di mantenimento e divorzile, va precisato che per le prestazioni già maturate il titolare può liberamente rinunciare ai relativi diritti già entrati a far parte del suo patrimonio. Per le prestazioni future, la rinuncia può limitarsi alla componente compensativa dell'assegno, mentre avrebbe carattere irrinunciabile la voce assistenziale-alimentare.

5. *La corresponsione una tantum*

La legge sul divorzio prevede, per il relativo assegno, che «su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso, non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico» (art. 5, comma 8).

La determinazione autonoma delle parti in un'unica prestazione dell'assegno divorzile preclude alle parti qualsiasi futura richiesta patrimoniale per circostanze sopravvenute⁴⁴, rendendo inapplicabile la norma dell'art. 9 l. n. 898/1970 che prevede la revisione giudiziale delle condizioni economiche.

Una conferma della soluzione proposta si ha con la norma contenuta nell'art. 9 *bis*, ove si dispone che, nell'ipotesi di morte dell'*ex* coniuge obbligato all'assegno, il coniuge in stato di bisogno può chiedere un assegno periodico agli eredi soltanto se non è stato soddisfatto

⁴³ Ai coniugi resta sempre la possibilità di rivedere autonomamente l'importo dell'assegno, evitando la revisione giudiziale.

⁴⁴ Cfr. Cass., 27 luglio 1998, n. 7365, in *Dir. fam. pers.*, 1998, p. 1428 s., secondo cui «la corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione (per effetto del divorzio) di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessun ulteriore prestazione, oltre quella già ricevuta, può essere legittimamente invocata (nella specie, per l'asserito peggioramento delle condizioni di salute, impeditive della prosecuzione della attività lavorativa di decoratrice floreale) dal coniuge assegnatario, giusto disposto dell'art. 5, comma 8, della n. 898 del 1970, senza che, di questa norma, possa legittimamente revocarsi in dubbio la costituzionalità in relazione agli art. 2, 3, 29 e 38 della Carta fondamentale»; Cass., 5 gennaio 2001, n. 126, in *Fam. dir.*, 2001, p. 128 ss., con nota di V. CARBONE, *È sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?*, ove dispone che «la corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione, per effetto del divorzio, di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione può essere legittimamente invocata dal coniuge assegnatario, in base al disposto dell'art. 5, comma 8, della legge n. 898 del 1970, neanche per la sopravvenienza di quei giustificati motivi cui l'art. 9 della stessa legge subordina l'ammissibilità della istanza di revisione dell'assegno corrisposto periodicamente».

in unica soluzione. Allo stesso modo, il coniuge obbligato non può chiedere la ripetizione della prestazione nel caso in cui il beneficiario passi a nuove nozze.

Il carattere definitivo della prestazione *una tantum* trova la sua giustificazione immediata nel controllo di equità effettuato dal giudice al fine di preservare la componente assistenziale dell'accordo e, quindi, ad una adeguata tutela degli interessi del coniuge più debole. In questo modo il coniuge beneficiario, che successivamente cade in stato di bisogno, non potrebbe più esigere alcuna pretesa economica onde far fronte al suo stato⁴⁵.

L'adempimento, in unica soluzione esclude, secondo la S. Corte, anche il diritto del coniuge superstite alla pensione di reversibilità (art. 9, comma 2, l. n. 898/1970), il quale ha diritto soltanto se al momento della morte dell'obbligato sia titolare dell'assegno ai sensi dell'art. 5, ad esclusione dell'assegno *una tantum*⁴⁶.

Va tuttavia precisato che le successive domande non concernono anche le questioni patrimoniali in ordine alla prole, la quale è titolare di «un interesse distinto e preminente rispetto a quello dei genitori a vedersi assicurato, sino al raggiungimento della propria indipendenza economica, un contributo al suo mantenimento, da parte di entrambi i genitori, che sia idoneo al soddisfacimento delle proprie esigenze di vita sicché la corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione e anche in vista delle esigenze di mantenimento del minore non pregiudica la possibilità di richiedere, l. n. 898 del 1970, *ex art. 9*, la modifica

⁴⁵ L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, p. 38 ss. In giurisprudenza, Cass., 8 marzo 2012, n. 3635, in *Fam. dir.*, 2012, p. 620 ss., secondo la quale «la corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione su accordo tra le parti, soggetto a verifica giudiziale, esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, a contenuto patrimoniale o meno, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione, per effetto del divorzio e della suddetta erogazione “una tantum”, di qualsiasi rapporto fra gli stessi, con la conseguenza che nessuna ulteriore prestazione può essere richiesta, neppure per il peggioramento delle condizioni economiche dell'assegnatario o, comunque, per la sopravvenienza dei giustificati motivi cui è subordinata l'ammissibilità della domanda di revisione del medesimo assegno periodico».

