

ACCORDI IN FUNZIONE DEL DIVORZIO TRA AUTONOMIA E LIMITI

Di Antonio Gorgoni

| 236

SOMMARIO: 1. *Gli accordi della crisi coniugale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni unite sull'assegno di divorzio.* - 2. *Gli accordi definitivi nell'evoluzione dell'ordinamento.* - 3. *Compatibilità del quadro normativo con la validità degli accordi divorzili* - 4. *Doppia funzione dell'assegno di divorzio secondo la Cassazione a Sezioni unite e autonomia dei coniugi.* - 5. *La nullità acritica nella recente giurisprudenza sugli accordi in previsione del divorzio.* - 6. *Artifici giurisprudenziali e meritevolezza della regolazione, anche prematrimoniale, degli effetti economici della crisi coniugale.* - 7. *Equità dell'accordo definitivo sugli effetti economici.* - 8. *Rilevanza della contribuzione personale anche dal confronto con altri ordinamenti* - 9. *Accordo in previsione del divorzio e accordo prematrimoniale: tra validità ed esigenze di riforma.*

ABSTRACT. *La sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 18287/2018 sull'assegno di divorzio sollecita la riflessione sulla validità, quasi sempre esclusa dalla giurisprudenza, degli accordi prematrimoniali e di quelli conclusi a seguito della crisi coniugale e in previsione del divorzio. Si afferma nella pronuncia che i diritti rilevanti in materia hanno una «natura prevalentemente disponibile» e si argomenta, in chiave costituzionale, la doppia funzione dell'assegno divorzile. Una funzione non più esclusivamente assistenziale, ma anche perequativo-compensativa. Queste due novità, se correlate allo spazio che la disciplina legislativa riconosce all'autonomia contrattuale dei coniugi (e dei nubendi), inducono a sostenere la validità e l'efficacia sia degli accordi in vista del divorzio che di quelli prematrimoniali. Ciò senza far arretrare la tutela che l'ordinamento ha riservato al coniuge economicamente più debole.*

The sentence of the Cassation to joint sections n. 18287/2018 on the divorce allowance solicits the reflection on the validity, almost always excluded from the jurisprudence, of premarital agreements and those concluded following the conjugal crisis and in anticipation of divorce. It is stated in the ruling that the relevant rights in the matter have a "prevalently available nature" and, in a constitutional key, the double function of the divorce allowance is argued. A function that is no longer exclusively assistance, but also equalization-compensatory. These two novelties, if related to the space that the legislative discipline recognizes the contractual autonomy of spouses (and nubendi), induce to support the validity and effectiveness of both the agreements in view of divorce and premarital ones. This without backing the protection that the legal system has reserved for the economically weaker spouse.



1. Gli accordi della crisi coniugale dopo l'intervento della Cassazione a Sezioni unite sull'assegno di divorzio.

Due affermazioni contenute nella sentenza della Cassazione a Sezioni unite, intervenuta di recente sull'assegno di divorzio¹, inducono a ripensare il tema degli accordi divorzili², sia prematrimoniali che conclusi a seguito della crisi coniugale, volti a regolare i rapporti patrimoniali tra i coniugi.

La prima è lapidaria ma significativa: a proposito dei poteri istruttori officiosi del giudice nel procedimento di divorzio, le Sezioni unite sottolineano quasi una contraddizione tra tali poteri e «la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco». La seconda, supportata da un'ampia motivazione, consiste nella duplicità della funzione dell'assegno di divorzio: una funzione che non è più, quindi, esclusivamente assistenziale, ma anche e soprattutto perequativo-compensativa.

Sembra esserci un collegamento logico tra queste due asserzioni: l'ampliamento della funzione dell'assegno oltre la mera assistenza induce la Suprema Corte ad affermare la natura «prevalentemente disponibile» dei diritti rilevanti nello scioglimento del matrimonio. Se questo è vero, però, si pecherebbe di superficialità concludendo sbrigativamente che le Sezioni unite avrebbero legittimato indirettamente gli accordi in previsione del divorzio e finanche i patti prematrimoniali. Vi sarebbe un salto logico, non fosse altro perché le Sezioni unite si sono espresse in termini di prevalente e non già di assoluta disponibilità dei diritti.

Vero è che, al netto di fughe in avanti, un'ulteriore riflessione sul tema degli accordi collegati alla crisi coniugale si impone: prematrimoniali, a latere o in vista del divorzio. Basti ricordare che

uno degli argomenti a sostegno della nullità della maggior parte di essi è stato tratto dalla natura esclusivamente assistenziale dell'assegno di divorzio³. Ma è proprio quest'assunto ad essere stato superato dalle Sezioni unite della Cassazione. Da qui l'esigenza di verificare se e in quali limiti gli accordi originati dalla crisi - sui quali ci si soffermerà maggiormente - o i patti prematrimoniali siano validi ed efficaci.

Le Sezioni unite, nel superare il contrasto giurisprudenziale⁴ e dottrinale⁵ sulla funzione

³ *Ex multis*: Cass., 18.2.2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 ss.; Cass., 10.3.2006, n. 5302, in *Banca dati Leggi d'Italia*. Più di recente cfr.: Cass., 30.1.2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 955 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi tra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*, Cass., ord. 20.2.2018, n. 4764, in www.cassazione.net.

⁴ Com'è noto il contrasto si è determinato per effetto di un'innovativa sentenza della Cassazione del 10.5.2017, n. 11504, in *Giur. it.*, 2017, 6, 1299 ss., con nota di A. DI MAJO, *Divorzio. Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1795 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Corr. giur.*, 2017, 7, 885, con nota di E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Fam. e dir.*, 2017, 6, 636 ss., con nota di F. DANNOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, e ivi con nota di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 1001 ss., con commento di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'autosufficienza economica*. Secondo questa sentenza, l'inadeguatezza dei mezzi di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 deve essere rapportata non più all'impossibilità di godere di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, ma alla non autosufficienza economica. Tale ultima condizione assurge a presupposto dell'assegno di divorzio (l'an), la cui quantificazione (il quantum) dipende dall'applicazione degli indicatori di cui al medesimo art. 5, co. 6. In sostanza, secondo la pronuncia *de qua*, chi risultava economicamente autosufficiente non aveva diritto all'assegno; chi non lo era ne aveva diritto nella misura che sarebbe dipesa dall'applicazione degli indicatori di cui all'art. 5, co. 6, cit. La Suprema Corte confermava, quindi, la costruzione bifasica dell'assegno di divorzio, innovando radicalmente in punto di *an* dell'assegno. Ciò in aperto contrasto con l'orientamento quasi trentennale inaugurato da Cass. Sez. un. 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67 ss., con nota di E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 1991, 3, 305 ss., con nota di A. Ceccherini, *Le Sezioni Unite ritornano sul «tenore di vita» del coniuge divorziato*, e costantemente seguito sino al 2017. Alcune pronunce di merito hanno preso le distanze da tale *revirement*: Trib. Roma, sez. I civ., 21.7.2017, in www.ilcaso.it; Trib. Roma, 7.3.2018, n. 4858, in www.cassazione.net.; Trib. Udine, 1.6.2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 3, 272 ss., con nota di B. M. COLANGELO, *Assegno divorzile: la vexata quaestio del rilievo da attribuire al tenore di vita matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, 215 ss., con

¹ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, in *Giur. it.*, 2018, 8-9, 1843 ss., con nota di C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, in *Corr. giur.*, 2018, 10, 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, I, 2699 ss., con nota di G. CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»* e ivi 2703 ss., con nota di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, in *Fam. e dir.*, 2018, 11, 983 ss con nota di M. SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*

² A. FUSARO, *La sentenza delle Sezioni unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e dir.*, 2018, 11, 1031 ss. e C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, cit., 11 (versione in *Banca dati Leggi d'Italia*, Id., *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 11, 1041 ss., colgono le potenzialità del *decisum* sull'evoluzione dell'ordinamento con riguardo ai patti prematrimoniali e agli accordi, anche in funzione transattiva, conclusi in sede di separazione consensuale.

dell'assegno di divorzio, attraverso un'interpretazione unitaria dell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, hanno attribuito un particolare rilievo agli accordi sull'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.). Questi ultimi, nella valutazione delle parti, si giustificano e governano la vita matrimoniale, laddove, invece, nella crisi coniugale, possono pale-
sare conseguenze negative sulla condizione economico-patrimoniale di uno dei coniugi. Ed è in questa ipotesi che viene in rilievo l'ulteriore funzione dell'assegno di divorzio, che consiste non già nel riequilibrare le fortune economiche degli ex coniugi, ma piuttosto nell'attribuire un valore monetario agli «sforzi e alle rinunce» che hanno connotato la vita matrimoniale del richiedente l'assegno⁶.

La necessità che il giudice, nel decidere sull'attribuzione dell'assegno, consideri gli effetti negativi degli accordi di indirizzo discende - secondo le Sezioni unite - dal principio costituzionale dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.). L'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, proprio in attuazione di tale principio, impone al giudice di tener conto del «contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno». Tener conto, come si diceva, non già solo eventualmente in sede di quantificazione, ma di attribuzione dell'assegno (ed è questa la novità principale accolta dalle Sezioni unite).

A questo punto, la domanda da porsi è la seguente: attesa la doppia funzione dell'assegno, può il coniuge economicamente più debole in occasione della separazione consensuale - nel relativo procedimento o *a latere* di essa - accordarsi sull'attribuzione di una somma di denaro o di altri beni o diritti quale corrispettivo per aver contribuito alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dell'altro a detrimento del proprio? Anco-

nota di U. ROMA, *Prmississime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non solo*. Sarà questa la tesi accolta dalle Sezioni unite n. 18287/2918, ci.).

⁵ G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, Milano, 2016, III, 2887, ritengono che riferire il sintagma mezzi adeguati non già al tenore di vita matrimoniale ma a un modello di vita autonomo e dignitoso sia perfettamente rispondente «alla lettera e allo spirito» della riforma attuata con la legge n. 74/1987. In tal senso si era già espressa Cass., 2.3.1990, n. 1652, in *Dir. fam.*, 1990, 437 ss., con note di G. NAPPI, *Assegno divorzile e principio di solidarietà post coniugale*, e di F. DALL'ONGARO, *L'art. 10 della legge 75/1987 ed il dissidio sul concetto dei mezzi adeguati*. Per una sintesi del dibattito cfr. E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoreponsabilità*, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 537 ss. e ID., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007.

⁶ S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*, cit., 6 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

ra: se tale accordo è valido, quale rilevanza ha in sede di divorzio?

Si cercherà di dimostrare come un tale accordo, nonostante l'orientamento giurisprudenziale prevalentemente contrario, sia valido anche se funzionale a regolare gli effetti economici del divorzio. Ma ciò non postula affatto un'assoluta libertà negoziale, non potendosi, ad esempio, rinunciare all'assegno di divorzio⁷.

L'evoluzione dell'ordinamento, tuttavia, si è mossa verso un riconoscimento sempre più ampio dell'autonomia contrattuale dei coniugi. Su ciò merita soffermarsi.

2. Gli accordi definitivi nell'evoluzione dell'ordinamento.

Com'è noto vi è una sola disposizione che consente ai coniugi, d'accordo tra loro, di regolare definitivamente i loro rapporti economici. È quella contenuta nell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 sulla corresponsione in unica soluzione di una somma di denaro (o di un trasferimento/constituzione di un diritto reale), il cui effetto è di impedire, inderogabilmente⁸, ogni successiva domanda di contenuto economico. Quest'effetto è subordinato al controllo giudiziale di equità del contratto.

La disposizione *de qua* è inserita in materia di scioglimento del matrimonio e non di separazione consensuale. Probabilmente questa collocazione ha favorito alcuni esiti interpretativi che hanno prestato il fianco a penetranti critiche dottrinali⁹. È stata so-

⁷ G. FERRANDO, *La separazione personale*, in *La separazione personale dei coniugi*, a cura di G. Ferrando e L. Lenti, Milano, 2011, 59 ss., pur riconoscendo gli ampi spazi riservati all'accordo nella crisi matrimoniale, non si lascia giustamente convincere dall'idea del dominio dell'autonomia negoziale. Un'autonomia deve fare i conti con l'art. 160 c.c., con la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* e con l'irrinunciabilità dell'assegno di separazione e di divorzio. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 4, 812 ss. (versione in *Banca dati Leggi d'Italia*), afferma che l'ampliamento della libertà dei coniugi «ha riguardato, sino ad oggi, soprattutto la decisione in merito allo scioglimento del vincolo e alle procedure di scioglimento dello stesso, piuttosto che quelle relative alle concrete pattuizioni oggetto del contenuto degli accordi, anche quelle di natura economica, ancora ampiamente soggette agli originali vincoli normativi».

⁸ G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 2977, sottolineano come l'effetto preclusivo dell'accordo sull'*una tantum* sia insuscettibile di patto contrario e riguardi ogni possibile domanda di contenuto economico, anche di natura alimentare, poiché, in forza dell'accordo stesso, si scioglie il vincolo di solidarietà economica.

⁹ Più di recente: E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 303 ss.; C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. Fam. e pers.*, 2016, 665 ss.; R.





prattutto la giurisprudenza a ritenere fermamente che: gli accordi raggiunti in sede di separazione consensuale sono sempre modificabili in sede di divorzio (art. 156, ult. co. c.c.); essi sono nulli se conclusi in previsione del divorzio e, *a fortiori*, i patti prematrimoniali sono, in quanto tali, cioè in ragione della loro causa, affetti da nullità.

Questa sicurezza in ordine alla nullità non trova riscontro in una espressa disposizione di legge. Per la verità, la mancanza di disposizioni specifiche sugli accordi tra coniugi in crisi costituisce un limite della disciplina. Un limite tanto più grave se si considera che, spesso, le parti hanno interesse a regolare definitivamente i rapporti patrimoniali. Ciò può dipendere dalla decisione già maturata - comune o assunta da uno soltanto - di sciogliere il matrimonio e dall'intento di eliminare ogni contatto con l'altro, finanche quello caratterizzato dal rapporto di debito/credito, oppure dal desiderio di vivere un altro legame di tipo familiare, avendo la completa disponibilità dei propri redditi.

In questi casi i coniugi, dovendo prima conseguire lo *status* di separati, trovano un ostacolo nella giurisprudenza della Cassazione secondo cui, nella fase della separazione, non è consentito regolare conclusivamente gli aspetti patrimoniali. L'accordo perfezionato a tal fine, essendo in funzione del divorzio, sarebbe nullo per illiceità della causa¹⁰.

Questa posizione di chiusura non è consonante né con le disposizioni del codice civile¹¹, di cui si tratterà nel paragrafo successivo, né con la più recente evoluzione dell'ordinamento giuridico, alla quale è necessario accennare per cogliere qualche iniziale indicazione di carattere generale¹².

La legge n. 76/2016 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*) ha sostanzialmente rafforzato il diritto fondamentale di vivere un legame di tipo familiare, formalizzato in un istituto diverso dal ma-

trimonio¹³. Anche il convivente di fatto acquista diritti patrimoniali e non patrimoniali (art. 1, coo. 36, 42, 44, 46, 65 l. n. 76/2016). Perciò, un'interpretazione della normativa sulla crisi coniugale in senso marcatamente restrittivo dell'autonomia negoziale finisce per scontrarsi con l'effettività del diritto di costituire un'altra famiglia¹⁴ o, secondo la terminologia più cara al nostro legislatore, una nuova formazione sociale.

Ancora: la legge n. 55/2015 (*Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*) ha ridotto la durata della separazione necessaria per lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il tempo della permanenza dello *status* di coniuge separato è stato diminuito da tre anni a dodici mesi in caso di separazione giudiziale o a sei mesi se la separazione è consensuale o perfezionata tramite il procedimento di negoziazione assistita. La prossimità tra separazione e divorzio rende irrazionale una nullità dell'accordo concluso in sede o *a latere* della separazione per disciplinare anche gli effetti del divorzio¹⁵.

¹³ Cass., 19.5.2017, n. 11504, cit., tra gli argomenti adoperati per stabilire un nuovo criterio di riferimento dell'*an* dell'assegno di divorzio, utilizza anche quello della tutela del diritto fondamentale dell'individuo di costituire una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare. Può essere richiamata anche Cass., 3.4.2015, n. 6855, in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 553 ss., con nota di G. FERRANDO, «Famiglia di fatto» e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2078 ss., con nota di D. BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza more uxorio sull'assegno*, che estende l'art. 5, co. 10, l. n. 898/1970 sulla cessazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio all'ipotesi in cui l'ex coniuge creditore dell'assegno, invece di passare a nuove nozze, come prescrive l'articolo *de quo*, abbia dato vita ad una vera e propria famiglia di fatto. La quale può ritenersi esistente - soggiunge la Suprema Corte - quando la convivenza abbia assunto «i connotati di stabilità e continuità, e i conviventi [abbiano elaborato] un progetto e un modello di vita comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio)». Dunque, chi esercita il proprio diritto di formare una nuova famiglia, sia pur di fatto, non può continuare a pretendere l'assegno di divorzio dall'ex coniuge debitore, giacché, per effetto di tale nuova formazione sociale, «si rescinde ogni connessione con il tenore ed il modello di vita goduto durante la convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile». Cfr. anche Cass., 19.3.2014, n. 6289, in *Fam. e dir.*, 2015, 5, 470 ss., con nota di D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, sulla rimodulazione dell'assegno di divorzio in considerazione del nuovo matrimonio del soggetto debitore dello stesso. Insomma, la regolazione giuridica degli effetti economici del divorzio deve tener conto che un'ultrattività del matrimonio, sotto il profilo economico, rischia di confliggere con la tutela del diritto fondamentale a costituire una nuova famiglia.

¹⁴ Secondo G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018, 2, 150, «l'effettività non rende giuridico un fatto che non lo è, ma assicura ad un interesse rilevante la massima tutela». Cfr. *amplius* ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*, voce, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, 2017, 381 ss.

¹⁵ R. MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, cit., 226-227, trae dalla disciplina del c.d.

MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, in *Biblioteca della Fondazione del not.*, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini e M. Palazzo, 2018, 1, 209 ss e ivi M. PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, 255 ss.,

¹⁰ *Da ultimo* Cass., ord. 20.2.2018, n. 4764, cit.,

¹¹ E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio. Profili patrimoniali*, Napoli, I, 1987, 43 ss.

¹² Cfr.: P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 10, 845 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti in Riv. dir. civ.*, 2016, 6, 1447 ss.; G. VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, 1, 4 ss.; F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, 1572 ss.; A. TRINCHI, *Negoziazione assistita per la separazione o il divorzio. Tutela dei figli minori e poteri del Presidente*, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 267 ss.; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale: antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 575 ss.;

Significativa è anche la disposizione che, rispetto all'orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁶, ha anticipato lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi al momento dell'autorizzazione presidenziale a vivere separati (art. 2 l. n. 55/2015).

In questo quadro va richiamata anche la normativa sulla negoziazione assistita, che consente ai coniugi, finanche con figli minorenni, di addivenire alla separazione o al divorzio mediante un procedimento extragiudiziale, incentrato su un accordo che sia conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico (artt. 5 e 6 d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014). In sostanza è stata introdotta una «forma di autonomia privata assistita» da un avvocato per parte, attraverso la quale i coniugi possano regolare i profili patrimoniali della separazione, anche unitariamente e in previsione di quelli del divorzio. Si noti che il consenso alla negoziazione assistita potrebbe intervenire anche dopo aver raggiunto l'intesa sugli effetti economici della separazione o del divorzio. Ciò non implica affatto commercio di *status*; piuttosto i coniugi, nel condizionare la separazione o il divorzio consensuale all'intesa sui profili economici, in un certo senso dispongono validamente del loro *status*¹⁷.

Gli elementi appena indicati della brevità della separazione, dello scioglimento anticipato della comunione legale e della centralità dell'accordo modificativo/estintivo dello *status* di coniuge raggiunto nel procedimento di negoziazione assistita, dovrebbero indurre la giurisprudenza ad aprire alla validità degli accordi, anche prematrimoniali, in funzione

«divorzio breve» uno degli indici della rilevanza delle «pattuzioni e attribuzioni avvenute in occasione e in dipendenza della separazione». Il giudice del divorzio non può considerarle indifferenti perché nulle.

¹⁶ *Ex multis* cfr. Cass., 12.1.2012, n. 324, in *Leggi d'Italia on line*, secondo cui la comunione legale si scioglie, con effetto *ex nunc*, dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione o dall'omologa degli accordi di separazione consensuale.

¹⁷ C. RIMINI *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 5 (versione in Banca dati-Leggi d'Italia on line), rileva come le norme introdotte dalla legge sulla negoziazione assistita familiare «sembr[ino] svuotare dall'interno la tesi che afferma la nullità dei patti in vista del divorzio sulla base dell'argomento per cui essi si risolverebbero in un patto dispositivo dello *status*». Se la legge, continua l'Autore, ha ammesso che il divorzio «avvenga per effetto di un patto fra coniugi e senza l'intervento del giudice, espressamente [essa] riconosce la validità di un patto sullo *status*», salvo naturalmente per quanto attiene alle condizioni legali del divorzio (ad es.: la durata minima della separazione). R. MONTINARO, *op. cit.*, 225-226, rileva acutamente come la legge n. 162/2014 abbia fatto cadere «l'argomento della indisponibilità preventiva al di fuori del procedimento di divorzio, sostenuto da una parte della dottrina favorevole alla tesi della nullità degli accordi preventivi». L'Autrice afferma esattamente l'irrelevanza del momento in cui l'accordo è concluso (p. 227). L'incidenza della negoziazione assistita sul tema della validità degli accordi della crisi coniugale è messa ben in rilievo da E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit. 325 ss.

del divorzio. Altrimenti non può che apparire contraddittorio in una logica di sistema, da un lato, agevolare la separazione e lo scioglimento del matrimonio in un contesto sociale connotato da una pluralità dei modelli familiari, dall'altro, costruire artificiose nullità degli accordi conclusi proprio per facilitare la separazione e il divorzio.

Appare dunque incoerente, già sulla base di queste prime considerazioni, la nullità degli accordi in parola. Oltretutto, le disposizioni che andremo ad esaminare non escludono affatto l'autonomia dei coniugi con riguardo agli effetti economici del divorzio. Non solo: se il perno della pronuncia delle Sezioni unite del 2018 è la rilevanza delle scelte effettuate in attuazione dei doveri coniugali di cui all'art. 143 c.c. (ciò che ha indotto a ritenere più complessa la funzione dell'assegno), *a fortiori* dovrebbe riconoscersi ampio spazio all'autonomia negoziale dei coniugi, anche in previsione del divorzio. Sono proprio questi ultimi i soggetti maggiormente in grado di attribuire un valore monetario al ruolo assunto e al contributo offerto alla vita familiare da chi dei due si sia ritrovato in difficoltà economica al momento dello scioglimento del matrimonio.

3. Compatibilità del quadro normativo con la validità degli accordi divorzili.

Le disposizioni del codice civile e quelle sull'assegno di divorzio non escludono, né *expressis verbis* né implicitamente, che i coniugi possano accordarsi in previsione dello scioglimento del matrimonio. L'art. 160 c.c. non smentisce quest'affermazione.

Tale articolo, sebbene afferisca alla sez. I del capo VI del titolo VI del libro I del codice civile, ha un ambito applicativo più esteso del regime patrimoniale della famiglia. Secondo la dottrina maggioritaria¹⁸ e la giurisprudenza unanime¹⁹ esso, nel prescrivere l'inderogabilità dei diritti e dei doveri matrimoniali, si riferisce anche agli effetti economici della separazione e del divorzio. Ne consegue, quale corollario dell'inderogabilità, l'irrinunciabilità del

¹⁸ A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, artt. 159-166 bis*, in *Commentario* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2004, 342 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996; T. V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, 166 ss.; *Contra* G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 491 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 5, 498.

¹⁹ *Ex multis*: Cass., 4.6.1992, n. 6857, in *Corr. giur.* 1992, 863 ss., con nota di CARBONE; Cass., 30.1.2017, n. 2224, cit.





diritto all'assegno di mantenimento e all'assegno post-matrimoniale.

Ma l'irrinunciabilità non palesa indisponibilità assoluta del diritto, ponendo piuttosto un limite all'autonomia privata. L'ordinamento della crisi coniugale è caratterizzato dal contemperamento tra l'autonomia negoziale e l'esigenza di protezione del coniuge economicamente più debole. E qui il discorso diventa delicato e complesso, in ragione anche dei nuovi spunti che ha offerto la pronuncia delle Sezioni unite del 2018 sull'assegno di divorzio. Se quest'ultimo ha una funzione oltre che assistenziale anche compensativa, si potrebbe pensare a una rinunciabilità di tale ultima componente dell'assegno, sebbene la funzione compensativa abbia fondamento nel principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Il coniuge più debole potrebbe rinunciare validamente non all'assegno *tout court*, ma esclusivamente a ricevere un corrispettivo del contributo da egli prestato alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge²⁰.

Certamente invalida sarebbe, invece, una rinuncia alla componente assistenziale-alimentare dell'assegno di divorzio, essendo quest'ultima attuativa del principio di solidarietà post-coniugale.

Ma a parte queste considerazioni da approfondire, preme sottolineare un punto fermo che influenza l'efficacia degli accordi: la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* di ogni pattuizione o statuizione giudiziale relativa agli effetti economici della separazione o del divorzio (art. 156, ult. co., c.c., e art. 9, co. 1, l. n. 898/1970). Un'eventuale rinuncia all'assegno varrebbe, semmai, come dichiarazione di autosufficienza economica, che di per sé non preclude una futura reviviscenza del diritto all'assegno nei limiti del sopravvenuto giustificato motivo. Efficacia sì "precaria", ma pur sempre originata dalla volontà delle parti, libere di determinare il contenuto dei loro accordi economici.

Un'altra regola svela più di altre la disponibilità relativa dell'assegno post-matrimoniale; una disponibilità che si traduce nel comporre uno spazio riservato all'autonomia patrimoniale dei coniugi²¹. È

quella, già ricordata, contenuta nell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970, che subordina l'effetto preclusivo di successive domande di contenuto economico al giudizio positivo di equità della corresponsione in unica soluzione. Un giudizio espresso dal tribunale attraverso un controllo di merito²², i cui parametri di riferimento non sono stati esplicitati dalla medesima disposizione; ma su quest'ultimo punto si tornerà nel prosieguo.