⁴⁶ Di recente, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22434, in *Giur. it.*, 2019, p. 2095 ss., con nota di A.M. SERAFIN, *Assegno di divorzio una tantum e pensione di reversibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, dispone che «ai fini del riconoscimento della pensione di reversibilità in favore del coniuge nei cui confronti è stato dichiarato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, la titolarità dell'assegno di cui all'art. 5 della l. n. 898 del 1970, deve intendersi come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno periodico divorzile al momento della morte dell'ex coniuge e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile già definitivamente soddisfatto con la corresponsione in unica soluzione. In quest'ultimo caso, infatti, difetta il requisito funzionale del trattamento di reversibilità, che è dato dal medesimo presupposto solidaristico dell'assegno periodico di divorzio, finalizzato alla continuazione del sostegno economico in favore dell'ex coniuge, mentre nel caso in cui sia stato corrisposto l'assegno “una tantum” non esiste una situazione di contribuzione economica che viene a mancare». V., altresì, Cass., 3 luglio 2012, n. 11088, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 705 ss.; Cass., 18 luglio 2002, n. 10458, in *Fam. dir.*, 2002, p. 647 ss.

delle condizioni economiche del divorzio qualora esse per fatti intervenuti, [...] successivamente alla sentenza di divorzio, si dimostrino inidonee a soddisfare le esigenze di mantenimento del minore»⁴⁷.

Per quanto riguarda l'oggetto della prestazione *una tantum*, esso può consistere nella corresponsione di una somma di danaro o anche in un trasferimento di beni diversi, quale il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale su beni immobili. Non è incompatibile con siffatto strumento soddisfattorio la rateizzazione dell'adempimento, la quale non modifica la struttura dei termini dell'accordo. Per questo, la morte del soggetto obbligato non estingue il dovere di pagare le restanti rate, che entrano nel debito ereditario⁴⁸.

La pattuizione dell'assegno *una tantum* è lo strumento con il quale si realizza l'esercizio dell'autonomia negoziale dei coniugi nella fase patologica del rapporto matrimoniale, in cui il controllo sull'equità del contenuto, da parte del giudice, non incide sulla sua validità o sull'efficacia, ma sulla sua immutabilità futura. L'accordo privo del controllo giudiziale può essere oggetto di revisione così come previsto dall'art. 9 l. n. 898/1970.

L'accordo che viene realizzato con la prestazione convenuta (ad es.: pagamento di una somma di danaro, trasferimento della proprietà o di altro diritto reale) assume natura di *datio in solutum* (art. 1197 c.c.), mentre se il contenuto contiene l'assunzione di una obbligazione (ad es.: obbligo di trasferire la proprietà o altro diritto reale, pagamento rateale di una somma di danaro), la convenzione integra una novazione di cui all'art. 1230 c.c.⁴⁹.

L'accordo ha carattere aleatorio, poiché al momento della stipulazione del contratto le parti non hanno la possibilità di prevedere gli sviluppi patrimoniali successivi delle parti contraenti⁵⁰.

⁴⁷ Cass., 13 giugno 2014, n. 13424, in *Pluris online*.

⁴⁸ Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. not.*, 2004, p. 467 ss., con nota di G. FESTA FERRANTE, *Brevi note in tema di corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione e successive vicende legate ai coniugi*.

⁴⁹ G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, cit., p. 134 s.

⁵⁰ Una parte della giurisprudenza di merito riconosce natura transattiva a questi accordi in quanto diretti, mediante reciproche concessioni, alla cessazione della *res litigiosa*. Cfr. App. Napoli, 3 aprile 2006, in *Pluris online*, secondo cui l'art. 5 l. div. attribuisce «ai coniugi la facoltà di sostituire all'assegno periodico di divorzio l'attribuzione di una somma forfetaria, o di un bene, o di una altra utilità, così regolando in modo definitivo ed esaustivo i rapporti patrimoniali. Difatti, sulla scorta del disposto richiamato, l'impegno al trasferimento costituisce un negozio di natura transattiva ed aleatoria, rispetto al quale è irrilevante la diversa situazione dei coniugi e che comporta l'applicazione non più delle regole dettate in tema di divorzio bensì quelle disciplinanti i rapporti contrattuali»; App. Torino, 15 gennaio 1998, in *Pluris online*, ove statuisce che «la corresponsione d'una somma "una tantum" invece dell'assegno divorzile mensile, pur pattuita con pagamento in più rate anziché in unica

Un ultimo problema riguarda l'assegno di mantenimento nella separazione, nel senso che ci si chiede se sia ammissibile la corresponsione *una tantum* in assenza di una norma *ad hoc*⁵¹.

Una parte della letteratura in passato, riteneva che la conformazione dell'assegno di mantenimento sarebbe diretta a preservare il dovere di solidarietà coniugale nonché la partecipazione del coniuge allo sviluppo del profilo economico dell'altro. In questo senso l'assegno non può essere strutturato in forma di *una tantum*⁵².

La dottrina moderna⁵³, all'opposto, nell'ottica di valorizzare l'autonomia negoziale dei coniugi, non scorge difficoltà a perseguire la soluzione positiva in quanto non in contrasto con interessi pubblici. Taluni studiosi⁵⁴ sono favorevoli a riconoscere l'applicabilità nella separazione della norma di cui all'art. 5, comma 8, l. n. 898/1970, riconoscendo in capo al giudice il controllo contenutistico di equità al fine di scongiurare successive pretese economiche da parte del coniuge⁵⁵.

Dubbi sorgono nel caso in cui, per circostanze sopravvenute, il coniuge beneficiario chieda un ulteriore sostegno economico, in quanto successivamente venga a trovarsi in stato di bisogno. In realtà, la solidarietà coniugale in sede di separazione riconosce, in capo al coniuge bisognoso il diritto a chiedere quel sostegno economico sufficiente a soddisfare i bisogni essenziali⁵⁶.

6. I trasferimenti immobiliari in sede di separazione e divorzio

In seno ai procedimenti di separazione e divorzio i coniugi possono regolare la crisi

soluzione, si distingue dal regime caratterizzato dal versamento mensile dell'assegno e pertanto non consente adeguamenti successivi, neppure ove siano richiesti quando non si sia ancora completato il versamento rateale della somma come sopra concordata giacché il versamento della somma "una tantum" si ricollega a una transazione novativa d'ogni precedente pretesa, e a transazione adempiuta il titolo azionabile dal creditore è esclusivamente detta transazione».

⁵¹ In argomento, M. RABITTI, *La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi*, in *Famiglia*, 2001, p. 589 ss.

⁵² Cfr. A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 486 s.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale (dir. priv.)*, cit., p. 1399; F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi ed il divorzio*, Milano, 2003, p. 370.

⁵³ M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 67; M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 19.

⁵⁴ L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., p. 38 ss.; M. MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, cit., p. 19.

⁵⁵ G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 288 ss.

⁵⁶ A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, cit., p. 238 s.

coniugale anche mediante la predisposizione di trasferimenti patrimoniali, come il trasferimento della proprietà di beni mobili e immobili, la costituzione di diritti reali su beni o di una garanzia reale o, ancora, l'assunzione di obbligazioni⁵⁷.

Queste operazioni negoziali possono trovare collocazione nell'accordo di separazione sottoposto ad omologa o all'interno della domanda congiunta di divorzio o, ancora, essere concluse in via separata.

Sulle modalità dirette a realizzare gli spostamenti patrimoniali in sede di separazione e divorzio sono intervenute recentemente le Sezioni Unite⁵⁸ chiamate a risolvere una questione di massima di particolare importanza, sollevata nell'ordinanza di rimessione della Prima Sezione della Suprema Corte⁵⁹. Esse, dopo aver illustrato le diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, riconoscono «che l'orientamento, secondo il quale in sede di divorzio congiunto e di separazione consensuale siano ammissibili accordi tra le parti, che non si limitino all'assunzione di un mero obbligo preliminare, ma attuino in via diretta ed immediata il trasferimento della proprietà di beni o di altro diritto reale sugli stessi, meriti di essere condiviso e confermato»⁶⁰.

⁵⁷ Per la dottrina: A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 199 ss.; G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, cit., p. 151 ss.; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, p. 181 ss.; G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1417 ss. Per la giurisprudenza: cfr. Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. dir.*, 1997, p. 417, con nota di R. CARAVAGLIOS, *Trasferimenti immobiliari nella separazione consensuale tra coniugi*, in *Riv. not.*, 1998, p. 171, con nota di V. GAMMONE, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di trascrivibilità del verbale di separazione personale dei coniugi*, Cass., 15 novembre 2000, n. 14791, in *Riv. not.*, 2001, p. 1193, con nota di P. TURIS, *In tema di negozi giuridici a contenuto patrimoniale conclusi durante la separazione personale dei coniugi*: «sono validi gli accordi tra coniugi, assunti per la volontà di separarsi, nei quali si riconosca ad uno di essi o ad entrambi la proprietà esclusiva di un singolo bene, o con i quali si operi il trasferimento di un bene a favore di uno di essi al fine di assicurarne il mantenimento, anche nel caso in cui il bene oggetto dell'accordo ricada nel regime di comunione legale». Altresì, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1237, con nota di M. COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*; in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233, con nota di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*; in *Corr. giur.*, 1988, p. 144, con nota di V. MARICONDA, *Art. 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*; Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Vita not.*, 2014, p. 278, con nota di R. TRIOLA, *Famiglia, matrimonio, separazione personale dei coniugi; separazione consensuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 333, con nota di L. MAIONE, *Accordi in funzione solutoria e obbligo di mantenimento dei figli*.