Il giudizio di equità si atteggia, secondo una tesi già sviluppata altrove²³, quale *condicio juris* non già di validità né di efficacia del patto, ma dell'eliminazione dell'efficacia *rebus sic stantibus* di esso. La mancanza della valutazione giudiziale o una valutazione di iniquità non rende l'accordo nullo né inefficace e perciò non vincolante; semplicemente consente al coniuge più debole, titolare del diritto all'assegno, di chiedere un'integrazione di quanto pattuito.

L'impianto normativo, insomma, indica che i coniugi sono liberi di determinare il contenuto dei loro accordi economici, i quali assumono il carattere della definitività soltanto se valutati equi dal giudice. Se questo è vero, si deve mettere in discussione la tesi della nullità degli accordi in previsione del divorzio: sia di quelli conclusi *a latere* della (o nella) separazione personale e destinati a regolare gli effetti economici del divorzio, sia degli accordi prematrimoniali.

Il legislatore non ha strutturato l'accordo economico divorzile quale atto complesso, la cui validità o efficacia dipenda dall'intervento congiunto dei coniugi e del giudice²⁴. Egli ha protetto colui il quale non possa mantenersi perché privo di «adeguati

Enc. dir., 1989, 1398-1399; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 58 ss.

²² G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 2969, rilevano come la corresponsione in un'unica soluzione «non mut[is] la causa del diritto all'assegno post-matrimoniale, che rimane la solidarietà post-coniugale, e neppure il suo titolo, che è pur sempre la legge». Quindi il giudice dovrà valutare se quanto previsto dai coniugi sia idoneo a soddisfare quell'esigenza.

²³ A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 145 ss. La tesi sostenuta in questa monografia è condivisa da C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio (...)*, cit., 5. Il controllo di equità - preme qui ribadirlo - rappresenta un principio generale che presidia l'autonomia privata tra i coniugi in crisi. È vero che tale controllo entra in gioco soltanto quando si intenda stabilizzare gli effetti dell'accordo tra i coniugi in crisi, ma è anche vero che è proprio la previsione di un tale controllo a limitare l'autonomia negoziale. *Contra* G. BONILINI-A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 2967, i quali ritengono, invece, che il giudizio di equità sia un «requisito necessario, in assenza del quale, l'accordo, raggiunto dai coniugi, non è vincolante, e deve reputarsi privo di effetto».

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1951, rist. Napoli, 2002, 301; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, 211- 212; F. MESSINEO, voce *Convenzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1962, 510 ss.

²⁰ C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 4 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), sottolinea come l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale consenta di attribuire «all'art. 160 c.c. il valore non di un dogma assoluto ma di un principio flessibile in grado di contemperare l'autonomia negoziale in ambito familiare con le conseguenze connesse alla particolare natura composita dei diritti di cui si tratta».

²¹ G. FERRANDO, *La separazione personale*, cit., 60; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 281- 420; *Id.*, *Gli «effetti inderogabili» del matrimonio. (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 569 ss.; C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 228-229; M. MANTOVANI, voce *Separazione personale*, in *Enc. giur.*, 1996, 19; F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, in

redditi propri» (art. 156, co. 1, c.c.) o per mancanza di «mezzi adeguati» (art. 5, co. 6, l. n. 898/1970), attraverso due regole collegate: l'efficacia *rebus sic stantibus* dei provvedimenti giudiziali e degli accordi sugli assegni matrimoniali e il giudizio di equità.

Non vi sono, dunque, ostacoli normativi ad ammettere la validità dell'accordo concluso durante la separazione personale con lo scopo di regolare gli effetti non soltanto di tale istituto, ma anche del futuro divorzio. Di tale accordo, sebbene non sottoposto al giudizio di equità - del resto non previsto nel procedimento di separazione - non può essere predicata la nullità né l'inefficacia; esso, piuttosto, non produrrà l'effetto estintivo dell'efficacia *rebus sic stantibus*, che caratterizza ogni accordo della crisi coniugale.²⁵

L'accordo perfezionato fin dalla separazione potrà essere assoggettato al giudizio di equità successivamente, in sede di divorzio²⁶. Non solo: il giudice del divorzio, richiesto di valutare i presupposti del diritto all'assegno, dovrà tener conto degli accordi conclusi in sede di separazione, soprattutto quando i coniugi abbiano esplicitato in essi la comune intenzione di riequilibrare le loro posizioni economico-patrimoniali²⁷. Ciò è tanto più vero alla luce della nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio, in base alla quale il giudice dovrà considerare anche gli effetti positivi dello scioglimento della comunione legale²⁸.

Se le Sezioni Unite del 2018 hanno sottratto all'orientamento della nullità l'argomento della funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno di divorzio, a tale impostazione rimale l'asserzione, fragilissima, della causa illecita. Si sostiene, con un'incongrua generalizzazione, che l'accordo in

²⁵ Questa tesi consentirebbe di avvalersi della liquidazione *una tantum* anche nel procedimento di negoziazione assistita di cui all'art. 6 del d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014, demandando a un successivo intervento del giudice la valutazione di equità. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio (...)*, cit., 3 ss., approfondisce questo tema, ricordando tra l'altro che nella procedura davanti al sindaco, disciplinata dall'art. 12 d.l. 132/2014 conv. in l. 162/2014, sono inammissibili i patti produttivi di effetti traslativi di diritti reali. È consentito, invece, per effetto della Circolare ministeriale n. 6/2015, confermata da una pronuncia del Consiglio di Stato, accordarsi sulla misura dell'assegno di separazione o di divorzio.

²⁶ C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 7 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), ammette che la valutazione di equità possa essere effettuata *ex post* dal giudice, qualora uno dei coniugi, dopo aver sottoscritto un accordo in sede di separazione, formuli in sede di divorzio o successivamente ad esso «pretese incompatibili con l'accordo medesimo».

²⁷ C. RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*, cit., 9 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

²⁸ S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*, cit., 4 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

previsione del divorzio «appa[ia] sempre connesso, esplicitamente o implicitamente, alla finalità di vi-ziare o limitare la libertà [del coniuge che accetti una determinata prestazione] di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, sia in relazione agli aspetti economici sia, e prima ancora, alla stessa dichiarazione di divorzio»²⁹.

La Suprema Corte vuole evitare che l'accordo in previsione del divorzio, da un lato, danneggi il coniuge protetto, dall'altro, costituisca il mezzo per attuare il commercio dello *status* di coniuge. La replica è agevole: la sanzione della nullità è sproporzionata e nient'affatto necessaria a tali finalità. Lo è perché la parte debole è adeguatamente tutelata dalle regole appena sopra ricordate e per altre ragioni ben argomentate dalla dottrina³⁰, incentrate soprattutto sul diritto soggettivo potestativo di ottenere il divorzio e sulla causa in concreto³¹.

L'argomento giurisprudenziale, ogni volta riproposto, della «radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio» è fuori fuoco, almeno per due ragioni. La prima: esso è scollato da quell'equilibrio normativo di cui si è appena detto esistente tra autonomia privata e tutela del coniuge impossibilitato a mantenersi. Il sistema esprime non già una radicale indisponibilità, ma un'ampia, non assoluta, disponibilità dell'assegno di divorzio. E la negoziazione assistita, come si diceva, ne è una chiara riprova.

Alla seconda ragione attinente alla nuova composta funzione dell'assegno di divorzio si è già fatto cenno, ma essa necessita di un approfondimento

²⁹ Cass., 6.12.1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1495 ss., con nota di L. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*; Cass., 9.5.2000, n. 5866, in *Leggi d'Italia on line*.

³⁰ E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166-bis*, cit., 425 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 213 ss.; G. OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 2, 147 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Fam. e dir.*, 2000, 431 ss.; E. BARGELLI, *Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704 ss.; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1321 ss. Più di recente cfr.: A. FUSARO, *Assetti patrimoniali in occasione della separazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 1 ss. (versione *on line*); C. FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in *Fam. e dir.*, 2015, 4, 357 ss.; M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, 3, 1499 ss.; A. CARRATA, *La Cassazione e gli accordi tra i coniugi in pendente del giudizio di separazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9, 747 ss.

³¹ M. COMPORTEI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Giur. it.*, 1995, V, 110 ss.; F. D. BUSNELLI-E. BARGELLI, *Convenzione matrimoniale* (voce), in *Enc. dir.*, *Aggiornamento IV*, 463.



per meglio fissare le implicazioni sul regime degli accordi qui indagati.

4. Doppia funzione dell'assegno di divorzio secondo la Cassazione a Sezioni unite e autonomia dei coniugi.

Perno dell'orientamento giurisprudenziale che propende per la nullità degli accordi in previsione del divorzio è la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno divorzile. Ma ciò non costituisce un argomento pregnante, atteso che non vi è un nesso stringente tra questo carattere dell'assegno e la nullità degli accordi³².

Il problema dell'invalidità si pone piuttosto se il coniuge più forte abbia tratto vantaggio dolosamente o in violazione della buona fede nelle trattative dalla condizione di debolezza contrattuale in cui si trova l'altro. Non è questa la sede per sviluppare tale tema³³; è utile, invece, rimarcare che oggi vi è un elemento in più in forza del quale contrastare l'orientamento giurisprudenziale della nullità degli accordi in previsione del divorzio.

Le Sezioni unite della Cassazione hanno ben argomentato la doppia funzione dell'assegno di divorzio: non soltanto assistenziale-alimentare, ma anche perequativo-compensativa³⁴. Doppia funzione che emerge dalla prescrizione di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 rivolta al giudice, il quale deve tener conto del «contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello di entrambi».

Il tener conto, secondo le Sezioni unite, deve avvenire non più nella seconda (eventuale) fase attinente alla quantificazione dell'assegno di divorzio (*quantum*), ma fin da subito per decidere sull'attribuzione del medesimo (*l'an*). Ciò in quanto l'assegno di divorzio è volto non soltanto a sostenere l'ex coniuge privo di reddito o con un reddito insufficiente per vivere, ma anche a perequare, quando la disparità delle posizioni economico-patrimoniali dei coniugi sia dipesa dalle scelte con cui è stata indirizzata la vita matrimoniale.

La necessità, più che di perequare di compensare sacrifici, origina dal contributo apportato da un co-

niuge alla vita familiare; contributo frutto di scelte condivise e di attività svolte nella famiglia, che insieme possono determinare, al momento dello scioglimento del matrimonio, un'inferiorità della propria situazione economica rispetto a quella dell'altro³⁵. Di conseguenza sorge l'esigenza, la cui base giuridica risiede nel principio della pari dignità dei coniugi, di compensare il coniuge più debole. Il che si traduce nell'attribuzione di una somma di denaro che esprima il valore di quelle scelte e attività.

Ecco che le Sezioni unite hanno reinterpretato l'inadeguatezza dei mezzi di cui all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 come un presupposto «intrinsecamente relativo»³⁶, da riferirsi alla storia matrimoniale. I mezzi sono inadeguati se le scelte attuative dei doveri matrimoniali (art. 143 c.c.) e dell'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.) li hanno resi tali, secondo una sequenza causale da accertare nel procedimento di divorzio³⁷.

È stata pertanto abbandonata quella consolidata distinzione tra criterio attributivo e parametri determinativi dell'assegno³⁸. Errato è stato ritenuto

³⁵ Secondo Cass. Sez. un. 11.7.2018, n. 18287, cit., «al fine d'indicare un percorso interpretativo che tenga conto sia dell'esigenza riequilibratrice posta a base dell'orientamento proposto dalle Sezioni unite nella sentenza n. 11490 del 1990 sia della necessità di attualizzare il diritto al riconoscimento dell'assegno di divorzio anche in relazione agli standards europei [cui è dedicato un cenno nella parte finale della sentenza], questa Corte ritiene di dover abbandonare la rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio, alla luce di una interpretazione dell'art. 5 co. 6 più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito, come già evidenziato, dagli artt. 2, 3 e 29 Cost».

³⁶ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., § 10, così si esprime.

³⁷ Cass. Sez. un. 11.7.2018, n. 18287. In applicazione del nuovo orientamento cfr. Trib. Pescara, 29.8.2018, n. 1248, in www.cassazione.net, che dispone la corresponsione dell'assegno di divorzio poiché dalla fase istruttoria è emerso che la ex moglie (già era stata pronunciata la sentenza non definitiva di divorzio), a causa delle scelte condivise di non spendere i propri titoli professionali e di trasferirsi con il marito al fine di agevolarlo nella progressione di carriera, si è ritrovata in condizioni economiche inferiori a quelle dell'ex marito (nel frattempo diventato colonnello). Il tribunale valorizza anche la circostanza dell'età della donna, la quale - si osserva - a 59 anni verosimilmente non troverà una collocazione in una scuola come insegnante (ne aveva i titoli) né altra occupazione.