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, in *Pluris online*.

⁵⁹ Cass., 10 febbraio 2020, n. 3089, in *Pluris online*. I coniugi lamentavano l'illegittima lesione della propria autonomia contrattuale, evidenziando che l'accordo di separazione o divorzio ha indubbiamente natura negoziale, e quindi il giudice avrebbe dovuto rispettare la loro volontà diretta al trasferimento immobiliare contenuto nell'accordo. Inoltre le finalità di controllo di cui alla previsione normativa invocata dalla Corte (art. 29, comma 1 bis, l. n. 52/1985) possono essere soddisfatte anche mediante attestazioni di conformità ed autodichiarazioni. La Corte sulla base di una diversità di opinioni ritiene di rimettere la questione alle Sezioni Unite.

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., § 3.4.

La vicenda alla base della rimessione alle Sezioni Unite concerne un'ipotesi in cui i coniugi, in sede di divorzio congiunto, avevano chiesto la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario, stipulando un accordo nel quale, fra i punti regolati, vi era uno che prevedeva il trasferimento a favore della prole della quota del 50% della nuda proprietà del padre sull'immobile adibito a casa coniugale e il trasferimento del marito a favore della moglie dell'usufrutto sulla propria quota dell'immobile.

Nei due gradi di merito, i giudici riconoscono la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma l'accordo di trasferimento dei diritti reali in capo alla prole e alla moglie da parte del marito non vengono posti in essere in quanto qualificati meri impegni preliminari obbligatori di vendita e di acquisto.

Le Sezioni Unite affrontano il problema in maniera unitaria, con riferimento alla separazione consensuale dei coniugi e al divorzio congiuntamente richiesto, pur sottolineando i profili distintivi tra i due rimedi. Da una parte, il divorzio congiunto che non termina con l'omologa giudiziale, come nella separazione consensuale, bensì con una sentenza diretta «a verificare la sussistenza dei presupposti di legge – in particolare se la comunione tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita – ed a verificare “la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli”»⁶¹. Dall'altra, in seno alla separazione consensuale, il giudice può rifiutare l'omologazione se l'accordo dei coniugi riguardante l'affidamento e il mantenimento dei figli sia contrario agli interessi degli stessi. In sede di domanda congiunta di divorzio, invece, il relativo procedimento è di natura contenziosa, con una decisione adottata in forma di sentenza, in cui il tribunale verifica la sussistenza dei presupposti di legge nonché la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli.

Nella prospettiva della S. Corte i due rimedi, pur differenziati, mostrano il profilo comune della consensualità, ove la sentenza incide sul vincolo matrimoniale ma non sull'accordo negoziale dei coniugi. Da ciò discende che la decisione giudiziale realizza soltanto un controllo esterno sull'accordo, diretto a preservare i diritti indisponibili del coniuge più debole e dei figli, «attesa la natura negoziale dello stesso, da affermarsi in ragione dell'ormai avvenuto superamento della concezione che ritiene la preminenza di un interesse superiore

⁶¹ Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., § 3.4.2.1. È naturale che in mancanza il giudice apre la procedura contenziosa (art. 4, comma 16, l. n. 898/1970).

e trascendente della famiglia rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti»⁶². L'accordo dei coniugi – secondo le Sezioni Unite – ha natura negoziale atipica, secondo il dettato dell'art. 1322, comma 2, c.c., per cui il controllo giudiziale si limita ai profili di liceità e meritevolezza. La prospettiva adottata trova poi rafforzamento nella «lettura costituzionalmente orientata» dell'autonomia negoziale dei coniugi, in ossequio alla quale è da ritenere maggiormente rispondente agli interessi dei coniugi garantire la celerità della soluzione in ordine alle questioni economiche.

I giudici supremi si fanno inoltre carico di sciogliere alcuni dubbi interpretativi sorti nel caso di specie, riguardanti in particolare questioni inerenti profili di legislazione edilizia. Questo profilo tecnico viene superato grazie ad una lettura delle disposizioni normative, dalla quale risulta che l'intervento del notaio non può dirsi esclusivo, e che gli elementi richiesti dalla legge ai fini della validità dell'atto di trasferimento di un'abitazione possono essere inseriti anche nel processo verbale redatto dall'ausiliare del giudice e trascrivibile ai sensi dell'art. 2657 c.c. Ne consegue che la validità dei trasferimenti immobiliari postula l'attestazione da parte del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e reso le dichiarazioni ex art. 29, comma 1 bis, l. n. 52/1985, mentre non v'è nullità dell'atto di trasferimento allorché l'ausiliario non proceda alla verifica dell'intestatario catastale dei beni trasferiti e non accerti la sua conformità con i registri immobiliari.