³⁸ E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita» e «autoreponsabilità»: «persone singole senza passato?»*, in *Corr. giur.*, 2017, 885 ss. (p. 13 ss. versione *on line*), svolge perspicue considerazioni sulle possibili incongruenze derivanti dalla scissione del giudizio attributivo dell'assegno da quello attinente alla sua quantificazione, essendo, i medesimi giudizi, due facce della stessa medaglia. L'Autore stigmatizza astrattezza del criterio dell'autosufficienza economica, il quale finisce con l'ignorare che il matrimonio «rappresenta per i coniugi un momento di intima compenetrazione delle sfere personali ed (inevitabilmente) economiche, le cui conseguenze devono essere disciplinate in modo tale da assicurare comunque l'adeguata partecipazione di ciascuno a quanto insieme complessivamente costruito». Anche U. ROMA, *Primitissime contestazioni al criterio dell'indipendenza economica per l'assegno di divorzio e non*

³² A. C. NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-*crisi**, in *Biblioteca della Fondazione del not.*, cit., vol. I, 94, afferma lucidamente come non sembri possibile «affermare che ogni accordo che abbia ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile debba essere considerato nullo, stante la funzione assistenziale di detto assegno, poiché ciò che va valutata è l'adeguatezza nel caso concreto». Ancora: «neanche può affermarsi che l'assegno di divorzio sia in assoluto indisponibile poiché ciò che è indisponibile è il principio di solidarietà (...)».

³³ R. MONTINARO, *op. cit.*, 232 c.c., ne traccia una limpida sintesi.

³⁴ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., § 10.



dalle Sezioni unite sia l'orientamento giurisprudenziale che ancorava l'assegno di divorzio all'analogo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, sia quello più recente della non autosufficienza economica.

In questo nuovo scenario, al fine di rendere effettiva la funzione perequativo-compensativa dell'assegno, il richiedente dovrà provare, anche per presunzioni, i fatti che hanno determinato la disparità economico-patrimoniale conseguente allo scioglimento del vincolo.

Ebbene, posto che l'assegno di divorzio non ha più una funzione esclusivamente assistenziale, giustificandosi in ragione delle conseguenze negative della vita familiare nella sfera economico-patrimoniale, si apre uno spazio ancor più netto e ampio per l'autonomia privata dei coniugi. Nessuno meglio di questi ultimi è in grado di ricostruire la vita matrimoniale, stabilendo quanto valga il contributo apportato da ciascuno alla famiglia.

Se il matrimonio, come è stato sottolineato dalle Sezioni unite, si costituisce vive e cessa per effetto dell'autodeterminazione delle parti, le quali stabiliscono i ruoli e il contributo di ciascuna di esse in attuazione dell'art. 143 c.c., anche la determinazione degli effetti economici dello scioglimento deve rientrare nella disponibilità delle stesse³⁹. E un accordo su tali effetti ben può essere raggiunto in previsione del divorzio, fin dalla separazione consensuale, posto che il principio consensualistico, come

solo, cit., 5 ss. (versione *on line*), critica Cass., n. 11504/2017, cit., soprattutto perché il criterio dell'autosufficienza economica esclude il coniuge, che in tale situazione si trovi, «dalla partecipazione alle risorse cumulate dall'altro, spesso proprio in ragione delle scelte compiute dalla coppia nel «pregresso rapporto matrimoniale» (cfr. anche art. 9, coo. 2 e 3, e art. 12-bis l. n. 898/1970). L'altro profilo della critica, su cui Roma si sofferma lucidamente, attiene alle intollerabili incertezze contenutistiche del criterio dell'autosufficienza economica.

³⁹ La Cass. Sez. un. 11.7.2018, n. 18287, cit., afferma che «i principi di autodeterminazione ed autoreponsabilità hanno orientato non solo la scelta degli ex coniugi di unirsi in matrimonio ma, ciò che è più rilevante ai fini degli effetti conseguenti al suo scioglimento così come definiti nell'art. 5, co. 6 l. n. 898/1970, hanno determinato il modello di relazione coniugale da realizzare, la definizione dei ruoli, il contributo di ciascun coniuge all'attuazione della rete di diritti e doveri fissati dall'art. 143 cod. civ. La conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri e obblighi che imprimono alle condizioni personali e economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile». E, sempre secondo le Sezioni unite, sono proprio i criteri di cui all'art. 5, co. 6 cit. a sottolineare che il matrimonio è atto di libertà e di autoreponsabilità, il che esige di considerare le declinazioni della vita matrimoniale in via principale e non subordinatamente all'accertamento di una condizione astratta qual è l'analogo tenore di vita o l'autosufficienza economica. Diversamente opinando, il matrimonio finisce col diventare un fattore che genera, al momento del suo scioglimento, disparità e disuguaglianze tra gli ex coniugi.

ha dimostrato un'autorevole dottrina⁴⁰, connota l'intero istituto del matrimonio, dove in posizione di assoluta centralità si colloca il rapporto⁴¹.

Ritenere ancora nullo l'accordo in funzione del divorzio appare davvero incongruo rispetto non soltanto ai recenti sviluppi legislativi dell'ordinamento, come sopra tratteggiati, ma anche in ragione della doppia funzione dell'assegno di divorzio. L'accordo concluso in occasione della crisi coniugale, nel o fuori dal procedimento giudiziale o extragiudiziale, in cui si preveda una corresponsione in unica soluzione o un trasferimento della proprietà non è illecito, essendo volto ad attuare la funzione equilibratrice dell'assegno post-matrimoniale, rilanciata dalle Sezioni unite.

Non è da condividersi, pertanto, quella giurisprudenza più recente che ha predicato la validità del patto soltanto qualora la sua causa sia estranea alla volontà comune di disporre dell'assegno di divorzio ora per allora⁴². A parte che, come si dirà più estesamente in seguito, tale distinguo - causa estranea/non estranea - è piuttosto evanescente, volendo le parti in ogni caso regolare gli effetti economici della crisi coniugale.

Si dirà che la Cassazione non ha sempre predicato la nullità. È vero. Una timida apertura si è avuta in un tempo più risalente, quando la Suprema Corte, per tutelare il coniuge più debole, si è rifugiata, non senza una lampante contraddizione⁴³, nella nullità

⁴⁰ V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 153 ss., oltre a trarre argomento da una serie disposizioni del codice civile sul matrimonio (ad es: artt. 1119, 120, 22, 123 c.c.), ragiona sull'aggettivo «naturale» di cui all'art. 29 Cost. per valorizzare il consenso.

⁴¹ V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, cit., 164-165, ritiene che nel matrimonio, diversamente dal contratto, è il rapporto ad essere misura dell'atto; ciò in quanto «il matrimonio è un tipico atto a prevalente efficacia strumentale», dove la volontà dei coniugi, pur nella predeterminazione legale dei doveri derivanti dal matrimonio, «ha un peso importante e decisivo nella realizzazione del consorzio di vita, in che consiste l'attuazione del matrimonio-rapporto». L'illustre Maestro scrive di «regime consensuale permanente», il quale, se vale nella costituzione e nello svolgersi del rapporto, deve valere - si può aggiungere - anche a regolare lo scioglimento del matrimonio.

⁴² Cass., 19.8.2015, n. 16909, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass. 3.12.2015, n. 24621, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9-,747 ss., con nota di A. CARRATTA, già cit. *supra*; Cass., 21.12.2012, n. 23713, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 442 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra «causa genetica» ed «evento condizionale»*, in *Fam. e dir.*, 2013, 321 ss., con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 258 ss., con nota di I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*. Cfr. anche Cass., 21.8.2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, 94 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale: from status to contract?*

⁴³ La rileva puntualmente G. FERRANDO, *La separazione personale*, cit., 55, rispetto all'indisponibilità dello *status*, argomen-



relativa di matrice comunitaria⁴⁴. Ma anche questa impostazione è da respingere, perché postula comunque l'invalidità.

5. La nullità acritica nella recente giurisprudenza sugli accordi in previsione del divorzio.

La normativa sugli effetti della separazione e del divorzio limita ma non esclude l'autonomia privata. Il trasferimento della proprietà in previsione del divorzio, non assoggettato al giudizio di equità (ecco un limite), è un atto da ritenersi valido ed efficace *rebus sic stantibus* (l'altro limite). Ciò anche in ragione, come si diceva, del rilievo dell'autodeterminazione quale elemento che governa il matrimonio in tutte le sue fasi.

La più recente giurisprudenza di legittimità e di merito continua a non accogliere questa ricostruzione⁴⁵, avversando soprattutto gli accordi funzionali a

to, quest'ultimo, centrale dell'orientamento della Cassazione, che verrebbe, però, contraddittoriamente superato.

⁴⁴ Cass., 14.6.2000, n. 8109, in *Giur. it.*, 2000, 12, 2249 ss., con nota di L. BARBIERA, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali tra coniugi da valere anche dopo il divorzio*; in *Contratti*, 2001, 1, 45 ss., con nota di M. DELLA CASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica di integrazione*; in *Notariato*, 2001, 1, 16 ss., con nota di V. DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*. Cfr. anche: Cass. 21.2.2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345 ss., con nota di M. GRONDONA, la quale conferma la validità di una somma prevista in sede di separazione da considerarsi, per espressa pattuizione, quale anticipazione di un futuro incremento dell'assegno di divorzio. Tale accordo, secondo la Cass., non integra «una rinuncia alla revisione futura dell'assegno di divorzio».

⁴⁵ Trib. Milano, decr. 15-16.4.2015, in www.ilcaso.it, dichiara la nullità del patto contenuto nel ricorso di divorzio con cui i coniugi avevano previsto, quale corresponsione *una tantum*, due trasferimenti patrimoniali reciproci a titolo di assegno divorzile. La nullità, secondo il trib., è legata a uno «stridente contrasto con i profili pubblicistici che compongono la trama dell'art. 5 l. div.». Si sottolinea, da un lato, l'irragionevolezza del trasferimento reciproco, che postulerebbe la debolezza o la forza di entrambi i coniugi, laddove l'*una tantum* è uno strumento a tutela del coniuge privo di adeguati redditi propri. Dall'altro lato, l'operazione prospettata, non essendo legata all'assegno di divorzio, sarebbe volta «a privare i contraenti, per il futuro, del diritto al supporto economico con una "causa concreta" emergente, da stimarsi illecita». Questa motivazione suscita più di una perplessità. La corresponsione dell'assegno in unica soluzione può astrattamente concretarsi anche in un trasferimento reciproco della proprietà, qualora vi sia una differenza di valore dei cespiti. Differenza che rappresenta il contributo al mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri. Si aggiunga che, per quanto già sostenuto sopra nel testo, quand'anche i valori dei beni fossero pressoché equivalenti, non c'è ragione di dichiarare la nullità del patto. Semplicemente, ove dovesse mancare (o sia negativo) il giudizio positivo di equità dell'accordo, sarebbero ancora ammissibili successive domande di contenuto economico. Forse il tribunale ha deciso per la nullità, avendo i contraenti dichiarato di voler «istituire due assegni *una tantum*». Ma anche in questo caso non si ravvi-

regolare il divorzio. In particolare, è stata dichiarata nulla un'intesa perfezionata in occasione della separazione personale, tenuta *a latere* di questa, con cui si trasferiva al coniuge in difficoltà economica una consistente somma di denaro. Somma da imputare, per volontà delle parti, a quanto sarebbe spettato a titolo di assegno di mantenimento e di assegno divorzile⁴⁶.

Le ragioni del *decisum* sono sostanzialmente due: 1) in forza dell'art. 160 c.c. e della conseguente «radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale», deve ammettersi la nullità dell'accordo in vista del divorzio, anche qualora lo stesso, come nel caso di specie, dovesse soddisfare pienamente le esigenze di vita del coniuge economicamente debole; 2) l'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 è inapplicabile al di fuori del divorzio. Ne consegue l'inammissibilità in sede di divorzio del giudizio di equità del patto concluso nell'ambito della separazione personale. Ciò vale, continua la Cassazione, quand'anche vi sia stata la volontà concorde di entrambi i coniugi di chiedere successivamente la valutazione equitativa.

L'affermazione di cui al punto 1 ha una forza semantica che non corrisponde né al sistema giuridico, né all'intendimento delle parti. Non c'è una radicale indisponibilità, bensì una disponibilità limitata dal controllo giudiziale di equità. Un controllo che - è bene sottolineare - è richiesto dalla legge soltanto qualora i coniugi preferiscano la corresponsione in unica soluzione e non già in ogni caso.

L'autonomia negoziale gode perciò di ampio spazio e quando essa è stata esercitata - segno che i coniugi riescono ancora a collaborare nonostante la crisi - non la si può contrastare evocando la nullità. A rigore, come si diceva, neppure il patto iniquo è nullo, bensì improduttivo dell'effetto preclusivo di ulteriori domande di contenuto economico.

serebbero motivi di nullità. Per un approfondimento cfr. B. GRAZZINI, *Assegno di divorzio: «Doppia una tantum» e indisponibilità del diritto*, in *Fam. e dir.*, 5, 496 ss.

⁴⁶ Cass., 30.1.2017, n. 2224, cit. È da notare che la Corte d'appello di Milano aveva deciso correttamente, revocando l'assegno di divorzio disposto in favore della moglie. La Corte, tenuto conto di alcuni parametri legali (durata del matrimonio, capacità patrimoniale dei coniugi, contributo personale dato dalla moglie alla famiglia) e della corresponsione alla moglie nel 2006 di una ingente somma di denaro, afferma quanto segue: «doveva ritenersi che in tal modo il [marito] avesse inteso corrispondere alla stessa quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento ed assegno divorzile, dovendosi considerare che il predetto importo [di euro 1.934.922], per la sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent'anni, persino la richiesta di un assegno divorzile parti ad euro 7.000 mensili». Insomma non è ragionevole ritenere, come fa la Cassazione, che quanto stabilito nella fase della separazione sia irrilevante nel procedimento di divorzio; né è corretto presumere *iuris et de jure* che l'attribuzione di una consistente somma di denaro induca il coniuge beneficiario a divorziare. Non fosse altro perché, solitamente, le trattative volte alla definizione dei rapporti economici iniziano quando il matrimonio è già irrimediabilmente compromesso.