I coniugi, in ossequio al principio di autonomia negoziale, possono anche prevedere, in sede di accordo di separazione o di domanda congiunta di divorzio, che un coniuge si obbliga a trasferire un bene immobile in capo all'altro con successivo contratto definitivo⁶³. In caso di inadempimento dell'obbligato, il creditore può esercitare l'azione *ex art.* 2932 c.c.⁶⁴.

⁶² Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, cit., § 3.4.4.1. Per Cass., 24 luglio 2018, n. 19540, in *Foro it.*, 2019, I, c. 269, «a differenza di quanto avviene nel procedimento di separazione consensuale, la domanda congiunta di divorzio dà luogo ad un procedimento che si conclude con una sentenza costitutiva, nell'ambito del quale l'accordo sotteso alla relativa domanda riveste natura meramente ricognitiva, con riferimento alla sussistenza dei presupposti necessari per lo scioglimento del vincolo coniugale *ex art.* 3 l. n. 898 del 1970, mentre ha valore negoziale per quanto concerne la prole ed i rapporti economici, consentendo al tribunale di intervenire su tali accordi nel caso in cui essi risultino contrari a norme inderogabili, con l'adozione di provvedimenti temporanei ed urgenti e la prosecuzione del giudizio nelle forme contenziose».

⁶³ A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 286 ss.

⁶⁴ Per Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in *Iusexplorer online*, «la pronuncia del giudice del divorzio, in ordine all'assegnazione della casa familiare, non è vincolata dall'accordo, con cui uno dei coniugi, in sede di separazione consensuale, si sia impegnato a costituire, in favore dell'altro coniuge, diritto d'usufrutto su detto immobile, salva restando la deducibilità di tale impegno in separato giudizio, promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c.».

Ci si chiede se il trasferimento del bene immobile in adempimento di un precedente obbligo assunto dai coniugi inserito nell'accordo di separazione o nella domanda di divorzio congiunto possa realizzarsi anche con la sola presenza del coniuge obbligato. In una decisione datata la S. Corte qualifica l'impegno di un coniuge a trasferire un bene a favore dell'altro assunto in sede di separazione consensuale quale preliminare di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente di cui all'art. 1333 c.c., con la conseguenza che il contratto definitivo può essere concluso dal solo soggetto obbligato mentre al destinatario dell'attribuzione resta il potere di rifiuto⁶⁵. In dottrina⁶⁶ si giustifica l'unilateralità del trasferimento del diritto mediante lo strumento diverso dell'adempimento traslativo *solvendi causa*. Altra parte della dottrina⁶⁷ ritiene invece che, pur nella peculiarità della fattispecie, il contratto definitivo di trasferimento deve poggiare sul consenso di entrambi i coniugi.

Infine, si è posta la questione della causa che giustifica gli accordi traslativi conclusi in occasione o in sede di separazione e divorzio. Il problema è di rilevante interesse in quanto la mancanza della causa in seno all'operazione negoziale comporta la sua nullità, così come disposto dagli artt. 1325 e 1418, comma 2, c.c.

L'assenza, di frequente, della controprestazione nelle operazioni negoziali di trasferimento in sede di separazione e di divorzio ha richiamato la causa donativa⁶⁸. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza non hanno mancato di osservare che nelle relative pattuizioni è

⁶⁵ Così, Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233 ss. con nota di A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, la quale dispone che «allorché taluno, in sede di separazione coniugale consensuale, assume l'obbligo di provvedere al mantenimento di una figlia minore, impegnandosi a tal fine a trasferirle un determinato bene immobile, pone in essere con il coniuge un contratto preliminare a favore di terzo. Quando poi in esecuzione di detto obbligo, dichiara per iscritto di trasferire alla figlia tale bene, avvia il processo formativo di un negozio che, privo della connotazione dell'atto di liberalità, esula dalla donazione ma configura una proposta di contratto unilaterale, gratuito e atipico, che, a norma dell'art. 1333 c.c., in mancanza del rifiuto del destinatario entro il termine adeguato alla natura dell'affare, e stabilito dagli usi, determina la conclusione del contratto stesso e, quindi, l'irrevocabilità della proposta».

⁶⁶ F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2895 ss.; V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, p. 238, nota 242.

⁶⁷ G. CECCHERINI, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, p. 132; G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 181 ss.

⁶⁸ Cfr. Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 935 s.; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, in *Foro it.*, 1981, I, 1702, con nota di L. DI LALLA, *Incertezze in tema di promessa di donazione*, ove dispone che «la convenzione, con la quale un soggetto si impegna a dividere il suo patrimonio immobiliare fra i discendenti secondo i rami, con contestuale costituzione in suo favore di una rendita vitalizia, del tutto inadeguata al valore dei beni promessi, va qualificata come contratto preliminare di donazione (modale), ed è nulla per l'incompatibilità tra l'obbligo giuridico di donare e lo spirito di liberalità».

assente lo spirito di liberalità nonché l'intento di arricchire l'altro coniuge⁶⁹. Ne consegue che per siffatte operazioni negoziali non troverebbe applicazione la disciplina del contratto di donazione⁷⁰.