Ancora sul punto 1: la Cassazione precisa che è nullo l'accordo in vista del divorzio pur vantaggioso per il coniuge in difficoltà economica. Quest'affermazione discende da un'attuazione estrema e astratta del principio d'indisponibilità degli *status*. Un principio ritenuto violato ogniqualvolta vi sia stata una preventiva e conveniente pattuizione che, in quanto tale, indurrebbe - per così dire fisiologicamente - al divorzio⁴⁷.

È evidente la fallacia di siffatto automatismo tra beneficio economico e decisione di divorziare o di non opporsi alla domanda altrui. Così argomentando si svuota proprio quel principio di autodeterminazione, legato al canone dell'uguaglianza di cui all'art. 29, co. 2, Cost., a partire dal quale le Sezioni unite della Cassazione hanno riconfigurato la funzione dell'assegno di divorzio⁴⁸.

Se è infondata l'equazione accordo in previsione del divorzio uguale disponibilità dello *status*, va inoltre sottolineato, sempre in chiave di *pars construens* della validità, che lo *status* di coniuge è, sotto certi profili, disponibile, se si considera che la domanda di divorzio, come del resto quella di separazione⁴⁹, non può essere paralizzata dal coniuge

⁴⁷ Cass., 30.1.2017, n. 2224, cit., richiama Cass., 18.2.2000, n. 1810, cit. a dimostrazione della saldezza dell'orientamento contrario alla validità degli accordi in funzione e in vista del divorzio. La Suprema Corte collega la propria pronuncia del 2017 ai precedenti anche risalenti, senza aprire ad altri ragionamenti, con una pigra ripetizione di frasi oramai disallineate dal tessuto normativo e dall'evoluzione complessiva dell'ordinamento.

⁴⁸ Cfr. Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., dove al § 9 c'è un passaggio particolarmente significativo in chiave costruttiva della doppia funzione dell'assegno di divorzio. Si dice che l'uguaglianza dei coniugi (art. 29, co. 2, Cost.) si inverte nell'organizzazione della vita matrimoniale, caratterizzata dall'autodeterminazione dei medesimi che attuano i doveri di cui all'art. 143 c.c. Uguaglianza a autodeterminazione devono connotare anche la fase della crisi coniugale e l'accordo in funzione del divorzio è lo strumento più adatto allo scopo. Si legge nella sentenza: «Il canone dell'uguaglianza, posto a base dell'art. 29 Cost., può essere attuato e reso effettivo soltanto all'interno di una relazione governata da scelte che sono il frutto di determinazioni assunte liberamente dai coniugi in particolare in ordine ai ruoli ed ai compiti che ciascuno di essi assume nella vita familiare. L'eguaglianza si coniuga indissolubilmente con l'autodeterminazione e determina la peculiarità della relazione coniugale così come declinata dall'art. 143 cod. civ., norma che ne costituisce la perfetta declinazione. L'autodeterminazione non si esaurisce con la facoltà anche unilaterale di sciogliersi dal vincolo, ma preesiste a tale determinazione e connota tutta la relazione e, in particolare, la definizione e la condivisione dei ruoli endofamiliari». Osserva M. BIANCA, *Le Sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, cit., 3 (versione *Foro it. on line*), che «Il principio di autodeterminazione, non più da intendersi quale mera espressione del libero arbitrio, risulta essere espressione del principio della dignità umana e felice sintesi di libertà e di responsabilità». Dunque, continua l'Autrice, «il risultato assiologico delle sezioni unite del 2018 è la declamazione di un felice equilibrio tra libertà e responsabilità e quindi tra autodeterminazione e solidarietà postconiugale».

⁴⁹ Secondo Cass., 29.4.2015, n. 8713, Cass., 29.3.2011, n. 7125, entrambe in *Leggi d'Italia on line*, e Cass., 14.3.2018, n. 6145, in www.cassazione.net, la disaffezione e il distacco spirituale,

che intenda conservare il matrimonio. Pericolose sono, talvolta, le generalizzazioni se si considera che persino lo *status filiationis*, dove più forte è l'esigenza di indisponibilità, non è del tutto indisponibile; basti pensare al diritto della madre di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, co. 1, d.P.R. n. 396/2000) e all'ammissibilità della trascrizione in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero, da cui risulta che il nato ha come genitori due persone dello stesso sesso⁵⁰.

Neppure il predetto punto 2 dell'argomentazione della Cassazione coglie nel segno. Certo, il giudizio di equità è disciplinato solo con riguardo al procedimento di divorzio. Ed è vero che esso «non è applicabile al di fuori [di quest'ultimo]». Ma ciò non implica affatto che i coniugi non possano attuare la loro comune volontà di regolare, fin dalla separazione, gli effetti economici del divorzio. L'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 non subordina al giudizio di

anche di uno solo dei coniugi, sono sufficienti a integrare il requisito dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza ai sensi dell'art. 151 c.c.

⁵⁰ Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 362 ss., con nota di G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello status filiationis*, in *Giur. it.*, 2017, 11, 2365 ss., con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*. Cass., 15.6.2017, n. 14878, in *Fam. e dir.*, 2018, 1, 5, con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*. Perspicuo è il rilievo di F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, cit., 3 (versione *on line*), secondo cui nell'attuale terza fase del diritto di famiglia (caratterizzata dalla centralità dei diritti umani e dal pluralismo dei modelli familiari), il concetto di *status* assume una «funzione declamatoria» e riassuntiva di obiettivi legislativi di tutela. Questa funzione entra in dialettica con la clausola del migliore interesse del minore, con la centralità dei diritti umani di fonte sovranazionale (cfr. G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e mercato*, 2013, 2, 179 ss.) e con le problematiche suscitate dai processi migratori. Tutto ciò concorre a mettere in «discussione alcuni dei canoni della famiglia tradizionale» e a determinare, come afferma giustamente Caggia, «una sorta di polivalenza funzionale del concetto di *status*, il quale si rende disponibile a favorire l'affermazione ora di prospettive conservatrici dell'organizzazione sociale ora di tendenze e spinte che intendano mettere in radicale discussione quell'assetto». Questi complessi mutamenti devono essere valutati nel quadro dei principi e dei valori costituzionali, senza aprioristiche chiusure rispondenti a scelte, anche legislative, fortemente ideologiche. In tale più moderna prospettiva si colloca l'orientamento della Cassazione favorevole a una nozione più ristretta di ordine pubblico internazionale (cfr. Cass. 30.9.2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; Cass. Sez. un., 5.7.2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, 419 ss., con note di G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, di P. G. MONATERI, *Le Sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, 1392, con nota di M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*.



equità la validità dell'accordo concluso nella fase della separazione personale. Piuttosto, secondo la disposizione *de qua*, affinché si possa ottenere l'effetto tombale, tale accordo dovrà essere successivamente sottoposto al giudizio equitativo del giudice del divorzio.

Non bisogna perciò sovrapporre il piano della validità con quello del giudizio di equità, né evocare il primo in mancanza di norme imperative preclusive dell'autonomia privata. La giurisprudenza ha creato un condizionamento eccessivo, reiterato acriticamente, tra l'indisponibilità dello *status* di coniuge, l'autonomia privata e la tutela del coniuge impossibilitato a mantenersi, giungendo così, più che a proteggere quest'ultimo, a limitarne ingiustificatamente il diritto di autodeterminarsi in tutte le fasi del matrimonio. Con ciò impedendo il miglior perseguimento dei propri interessi economici.

Un condizionamento che dipende altresì, nella prospettiva della giurisprudenza, da una esorbitante e per certi versi irrealistica sottolineatura della diversa funzione e dei diversi effetti prodotti dalla separazione e dal divorzio. Nella separazione - si rileva - il rapporto coniugale non viene meno, determinandosi la sospensione dei doveri di natura personale, permanendo, invece, sia pur con un adattamento alla nuova situazione, quelli patrimoniali. Diversamente accade nel divorzio.

Questo distinguo non convince appieno, perché, sebbene esatto in termini descrittivi, non coglie l'evoluzione dell'ordinamento e l'interesse perseguito in concreto dai coniugi. Si guarda a un profilo per così dire "didattico", smarrendo il senso della complessità e della realtà del fatto.

Non va ignorato che nel rapporto tra separazione e divorzio c'è un elemento significativo, ben rimarcato da un'attenta dottrina⁵¹. La separazione, con la caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, non è da intendersi semplicisticamente come «uno stato temporaneo orientato a favore della riconciliazione dei coniugi». Piuttosto essa appare, in ragione dell'evoluzione normativa di cui già si è già dato conto, come necessario momento, oggi divenuto di più breve durata, propedeutico allo scioglimento del matrimonio.

Se così è, non si giustifica la regola giurisprudenziale che preclude ai coniugi, decisi fin da subito a sciogliere il matrimonio, di regolamentare in modo definitivo i propri rapporti economici. La richiesta successiva di valutare l'equità dell'accordo non esprime altro che la conferma di quella volontà, palesata fin dall'inizio della crisi, di porre fine al matrimonio con una regolamentazione ultima, concordata e soppesata dalle parti, degli aspetti patrimoniali⁵².

⁵¹ G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015, 171.

⁵² È evidente che in questo caso le distinzioni tra separazione consensuale e scioglimento del matrimonio si attenuano moltis-

6. Artifici giurisprudenziali e meritevolezza della regolazione, anche prematrimoniale, degli effetti economici della crisi coniugale.

La giurisprudenza di legittimità se, da un lato, ha negato validità agli accordi in previsione del divorzio, dall'altro, ha delimitato un'area di rilevanza di alcuni contratti ascrivibili solo *lato sensu* alla crisi coniugale, non avendo in quest'ultima, secondo la Cassazione, la propria causa. Si tratterebbe di quegli accordi estranei alle vicende della vita matrimoniale, giacché conclusi prima delle nozze⁵³ e comunque slegati dai diritti e obblighi derivanti dal matrimonio⁵⁴.

Questa linea di demarcazione, su cui si insiste da tempo, è stata ribadita più di recente dalla Suprema Corte⁵⁵. Si continua a distinguere tra *contenuto necessario* e *contenuto eventuale* dell'accordo di separazione. Il primo comprenderebbe il consenso a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegnazione della casa familiare e l'assegno di mantenimento (artt. 156, co. 1, e 337-ter c.c.). Il secondo riguarderebbe «ogni altra questione patrimoniale o personale tra i coniugi»⁵⁶, che trova nella separazione soltanto l'occasione per regolamentarla.

Siffatta distinzione, piuttosto labile, ha consentito di aggirare gli argomenti a sostegno della nullità degli accordi in funzione del divorzio; argomenti ritenuti dalla Cassazione non pertinenti, ove si discuta di pattuizioni riconducibili al contenuto eventuale della separazione e perciò valide.

simo, poiché nel programma dei coniugi in crisi la separazione è reputata soltanto come un necessario presupposto del divorzio.

⁵³ Cass., 21.12.2012, n. 23713, cit. Nel caso di specie i nubendi, un giorno prima del matrimonio, stabiliscono con scrittura privata quanto segue: qualora il matrimonio dovesse fallire per separazione o divorzio, la moglie cederà al marito la piena proprietà di un immobile a titolo di indennizzo delle spese che il marito sosterrà per la ristrutturazione in un altro immobile, da adibire a casa coniugale, sempre di proprietà della moglie. Per riequilibrare i valori del trasferimento immobiliare e dell'esborso di denaro, il marito trasferirà alla moglie la proprietà di un titolo BOT pari a lire 20.000.000. L'esecuzione del contratto è, quindi, per una parte immediata, per l'altra parte sospensivamente condizionata alla separazione o al divorzio.

⁵⁴ Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit.

⁵⁵ Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit.

⁵⁶ Così Cass., 3.12.2015, n. 24621, in *Foro it.*, 2016, 5, 1, 1826 ss.; analogamente cfr. Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit., secondo la quale le pattuizioni ulteriori rispetto a quelle che integrano il contenuto tipico della separazione consensuale sono quelle che «pur trovando la loro occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in essa, risultando semplicemente assunti "in occasione" della separazione medesima, senza dipendere dai diritti e dagli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio, ma costituendo espressione di libera autonomia contrattuale (nel senso che servono a costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici patrimoniali)».



Si è creduto, così, di tracciare un confine netto tra gli accordi prematrimoniali, da ritenersi nulli, e quelle intese che, pur anteriori al matrimonio, sarebbero meritevoli di tutela perché non attinenti agli effetti economici della separazione e del divorzio. Per la stessa ragione, andrebbe predicata la validità di quegli accordi volti a riequilibrare una pregressa situazione patrimoniale; la nullità colpirebbe, invece, quegli accordi in previsione del divorzio aventi la propria causa nella crisi coniugale.

In verità non è possibile degradare la separazione e il divorzio a mere circostanze degli accordi tra coniugi, siano questi prematrimoniali o successivi alla crisi. Separazione e divorzio penetrano la causa di ogni pattuizione patrimoniale tra coniugi (o nubendi), giustificandone gli effetti⁵⁷. Causa da intendersi nell'accezione, oramai consolidata, di «sintesi di interessi concreti che il contratto è diretto a realizzare»⁵⁸. Interessi che funzionalizzano il modello, anche tipico, adottato dalle parti, svelandone la ragione, lo scopo pratico⁵⁹, in una prospettiva necessariamente dinamica della contrattazione.

⁵⁷ G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., 297 ss., è l'Autore che, con maggiore sforzo argomentativo, ha teorizzato la causa familiare dell'accordo della crisi coniugale. Cioè un accordo che esprime una sintesi di tutti gli interessi e le situazioni emergenti nella fase patologica del rapporto matrimoniale. I tipi negoziali sono, infatti, insufficienti a qualificare l'accordo della crisi coniugale, essendo questo caratterizzato da una «complessa ragione economico-giuridica». Cfr. anche A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 273 ss.

⁵⁸ Cass., 8.5.2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 7, 621 ss., con nota di F. RIMOLDI, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, 299 ss., con nota di M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*; Cass. Sez. un., 11.11.2008, n. 26972, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 19 ss., con note di PROCIDA MIRABELLI di LAURO ANTONINO, S. LANDINI, C. SGANGA, fa riferimento alla causa in concreto per valutare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento del contratto; v. anche Cass. Sez. un., 6.3.2015, n. 428, in *Giur. it.*, 2015, 5, 1064 ss., con nota di G. PALERMO, *Preliminare: l'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, sul preliminare di preliminare. In dottrina dopo la fondamentale monografia di G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, cfr. almeno: G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, I, p. 100 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. e impr.*, 2007, 2, 416 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 957 ss.; U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, 858 ss.

⁵⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 171 ss., insiste sull'interesse (sociale) che deve connotare ogni contratto, il quale, altrimenti, mancherebbe di causa. Betti non pensa affatto che la causa coincida con il tipo (cfr. p. 175 e p. 180). Egli scrive che «la causa caratteristica del tipo astratto cui il negozio appartiene comporta ed esige in ogni concreto negozio una specificazione o colorazione concreta, adeguata all'intento comune di esse parti» (p. 185). Piuttosto, com'è noto, Betti riteneva che la liceità fosse condizione necessaria ma non suffi-

E allora, se la finalità oggettiva dell'operazione economica ne esprime la causa⁶⁰, gli accordi prematrimoniali sono, in quanto tali, giustificati dal fine di regolare gli effetti economici della crisi coniugale. Ciò anche quando l'oggetto dell'accordo non riguardi direttamente gli assegni matrimoniali, ma si colleghi alla crisi coniugale.

Alla stessa conclusione si giungerebbe anche accogliendo la lucida ricostruzione di chi⁶¹, alla nozione di causa in concreto, preferisce un approccio incentrato sulla «ricostruzione della norma del caso concreto», così ponendo l'accento sulla proiezione della funzione materiale del negozio sul piano dell'ordinamento. Anche da questa più ampia e moderna prospettiva (funzione materiale + effetti), gli accordi tra i coniugi, sia in funzione del divorzio che prematrimoniali, appaiono meritevoli di tutela, collocandosi senza contraddizioni all'interno della disciplina della crisi coniugale⁶².

Non si condivide, pertanto, la Cassazione quando, in un caso che ha suscitato l'attenzione della dottrina, ha escluso che il patto prematrimoniale appartenesse agli accordi prematrimoniali⁶³. Si è motivato sostenendo, da un lato, che i nubendi non avevano regolato l'intero assetto economico, ma soltanto un determinato aspetto; dall'altro, che emergeva la volontà di disporre non già degli effetti della separazione e del divorzio, bensì di un rapporto del tutto scollegato da essi.

Si trattava - secondo la Suprema Corte - di restituire, attraverso una *datio in solutum*, quanto prestato dal marito per ristrutturare la casa familiare di proprietà della moglie; restituzione sospensivamente condizionata al fallimento del matrimonio. Tutto ciò senza che vi fosse sproporzione tra quanto prestato dal mutuante (il marito) e quanto ricevuto dal medesimo quale prestazione in luogo dell'adempimento (un immobile di proprietà della moglie), poiché lo stesso mutuante avrebbe a sua volta corrisposto alla moglie un conguaglio in Bot.

A ben vedere, al di là dell'apparente persuasività dell'argomentazione, l'operazione economica *de qua* è meritevole di tutela non perché - come ritiene la Cassazione - sia estranea alla nozione di accordo prematrimoniale. È proprio quest'ultimo a venire in

ciente dell'esistenza della causa e quindi del riconoscimento da parte del diritto dell'autonomia privata («giacché il diritto non presta il suo appoggio al capriccio individuale»).

⁶⁰ G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 142.

⁶¹ U. GRASSI, *Una disciplina per la causa del contratto. Riflessioni in memoria di una nozione al tramonto*, cit., 861 e 870, ritiene che, oggi, i più penetranti controlli sull'autonomia contrattuale possano prescindere dalla nozione di causa.

⁶² Cass., 10.7.2018, n. 18138, in *Banca dati-Leggi d'Italia on line*, ammette la validità di un patto parasociale, riconducendone la causa concreta a una fattispecie complessa «formata dall'accordo di separazione, con scioglimento della comunione legale e divisione del compendio».

⁶³ Cass., 21.12.2012, n. 23713, cit.





rilievo⁶⁴, se solo si considera che è l'andamento della vita coniugale a governare la complessità degli effetti di quel patto. E l'effetto restitutorio è giustificato dalla crisi coniugale.

Se, nel caso di specie, non si esce dall'astrattezza del tipo (mutuo+*datio in solutum*)⁶⁵, non si coglie l'interesse perseguito dalle parti, né, di conseguenza, la giustificazione della condizione sospensiva che è connaturata ai patti prematrimoniali. La separazione e il divorzio attivano l'interesse a riequilibrare la situazione patrimoniale, che aveva ragione di restare squilibrata soltanto nella fisiologia del matrimonio. L'accordo prematrimoniale, per come è stato strutturato dalle parti, produce taluni effetti immediatamente, altri, quelli restitutori, solo successivamente a causa proprio della separazione personale⁶⁶.

Può dirsi, allora, utilizzando le parole di un grande studioso⁶⁷, che se è «lo scopo pratico individuale contenuto nel contratto» a giustificarlo, quello dell'accordo prematrimoniale in esame è meritevole, in quanto volto a riequilibrare una situazione economica che si squilibra solo in conseguenza della crisi coniugale. La quale giustifica la produzione degli effetti ulteriori.

Anche a volere ragionare come la Cassazione tracciando linee di confine, non può sfuggire come l'accordo qui esaminato del trasferimento immobiliare al marito-mutuante e del trasferimento a titolo di conguaglio dei Bot da parte di quest'ultimo alla moglie-mutuataria incida comunque sulla determinazione dell'assegno di divorzio. Il giudice, nella valutazione della sussistenza dei mezzi adeguati (art. 5, co. 6, l. n. 898/1970), deve considerare «il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari e immobi-

liari»⁶⁸. E se l'accordo prematrimoniale perequa in concreto le situazioni economico-patrimoniali dei coniugi, l'assegno di divorzio non sarà dovuto, come è stato affermato in alcune pronunce successive alle Sezioni unite della Cassazione⁶⁹.

Il patto in esame è, dunque, legato alla crisi, ed esso - preme sottolinearlo - non sarebbe stato necessariamente nullo per commercio di *status* neppure qualora vi fosse stata sproporzione tra le prestazioni dei coniugi. Diversamente, invece, si è espressa la Cassazione, secondo la quale la differenza di valori avrebbe potuto indurre, a seconda delle posizioni delle parti, ora alla separazione ora a disincentivarla.

Certo, in astratto, quest'affermazione è corretta⁷⁰, ma il giurista valuta gli interessi concretamente perseguiti dalle parti rispetto al contesto e all'ordinamento giuridico di riferimento. Si ipotizzi che i nubendi abbiano giustificato la differenza di valori in ragione della scelta - condivisa quale indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.) - di un uno dei due di non lavorare o di lavorare *part time*. In tal caso non sembra proprio che il patto prematrimoniale sia immeritevole di tutela, posto che la differenza di valori si basa su quella distinzione di ruoli, concordata dai coniugi, i cui riflessi economici personali sono stati ritenuti dalle Sezioni unite rilevanti ai fini dell'attribuzione dell'assegno di divorzio⁷¹.

⁶⁴ F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto...*, cit., 4 ss., ragiona sulla causa concreta dell'accordo prematrimoniale e, in quest'ottica, assume rilievo decisivo «l'oggettivazione contrattuale delle finalità soggettive perseguite dai nubendi». Ciò che emerge e che viene sottaciuto dalla Cassazione è, secondo l'Autore, l'«interesse familiare intrecciato con quello patrimoniale modellato dai futuri coniugi nella prospettiva eventuale del fallimento del matrimonio».

⁶⁵ Secondo alcuni autori (F. SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto...*, cit., 4 ss., G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione (...)*, cit., 6 ss. (versione *on line*), la Cassazione, nella sentenza n. 23713/2012, cit. non avrebbe dovuto qualificare come atipico il contratto concluso dalle parti prima di contrarre matrimonio, né escluderlo dal novero dei patti prematrimoniali. Critica nei confronti della pronuncia è anche A. C. NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità*, cit., 89-90.

⁶⁶ G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione (...)*, cit., 10, (versione *on line*), distingue esattamente tra l'accordo, affetto da nullità, in cui il profilo personale è oggetto della prestazione («in cambio di x mi impegno a (o a non) divorziare» e l'accordo, da ritenersi valido, in cui il medesimo profilo funge da evento condizionante l'efficacia.

⁶⁷ G. B. FERRI, *Une cause ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del code civil*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, 1, 14.

⁶⁸ Così Cass., 10.5.2017, n. 11504, cit. e anche Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., la quale, pur avendo respinto, come si diceva, il *revirement* accolto da Cass. n. 11504/2017, sottolinea come la prima operazione richiesta al giudice chiamato a decidere sull'assegno di divorzio sia di comparare la situazione economico-patrimoniale dei coniugi. Se dovesse emergere un divario tra le due posizioni economiche, si dovrà accertare se esso dipenda eziologicamente dagli indicatori contenuti nell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970; indicatori che «sottolineano il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita».

⁶⁹ Trib. Trieste, 19.7.2018, n. 459, Trib. Verona, 20.7.2018, n. 1764 e Trib. Roma, 8.8.2018, n. 16394 tutte in www.cassazione.net.

⁷⁰ Lo sottolinea A. C. NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità*, cit., 90, secondo la quale una notevole sproporzione tra le prestazioni è un indice dell'intento dissuasivo dallo scioglimento del matrimonio, con conseguente nullità del contratto prematrimoniale. L'Autrice fonda le Sue riflessioni sulla meritevolezza dell'accordo in quanto equilibrato economicamente.

⁷¹ Una delle sottolineature più significative contenute in Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit., è quella del nesso di dipendenza che si crea tra le scelte funzionali alla migliore organizzazione della vita familiare e le conseguenze economico-patrimoniali personali, che svelano il loro "peso" al momento dello scioglimento del matrimonio. Una dipendenza che l'ordinamento giuridico ha preso in considerazione, ritenendo che non si possa lasciare senza tutela quel coniuge che abbia sacrificato la propria posizione economica e le proprie ambizioni lavorative per contribuire ai bisogni della famiglia e alla formazione del profilo economico-patrimoniale dell'altro. Affermano le Sezioni unite che «La relazione coniugale è orientata fin dall'inizio dai principi di libertà ed autoresponsabilità ed il legislatore ha inteso valorizzare la funzione conformativa di

Il commercio di *status*, come si diceva, va accertato nella singola fattispecie concreta, non potendo essere presunto *iuris et de jure*. Anche perché, di regola, i coniugi si separano non già per beneficiare di una concordata differenza di valore tra le prestazioni, ma per l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza.

La Cassazione, insomma, per evitare gli eccessi dell'orientamento restrittivo, espunge forzatamente la crisi coniugale dalla causa di talune pattuizioni, che si sostanziano in veri e propri accordi prematrimoniali. Come pure essa relega al contenuto eventuale dell'accordo di separazione, intese che andrebbero considerate in previsione del divorzio e, ciononostante, ritenute valide. Se in occasione della separazione personale, i coniugi senza prole stabiliscono di vendere la casa familiare di proprietà di uno soltanto e di dividersi il ricavato in una certa percentuale, non si può, *sic et simpliciter*, affermare la nullità di siffatta pattuizione. La quale non solo non integra commercio di *status*⁷², ma non lede neppure i diritti patrimoniali del coniuge economicamente debole⁷³.

questi principi nel regime giuridico dell'unione matrimoniale anche in relazione agli effetti che possono conseguire dopo lo scioglimento del vincolo, senza incidere sulla efficacia solutoria di tale determinazione, volta al riacquisto dello stato libero ma anche senza azzerare l'esperienza della relazione coniugale alla quale si dà forte rilevanza nella forma che prefigura gli effetti di natura economica che conseguono al divorzio. L'immanenza del principio di autoreponsabilità risulta cristallizzata nei criteri fissati nell'incipit dell'art. 6, co. 6 (...).