La giurisprudenza⁷¹, a volte, richiama la funzione transattiva, caratterizzata dalle reciproche concessioni che consistono negli accordi di trasferimento e dal superamento della lite attuale o potenziale in seno alle procedure di separazione e divorzio. A fronte di tale orientamento, gli studiosi sottolineano come nella maggior parte delle ipotesi – nel caso di trasferimento immobiliare a favore dell'altro coniuge senza alcuna controprestazione – mancano le reciproche concessioni⁷², o la stessa lite⁷³, anche potenziale, come mostrano le fattispecie di separazione consensuale e di divorzio congiunto. Allo stesso tempo va rimarcato come il richiamo della transazione ha la funzione di precludere qualsiasi successiva pretesa delle parti, ciò in opposizione evidente ai rimedi previsti dagli artt. 156, comma 7, c.c. e 9, comma 1, l. n. 898/1970 per la revisione successiva delle condizioni economiche giustificata da circostanze sopravvenute.

Un'altra tesi propende per un riconoscimento, con riferimento a siffatte operazioni

⁶⁹ In dottrina: G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 203; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del "ménage"*, Padova, 1999, p. 93 ss.; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., p. 207 ss.; G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1417 ss.; L. MATTIANGELI, *Autonomia privata e negozi traslativi nella separazione personale dei coniugi*, in *Riv. not.*, 2000, p. 324 ss. Per la giurisprudenza: Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.; Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, cit.; Cass., 3 febbraio 2014, n. 2263, in *Rass. trib.*, 2014, p. 849, secondo cui «de convenzioni concluse dai coniugi in sede di separazione personale, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro relative a beni mobili o immobili, non sono né legate alla presenza di un corrispettivo né costituiscono propriamente donazioni, ma rispondono, di norma, al peculiare spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di "separazione consensuale"».

⁷⁰ In particolare, non trova applicazione la forma solenne prevista dagli artt. 782 c.c. e 48 1. not., né trovano applicazione le norme sulla revocazione per ingratitudine o per sopravvenienza di figli (art. 679 ss. c.c.), gli alimenti art. (437 c.c.), la collazione (art. 737 ss. c.c.), le azioni di riduzione e restituzione per lesione dei diritti riservati ai legittimari (art. 555 ss. c.c.).

⁷¹ Per Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 882, con nota di D. BUZZELLI, *Contratto di transazione e rapporti di famiglia*, «anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento d'interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originario»; Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Riv. not.*, 2004, p. 467, «l'accordo, recepito nella pronuncia di divorzio, prevedente l'obbligo, a carico di un coniuge, di trasferire all'altro la proprietà di un immobile a titolo di assegno *una tantum* di divorzio, entro e non oltre un certo termine dalla data di pubblicazione della sentenza di divorzio congiunto, costituisce un negozio di natura transattiva».

⁷² N.A. CIMMINO, *Trasferimenti immobiliari nella separazione e divorzio*, Milano, 2015, p. 38.

⁷³ G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1419.

negoziali, della funzione solutoria⁷⁴ in quanto diretta ad adempiere gli obblighi di mantenimento di un coniuge verso l'altro; nella specie le figure giuridiche più acconce secondo questa prospettiva sono la novazione (art. 1230 c.c.), quando l'accordo ha carattere obbligatorio, e la *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) nelle operazioni di natura traslativa⁷⁵. La dottrina non manca di manifestare, in proposito, alcune perplessità⁷⁶, in quanto non sempre lo spostamento patrimoniale avviene a tacitazione dei diritti del coniuge, con la conseguenza che può continuare a sussistere il diritto all'assegno.

Gli orientamenti *ut supra* mostrano alcune debolezze tali da mettere in dubbio la loro fondatezza diretta a giustificare le pattuizioni stipulate durante la crisi coniugale. La stessa S. Corte⁷⁷ ha qualificato come contratti atipici tutti gli accordi traslativi posti dai coniugi aventi «l'intento comune di regolare le proprie posizioni personali e patrimoniali»⁷⁸. Questa lettura ha trovato il consenso di parte della dottrina moderna, la quale per siffatti negozi ha coniato la causa tipica di regolamentare la crisi coniugale⁷⁹. La causa tipica familiare troverebbe an-

⁷⁴ Secondo Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 808, con nota di D. SINESIO, *Separazione di fatto e accordi fra coniugi*, «il patto fra i coniugi, con cui si prevedano trasferimenti immobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento, non integra donazione, in considerazione della suddetta funzione solutoria».

⁷⁵ Si pensi soprattutto a tutti i casi di assegno *una tantum* di separazione e di divorzio. Cfr. N.A. CIMMINO, *Trasferimenti immobiliari nella separazione e divorzio*, cit., p. 38.

⁷⁶ Cfr. G. CECCHERINI e L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, cit., pp. 301-302; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., p. 281.

⁷⁷ Per Cass., 11 maggio 1984, n. 2887, in *Pluris online*, «atto con cui un coniuge si obbliga a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, successivamente all'omologazione della loro separazione personale consensuale ed al dichiarato fine della 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 ad una generalità di beni anche di futura acquisizione, né un contratto di donazione, avente come causa tipici ed esclusivi scopi di liberalità (e non l'esigenza di assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati), bensì un diverso contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se concernente immobili, validamente stipulabile con scrittura privata, senza necessità di atto pubblico (art. 1350 c.c.)»; inoltre secondo Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, 8, I, 1, c. 1320, «il contratto con cui, in pendenza del giudizio di separazione, il marito si impegna a trasferire dei beni immobili alla moglie e ai figli e quest'ultima rinuncia a costituirsi parte civile nel procedimento penale a carico del marito, non costituisce una donazione, ma un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità, volto a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi». In senso conforme altresì Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1220.

⁷⁸ P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, p. 627 ss.

⁷⁹ G. OBERTO, *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, cit., p. 181 ss. In proposito G. TRAPANI, *Il trasferimento di beni in esecuzione degli accordi di separazione e di divorzio*, cit., p. 1420, precisa come «la proficuità di quest'ultima ricostruzione consiste in definitiva nell'attribuzione alla crisi coniugale stessa di un ruolo causale ed alla ricerca di un confacente assetto agli interessi patrimoniali in gioco di un favorevole giudizio di meritevolezza».

coraggio diretto negli artt. 29 e 30 cost., quale base fondativa delle questioni relative ai rapporti familiari. Ciò non, tuttavia, esclude che i coniugi possano realizzare i propri interessi mediante la conclusione di un contratto tipico, come la vendita, la transazione, la divisione, che sarà governato dalla relativa disciplina di legge.

7. *Gli accordi fra coniugi in seno alle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*

Nella convenzione di negoziazione assistita di cui all'art. 6 l. n. 162/2014 può essere inserita qualsiasi convenzione personale e patrimoniale con gli stessi limiti degli accordi stipulati dai coniugi in sede di separazione consensuale e di divorzio congiunto.

Così i coniugi possono concludere un accordo di vivere separati nonché stabilire convenzionalmente entità e modalità dell'assegno di mantenimento, godimento della casa familiare, i provvedimenti in favore della prole e altresì trasferimenti patrimoniali, come negozi traslativi di diritti reali⁸⁰. L'ampia autonomia riconosciuta in favore dei coniugi si giustifica in quanto essi si avvalgono sempre della consulenza di un avvocato.

Il legislatore dispone, in proposito, l'equiparazione degli effetti della convenzione a quelli dei provvedimenti giudiziali, permettendo un'efficace pubblicità presso i registri dello stato civile⁸¹, non anche ai fini della pubblicità immobiliare, in quanto non integra i requisiti previsti dall'art. 2657 c.c.⁸².

Ci si interroga se, in sede di negoziazione assistita, sia possibile per i coniugi convenire

⁸⁰ G. DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, cit., p. 188 s.

⁸¹ A. BUSANI, *I contratti nella famiglia*, cit., p. 268 s. In giurisprudenza: App. Trieste, 6 giugno 2017, in *Pliris online*, ha deciso che «per poter trascrivere l'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto in un accordo di negoziazione assistita in materia di famiglia, ex art. 6 d.l. n. 132/2014, è necessaria l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, richiesta dal terzo comma del precedente art. 5»; Trib. Venezia, 21 novembre 2017, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 963 ss., riconosce che «la certificazione di autenticità delle sottoscrizioni dei coniugi resa dai rispettivi avvocati è funzionale alla trascrizione dello stesso nell'archivio dello Stato civile e all'annotazione a margine dell'atto di nascita e dell'atto di matrimonio, non invece alla trascrizione dell'accordo nei registri immobiliari. L'equiparazione tra l'accordo di negoziazione assistita e i provvedimenti giurisdizionali di separazione e divorzio prevista dall'art. 6, comma 3, primo periodo, del d.l. n. 132/2014 riguarda solamente i contenuti tipici dei provvedimenti citati; non riguarda, pertanto, quelle pattuizioni che esulano dal contenuto tipico, che certamente le patti possono prevedere *a latere* e inserire nei verbali d'udienza. Ove i coniugi, dunque, intendano aggiungere delle pattuizioni atipiche, sarà necessario rispettare le forme stabilite per tali negozi dalla normativa civilistica, sia *ad substantiam*, sia ai fini della trascrizione. Di conseguenza, non potrà che applicarsi quanto previsto dall'art. 5 d.l. n. 132/2014».