⁷² Cass., 3.12.2015, n. 24621, cit., ha ritenuto valido l'accordo transattivo concluso dai coniugi durante la pendenza del giudizio di appello, abbandonato successivamente alla transazione con la quale si prevedevano plurime e reciproche assegnazioni di beni. Sono quindi validi gli accordi conclusi *a latere* del giudizio di separazione. Del resto, la Suprema Corte ricorda come in pronunce precedenti sia stata ammessa anche la regolamentazione extraprocessuale dei rapporti con i figli, «purché si per venga ad un miglioramento degli assetti concordati davanti al giudice» (cfr. Cass., 22.1.1994, n. 657, in *Foro it.*, 1995, I, 2984, secondo la quale gli accordi anteriori o contemporanei al procedimento di omologazione riguardanti il mantenimento della prole sono validi ed efficaci purché migliorativi rispetto a quanto omologato). In dottrina cfr. R. TORRE, *Transazione in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2011, 10, 919 ss.; F. R. FANTETTI, *Autonomia dei coniugi e trasferimenti mobiliari e immobiliari nei procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 5, 1 ss. (versione *on line*).

⁷³ Se ne avvede in definitiva la stessa Cass., 19.8.2015, n. 16909, cit., che cassa la sentenza d'appello per non aver valutato, con riguardo alla previsione di trasferire la casa coniugale a un terzo al fine di dividersi in percentuali diverse il ricavato, «quali patti abbiano causa concreta nella [separazione consensuale] e nei doveri di solidarietà familiari, e quali trovino in essa mera occasione mirando a riequilibrare la reciproca situazione patrimoniale in ragione di pregresse dazioni di denaro effettuate da un coniuge in favore dell'altro». Quindi l'accordo traslativo, secondo l'impostazione della Suprema Corte, da un lato può sostituire o integrare l'assegno di divorzio, dall'altro può essere avulso dagli effetti della separazione e del divorzio, dipendendo esclusivamente da pregressi rapporti economici svoltisi durante la vita coniugale. Ma è proprio questa distinzione ad avere poco senso. L'atto ha una funzione unitaria ed è

Ma allora a questo punto della nostra analisi, l'aspetto saliente sul quale riflettere attiene non già alla validità degli accordi in previsione del divorzio, ma all'individuazione dei criteri sulla base dei quali parametrare il giudizio di equità degli accordi medesimi. Solo l'equità consente ai coniugi, ai sensi dell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970, di regolare definitivamente i rapporti economici.

La previsione del giudizio di equità esprime la scelta legislativa di tutela del coniuge economicamente più debole, il quale, se lasciato del tutto libero di autodeterminarsi, potrebbe essere schiacciato dalla forza contrattuale del coniuge abiente.

7. Equità dell'accordo definitivo sugli effetti economici.

La funzione dell'assegno di divorzio si lega, secondo un andamento circolare, al problema della regolazione definitiva dei rapporti economici tra gli ex coniugi e all'equità dell'accordo. Questo è un punto delicato, ignorato da quella sentenza della Cassazione, già ricordata e respinta dalle Sezioni unite della Cassazione, secondo la quale presupposto dell'assegno è la non autosufficienza economica⁷⁴.

Se tale più recente orientamento fosse stato accolto dalle Sezioni unite, vi sarebbe stato un consistente affievolimento della tutela del coniuge più debole, anche con riguardo agli accordi con prestazione in unica soluzione. Si ipotizzi lo svolgimento di una trattativa tra coniugi su beni immobili di proprietà comune o di uno soltanto o sul *quantum* della somma di danaro da attribuire in unica soluzione al fine di chiudere definitivamente i rapporti economici. La trattativa sarebbe stata influenzata dall'orientamento della predetta Cassazione che intendeva subordinare l'*an debeatur* dell'assegno alla condizione obiettiva della mancanza di indipendenza economica.

Nella concretezza dei casi, sarebbe accaduto che il coniuge più danaroso avrebbe tentato di indurre l'altro ad accontentarsi di quanto da egli proposto per chiudere ogni profilo patrimoniale, paventando che, altrimenti, in sede di divorzio contenzioso, il giudice non avrebbe ravvisato l'esistenza del presupposto dell'assegno, essendo la controparte economicamente autosufficiente⁷⁵.

quella di regolamentare gli effetti della crisi coniugale. L'accordo traslativo deve essere posto in relazione all'assegno di mantenimento e di divorzio per capire se esso costituisca la ragione della rinuncia a tali assegni o se di questi ultimi permangano i presupposti. In ogni caso senza predicare, tendenzialmente, alcuna nullità del patto, neppure se raggiunto in previsione del divorzio.

⁷⁴ Cass. 10.5.2017, n. 11504, cit.

⁷⁵ Si consideri anche che manca una espressa e specifica indicazione legislativa su cosa debba intendersi per autosufficienza



Una condotta del genere volta a svalutare il contributo apportato alla vita familiare dal coniuge è stata scongiurata⁷⁶. Secondo le Sezioni Unite della Cassazione, i parametri dell'assegno di divorzio di cui il giudice deve tener conto, tra i quali va riconosciuta «primaria e peculiare importanza»⁷⁷ a quello dell'apporto fornito dall'ex coniuge alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio dell'altro, sono di derivazione costituzionale, giacché attuativi della pari dignità dei ruoli che i coniugi hanno assunto durante la relazione matrimoniale⁷⁸.

Il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) - affermano le Sezioni unite - che «poggia sul cardine costituzionale fondato sulla pari dignità dei coniugi», esige di ricomporre il «profilo soggettivo»⁷⁹ del co-

economica. Così i giudici sono stati costretti ad individuare, non senza un certo arbitrio, un parametro di riferimento. Parametro che finiva comunque per essere artificioso e non espressivo del costo della vita. Cfr. infatti Trib. Milano, ord. 22.5.2017, in www.ilcaso.it, il quale afferma che: «Per indipendenza economica deve intendersi la capacità per una persona adulta e sana – tenuto conto del contesto sociale di inserimento – di provvedere al proprio sostentamento, inteso come capacità di avere risorse sufficienti per le spese essenziali (vitto, alloggio, esercizio dei diritti fondamentali) (...). Un parametro (non esclusivo) di riferimento può essere rappresentato dall'ammontare degli introiti che, secondo le leggi dello Stato, consente (ove non superato) a un individuo di accedere al patrocinio a spese dello Stato (soglia che, ad oggi, è di euro 11.528,41 annui ossia circa euro 1.000 mensili)». Parametro, questo, da integrare con il reddito medio percepito nella zona in cui il richiedente l'assegno vive e abita. Quindi, tendenzialmente, il coniuge che integra il presupposto reddituale di accesso al gratuito patrocinio è considerato privo dell'autosufficienza economica, mentre, di contro, sarebbe economicamente autosufficiente chi guadagna 1.050 euro mensili!

⁷⁶ Trib. Nuoro, 23.8.2018, n. 424, in www.cassazione.net, riconosce l'assegno di divorzio alla ex moglie, titolare di un reddito pari ad euro 997,00 mensili, in quanto è emerso nella fase istruttoria che ella: 1) ha significativamente contribuito alla formazione del patrimonio personale dell'ex marito; 2) non può più beneficiare dell'assegnazione della casa familiare, non convivendo più con i figli; 3) ha corrisposto, quando il marito era disoccupato, alcune rate del mutuo contratto per la edificazione della casa familiare. Ciò in un matrimonio durato 20 anni.

⁷⁷ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit. così si esprime.

⁷⁸ Alcuni tribunali, come si diceva *supra* alla nota 2, si sono mostrati critici nei confronti della sentenza della Cassazione n. 11504/2017, avendo colto che la storia matrimoniale non poteva essere ignorata e cancellata dallo scioglimento del matrimonio. Dalla pronuncia del Trib. Roma, 21.7.2017, cit. emerge come considerare soltanto l'esistenza o meno dell'indipendenza economica conduca a decisioni che obliterano le conseguenze delle scelte matrimoniali. E ciò anche quando quelle scelte non abbiano comunque impedito all'ex coniuge economicamente più debole di essere economicamente autosufficiente. Rispetto a questa considerazione, la sentenza della Cass., n. 11504/2017, cit., da un lato, ha il merito di aver posto la questione della rendita parassitaria e della non irragionevole ultrattività del matrimonio, dall'altro, ha il torto di aver sottovalutato i principi costituzionali della solidarietà e pari dignità. Di conseguenza essa ha appiattito il matrimonio sull'atto, quando, invece, la prospettiva di studio più in linea con il sistema è, come si diceva, quella del matrimonio-rapporto.

⁷⁹ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

niuge con un reddito e un patrimonio inferiore a quello dell'altro. Ciò implica avere contezza delle scelte dallo stesso effettuate per la conduzione della vita familiare, non soltanto al fine di decidere sull'attribuzione dell'assegno di divorzio,⁸⁰ ma anche per accordarsi sul contenuto dell'accordo in unica soluzione.

Durante le trattative per l'attribuzione patrimoniale in unica soluzione, il coniuge che si sia ritrovato privo di reddito o con un reddito decisamente inferiore a quello dell'altro⁸¹, avrà modo di far valere il proprio contributo alla conduzione familiare - si pensi al maggior tempo dedicato alla crescita dei figli - e alla formazione del patrimonio dell'altro. Non fosse altro perché è il rapporto il cuore della vicenda matrimoniale; è il rapporto che se, da un lato, riassume in sé il matrimonio-atto⁸², dall'altro deve guidare, in attuazione dei principi costituzio-

⁸⁰ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit. afferma esattamente che solo attribuendo rilevanza giuridica al contributo e alle scelte di un coniuge, funzionali allo svolgimento della vita matrimoniale, può dirsi che la valutazione di adeguatezza dei mezzi richiesta dall'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 sia effettivamente fondata sui predetti principi e valori costituzionali.

⁸¹ Trib. Trieste, 19.7.2018, n. 459, cit., afferma, in ossequio ai principi espressi dalle Sezioni unite n. 18287/2018, cit., che l'assegno di divorzio non spetta qualora tra le condizioni economico-patrimoniali dei coniugi non vi sia un «divario sensibile. E già questo basterebbe» (così era nel caso concreto). Ma il tribunale ha cura di precisare che l'assegno di divorzio non è dovuto anche perché: a) gli sposi ultraquarantenni lavoravano già prima di contrarre matrimonio; b) non vi è stato alcun apporto familiare tale da incidere negativamente sulla propria condizione economico-patrimoniale. Cfr. anche Trib. Verona, 20.7.2018, n. 1764, cit., che non riconosce l'assegno di divorzio sebbene il reddito degli ex coniugi sia risultato sensibilmente diverso. Ciò in ragione dei seguenti argomenti: 1) la ex coniuge, seppur con un reddito inferiore a quello dell'ex marito, era da considerarsi economicamente autosufficiente; 2) ella non aveva contribuito alla formazione del patrimonio dell'ex marito; 3) la breve durata del matrimonio (dopo 4 anni dalla celebrazione è stata presentata domanda di separazione personale); 4) la ex moglie era proprietaria di un immobile che, per sua scelta, non veniva messo a reddito. Infine, cfr. Trib. Roma, 8.8.2018, n. 16394, cit., il quale, a fronte di una disparità reddituale (1.900, 00 euro mensili lei, 3.500 euro mensili lui), nega l'assegno di divorzio perché: 1) il divario economico non è eziologicamente riconducibile, per quanto emerso, «a determinazioni e a scelte comuni e condivise che hanno condotto [la richiedente l'assegno] ad esplicitare il suo ruolo prevalentemente nell'ambito della famiglia»; 2) non è stato provato che il periodo di lavoro *part-time* come insegnante «abbia pregiudicato gli sviluppi di carriera».

⁸² V. SCALISI, *Consenso e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, cit., 169, critica quella corrente di pensiero la quale, nel tentativo apprezzabile di superare l'impostazione soggettivistica del matrimonio, ha finito col capovolgere la prospettiva, assumendo «entro lo schema - sia pur in versione integrata - della fattispecie una vicenda che invece gravita interamente sul rapporto e che come tale appunto acquista rilievo per l'ordine giuridico come matrimonio-rapporto, piuttosto che in funzione di una nuova e diversa figura del matrimonio-atto». L'Autore, prendendo spunto, tra l'altro, dalla disciplina della patologia del matrimonio (artt. 117 ss. c.c.) arriva a sostenere che si è oramai assistito al «definitivo riassorbimento del matrimonio-atto nel matrimonio-rapporto».



nali qui più volte evocati, lo scioglimento attraverso il perfezionamento delle intese.

Ove i coniugi dovessero raggiungere l'accordo sull'unica soluzione, il giudice non ha ampi margini per sindacarne il merito, salvo macroscopiche incongruenze rispetto alle ultime dichiarazioni dei redditi da allegare al ricorso. Ciò in quanto egli, per lo più, non conosce le circostanze rilevanti attinenti alla vita matrimoniale; circostanze verosimilmente non del tutto esplicitate nel testo del contratto e comunque selezionare e valutate dagli stessi coniugi⁸³.