⁸² In questo caso trova applicazione l'art. 5, comma 3, l. n. 162/2014, secondo il quale «se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

la corresponsione *una tantum* dell'assegno di mantenimento. La legge divorzile prevede un controllo di equità del giudice non a scopo di validità della pattuizione ma soltanto per riconoscerne natura definitiva. In questo senso, la dottrina⁸³ reputa ammissibile in via stragiudiziale la corresponsione *una tantum*, tuttavia, proprio per l'assenza del controllo di equità del giudice, il coniuge beneficiario che successivamente versi in situazione di bisogno, avrà la possibilità di chiedere quanto necessario per superare la situazione di indigenza. Ciò non accade nell'ipotesi di divorzio congiunto, in quanto la definitività è garantita dal controllo equitativo del giudice.

Diversamente accade in sede di procedimento di separazione e divorzio dinanzi all'ufficiale dello stato civile, in quanto la lettera della disposizione dell'art. 12 l. n. 162/2014 sembra chiara: l'accordo di separazione o di divorzio non può contenere patti di trasferimento immobiliare. Gli studiosi si sono interrogati se la previsione legislativa vieti ogni pattuizione dei coniugi di profilo economico. E in questo senso è stata una circolare del Ministero degli interni⁸⁴. Una parte della dottrina⁸⁵ è stata critica di fronte a questa interpretazione molto ampia, e si è mostrata propensa ad adottare una lettura più restrittiva della previsione legale nell'ottica di sanzionare soltanto quei negozi traslativi che assumono un'efficacia irreversibile. Siffatto orientamento ha trovato accoglimento in altra circolare del Ministero degli interni⁸⁶, supportata da una pronuncia del Consiglio di Stato, che vieta esclusivamente gli accordi traslativi di diritti reali⁸⁷. I giudici supremi hanno declamato che il divieto di cui all'art. 12 «mira

⁸³ Cfr. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 824.

⁸⁴ Circolare del Ministero degli interni, 28 novembre 2014, n. 28. Sul punto cfr. M.N. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 515 ss.

⁸⁵ M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 295; M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss.; G. CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 44 ss.; F. DANOVÌ, *Il D.L. n. 132/14: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 949 ss.

⁸⁶ Circolare del Ministero degli interni, 24 aprile 2015, n. 6.

⁸⁷ Cons. St., 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 541 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*. «nell'ambito del procedimento semplificato di separazione e di divorzio innanzi all'ufficiale di stato civile, ai sensi dell'art. 12 del D.L. n. 132/14, convertito in L. n. 162/14, il divieto dei patti di trasferimento patrimoniale deve ritenersi limitato ai soli accordi traslativi della proprietà o di altro diritto reale su un bene determinato o di altri diritti, mediante la previsione di un assegno *una tantum*; pertanto sono legittimi i provvedimenti amministrativi interpretativi secondo cui le parti possono prevedere, nell'ambito dei loro accordi, il riconoscimento di un assegno di mantenimento o divorzile».

esclusivamente ad evitare che con gli accordi stipulati in seno a tale procedura, anche per i limitati poteri di verifica che l'ufficiale di stato civile può esercitare nell'ambito delle proprie competenze, possano realizzarsi una volta per tutte trasferimenti di beni (o di altri diritti) che, per la loro particolare rilevanza socio-economica, incidono irreversibilmente sul patrimonio dei coniugi e, in quanto tali, richiedono un controllo non solo formale [...] ma anche sostanziale sulla "equità" di tali condizioni, inteso a scongiurare una definitiva compromissione del coniuge debole»⁸⁸.

Sono in ogni caso ammissibili convenzioni sugli assegni periodici e le loro modalità di corresponsione, soggetti tuttavia al principio *rebus sic stantibus* che permette alle parti la successiva revisione delle condizioni.

Abstract

Il contributo affronta il delicato problema degli spazi dell'autonomia privata entro il settore del diritto di famiglia e soprattutto della crisi coniugale. Le normative in tema di separazione e di divorzio e, soprattutto, gli interventi legislativi successivi offrono ai coniugi un'ampia possibilità di gestire la crisi coniugale attraverso strumenti negoziali. Resta ancora un atteggiamento di diffidenza della giurisprudenza con riguardo ai patti diretti a regolare l'assegno divorzile a favore del coniuge.

Abstract

The contribution deals with the delicate problem of spaces for private autonomy in the area of family law and above all of the marital crisis. The regulations on separation and divorce and, above all, subsequent legislative interventions offer spouses a wide range of opportunities to manage the marital crisis through negotiation tools. There is still an attitude of distrust of the jurisprudence with regard to the agreements aimed at regulating the divorce allowance in favor of the spouse.

Camerino, ottobre 2021.

⁸⁸ Cons. St., 26 ottobre 2016, n. 4478, cit., p. 546.