Ad ogni modo, per effetto della pronuncia delle Sezioni unite del 2018, l'accordo in funzione del divorzio è equo ove il suo contenuto garantisca non già l'autosufficienza economica, ma un'adeguata valorizzazione dell'apporto fornito dal coniuge più debole alla vita familiare a detrimento del proprio livello professionale e della propria capacità di reddito. A tale fine vi sono due fattori da considerare: la *durata* del matrimonio, espressamente prevista dall'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970⁸⁴ e *l'età* del coniuge privo di mezzi adeguati. Fattore, quest'ultimo, ugualmente riconducibile a tale articolo nella parte in cui esso si riferisce alle «condizioni dei coniugi».

Secondo le Sezioni unite della Cassazione, la durata del matrimonio è un «fattore di cruciale importanza»⁸⁵ per stabilire il diritto di ricevere l'assegno di divorzio e il suo ammontare, in forza della lettura unitaria dell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970. Si aggiunga che la durata è un elemento particolarmente significativo anche in sede di trattative, iniziate per stabilire l'oggetto della prestazione in unica soluzione. Più è stato lungo il matrimonio, maggiore sarà l'incidenza negativa sulla propria condizione personale ed economico-patrimoniale e, di conseguenza, più elevate potranno essere le pretese economiche.

L'età consente di moderare o rafforzare le pretese del coniuge più debole, essendo un elemento su cui incentrare la valutazione sulle «effettive poten-

zialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione del matrimonio»⁸⁶. Si tratta di verificare, secondo un giudizio prognostico, se vi sia «la concreta possibilità di un adeguato ricollocamento sul mercato del lavoro», rispetto alle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate per attuare l'indirizzo della vita familiare come concordato con l'altro coniuge⁸⁷.

Anche lo stato di salute non può non avere un rilievo nella determinazione del contenuto della prestazione in unica soluzione, soprattutto per chi non sia in grado di lavorare (o non lo sia più a tempo pieno), avendo speso le migliori energie per la conduzione della vita familiare. È sempre dal principio costituzionale di solidarietà e di pari dignità dei coniugi che discende l'esigenza di ridurre il divario economico tra i coniugi, quando questo sia dipeso dall'organizzazione della vita matrimoniale.

Se l'accordo di cui all'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 viene valutato equo dal giudice, non sarà più ammissibile alcuna successiva domanda di contenuto economico, neppure, come ha chiarito una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni unite⁸⁸, a tito-

⁸⁶ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

⁸⁷ S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni unite*, cit., (p. 6-7), manifesta giuste perplessità nei riguardi di quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il coniuge privo di un'occupazione può rifiutare proposte di lavoro non attinenti al titolo di studio o all'esperienza professionale in precedenza maturata. «Con la conseguenza che le difficoltà del mercato andranno a detrimento dell'obbligato che dovrà continuare a lavorare anche per mantenere l'ex coniuge, perfino se scontento della propria occupazione lavorativa, eventualmente non adeguata rispetto alla sua formazione e al suo titolo di studio».

⁸⁸ Cass. Sez. un., 24.9.2018, n. 22434, in www.cassazione.net, afferma che il presupposto della pensione di reversibilità, consistente nell'essere l'ex coniuge «titolare di assegno ai sensi dell'art. 5» deve essere inteso «come titolarità attuale e concretamente fruibile dell'assegno divorzile, al momento della morte dell'ex coniuge, e non già come titolarità astratta del diritto all'assegno divorzile che è stato in precedenza soddisfatto con la corresponsione in un'unica soluzione». Ciò in quanto, secondo le Sezioni Unite e sulla scia della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, deve ammettersi che «il presupposto per l'attribuzione della pensione di reversibilità è...il venir meno di un sostegno economico che veniva apportato in vita dal coniuge o ex coniuge scomparso e la sua finalità è quella di sovvenire a tale perdita economica all'esito di una valutazione effettuata dal giudice in concreto», che tenga conto di una serie di elementi (e non soltanto della durata del matrimonio) ai fini della quantificazione dell'assegno di reversibilità da corrispondere (ciò nella fattispecie di cui all'art. 5 co. 3 l. n. 898/1970 del concorso tra l'ex coniuge e il coniuge superstite). Quindi, l'ex coniuge ha diritto alla pensione di reversibilità se, al momento della morte dell'altro ex coniuge, era titolare dell'assegno di divorzio e dunque se si trovava in condizioni di difficoltà economica. All'opposto egli non ne ha diritto se ha beneficiato di una prestazione in unica soluzione ai sensi dell'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970. Se l'assegno di reversibilità - chiariscono le Sezioni unite - «si giustifica con le stesse ragioni che giustificavano il sostegno economico all'ex coniuge, mediante la corresponsione dell'assegno divorzile», ne consegue che se non sia ha diritto all'assegno di divorzio o se si è già be-

⁸³ C. RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una prospettiva per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, cit., 7 (versione in *Banca dati-Leggi d'Italia*), rileva come «solo una totale trasparenza dei presupposti [di fatto del regolamento contrattuale] permette ex post al Tribunale di valutarne l'equità e di valutare l'opportunità di discostarsi dagli effetti pattuiti al mutare dei presupposti di fatto all'ombra dei quali l'accordo è stato raggiunto. È dunque necessario che il patto sia accompagnato da una *full disclosure* sulla situazione patrimoniale e reddituale di ciascuno». Certo, l'accordo potrà essere, come indica l'Autore, inefficace qualora dovesse produrre effetti manifestamente iniqui. Ciò si verificherebbe qualora il patto privasse il coniuge più debole dei mezzi di sussistenza. In tal caso il patto sarebbe nullo per violazione del principio costituzionale della solidarietà coniugale posto a fondamento della componente assistenziale dell'assegno di divorzio.

⁸⁴ La durata del matrimonio è un elemento di cui tener conto anche nella determinazione dell'assegno di mantenimento; cfr. più di recente Cass., 27.4.2018, n. 10304, in www.cassazione.net.

⁸⁵ Cass. Sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.



lo di pensione di reversibilità (art. 8 coo. 2 e 3 l. n. 898/1970).

8. Rilevanza della contribuzione personale anche dal confronto con altri ordinamenti.

L'art. 160 c.c. e i commi 6 e 8 dell'art. 5 l. n. 898/1970 delineano un sistema coerente di tutela del coniuge più debole. La funzione perequativo-compensativa dell'assegno, che ha un fondamento costituzionale, non può essere elusa dalla parte dotata di una maggiore forza contrattuale. Il giudizio di equità evita che il matrimonio, sulla cui durata ciascuno dei coniugi ha fatto affidamento, sia la causa di arricchimenti di uno ai danni dell'altro, con palese violazione del principio di uguaglianza.

Tale giudizio, sebbene l'art. 5, co. 8, l. n. 898/1970 non ne indichi i criteri ispiratori, deve basarsi su quegli stessi parametri che orientano l'*an* e il *quantum* dell'assegno di divorzio. Solo così il sistema si mostra coerente e unitario. E la ricaduta pratica di questa ricostruzione è rilevante: il coniuge abbiente dovrà essere disponibile a riconoscere che lo squilibrio economico-patrimoniale è dipeso dalle scelte dell'altro e dalla divisione dei compiti attuata durante la fisiologia del rapporto matrimoniale⁸⁹. Altrimenti, sarà il giudice, in sede contenziosa, a imporre un assegno di divorzio che non chiuderà definitivamente i rapporti economici e che terrà conto dell'esigenza perequativa.

L'autonomia negoziale, quindi, è conformata dai principi costituzionali; ma ciò non la depotenzia, rendendola anzi armonica con i principi e i valori posti all'apice dell'ordinamento.

È così anche in altri paesi, dove il matrimonio non può essere veicolo di disuguaglianze posticipate al suo scioglimento. Il *code civil* francese ha attribuito rilievo alla «*disparité que la rupture du ma-*

neficiato della prestazione in unica soluzione, viene meno la ragione dell'attribuzione della pensione di reversibilità.

Questa sentenza è apprezzabile perché giunge a una soluzione coerente con i principi e le regole che informano il sistema della crisi coniugale. Il principio di solidarietà giustifica tanto l'assegno di divorzio quanto la pensione di reversibilità. L'alternativa - rigettata dalle Sezioni unite - di considerare la pensione di reversibilità come un diritto di natura previdenziale, autonomo e diverso dall'assegno di divorzio, avrebbe rotto ingiustificatamente l'unitarietà del sistema.

⁸⁹ R. MONTINARO, *Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale*, cit., 230, sottolinea come il dovere di lealtà imposto nella negoziazione assistita esiga di far conoscere all'altro tutti gli elementi di fatto utili al raggiungimento di un accordo contrattuale. Questo procedimento stragiudiziale può essere decisamente utile per evitare la lite giudiziale e per favorire accordi consapevoli - stante l'assistenza dell'avvocato che deve certificare la conformità dell'accordo all'ordine pubblico - sugli effetti della separazione e del divorzio. Il suo limite è dato dalla mancanza del potere del procuratore della repubblica di valutare l'equità dell'accordo.

riage crée dans les conditions de vie respectives»⁹⁰. Per attenuarla, il legislatore d'oltralpe ha esplicitato i criteri posti a fondamento della *prestation compensatoire*. Tra quelli indicati dall'art. 271 *code civil* si segnalano in particolare: «le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno dei coniugi durante la vita comune per l'educazione dei figli e per il tempo che ancora a questi ultimi andrà dedicato o per favorire la carriera dell'altro coniuge a scapito della propria»; «il patrimonio stimato o prevedibile, quanto al capitale e al reddito, dopo la liquidazione del regime matrimoniale»; «i loro diritti esistenti o prevedibili»⁹¹.

La somiglianza di quest'articolo con l'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970 è emblematica dell'esigenza di riconoscere valore economico al contributo familiare, che, spesso, ha effetti positivi sulla carriera e sulla posizione economica dell'altro. Diversamente, si ridurrebbe in modo contraddittorio la distanza tra il matrimonio e le altre formazioni sociali di tipo familiare⁹².

⁹⁰ L'art. 270 *code civil* prende in considerazione proprio l'esigenza di compensazione, che può scaturire dal divorzio rispetto a certi fatti occorsi durante il matrimonio o futuri (cfr. anche art. 271 *code civil*).

⁹¹ Stabilisce l'art. 271 *code civil* che il giudice, nel determinare l'ammontare della somma dovuta a titolo di *prestation compensatoire*, tiene conto di diverse circostanze tra cui: «la durata del matrimonio, l'età e lo stato di salute del coniuge, la qualificazione e la situazione professionale dei coniugi e le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno dei coniugi durante la vita in comune per l'educazione dei figli e per il tempo che sarà ancora necessario o per favorire la carriera del proprio congiunto a detrimento della propria». L'art. 271 dà rilevanza anche a probabili eventi futuri quali la pensione.

⁹² Il tema della esclusività o meno del matrimonio quale istituto in grado di dare vita ad una famiglia è ancora aperto (cfr. F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e dir.*, 2016, 881 ss.). La legge sulle unioni civili, almeno nelle intenzioni del legislatore, ha scavato un solco tra le unioni civili e la famiglia (cfr. P. ZATTI, *Introduzione al Convegno «Modelli familiari e nuovo diritto»* (Padova 7-8.10.2016), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, 1665). Se può essere dubbio che l'unione civile sia un istituto dal quale non scaturisca la famiglia, certamente non possono essere equiparate tutte le formazioni sociali di tipo familiare. La tutela da riservare al convivente *more uxorio* a seguito della cessazione della convivenza di fatto non può essere quella del coniuge che addiva allo scioglimento del matrimonio. Ciò in quanto matrimonio e convivenza di fatto postulano una scelta di vita sostanzialmente diversa in punto di diritti e di doveri (cfr. l'art. 143 c.c. rispetto all'art. 1, coo. 36-39, l. n. 76/2016). Rileva giustamente C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio* (...), cit., 9-10, come il *revirement* della Cassazione (n. 11504/2017) sull'*an debeatur* dell'assegno divorzile (rigettato da Cass. Sez. un. n. 18287/2018, cit.) determini un avvicinamento della posizione del coniuge non economicamente autosufficiente al convivente di fatto che, ai sensi dell'art. 1, co. 65, l. 76/2016, «versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento». In tal caso, sul presupposto della cessazione della convivenza di fatto, il convivente ha diritto di ricevere dell'ex compagno gli alimenti «nella misura determinata ai sen-



All'opposto, va rilevato che il matrimonio, svuotato della sua sostanza, non legittima di per sé, in caso di suo scioglimento una pretesa economica. In questa prospettiva si spiega il § 1579, co. 5, BGB che attribuisce al giudice il potere di «*respingere, ridurre o limitare* temporalmente una pretesa di mantenimento (...), [qualora] l'avente diritto [abbia] violato gravemente, prima della separazione, per lungo tempo, il suo obbligo di contribuire al mantenimento della famiglia». Questa regola conferma lo stretto legame tra contribuzione ed effetti economici del divorzio, a dimostrazione, ancora una volta, della prevalenza del rapporto sull'atto di matrimonio.

Va sottolineato però che la disciplina tedesca spinge molto di più rispetto a quella italiana, soprattutto in assenza di prole, al reinserimento del coniuge debole nel mondo del lavoro. Il § 1570 BGB stabilisce che il mantenimento può essere ottenuto da un ex coniuge fino a quando «da egli non possa pretendersi l'esercizio di un'attività produttiva in ragione della cura e dell'educazione di un figlio comune».

Il codice tedesco, da un lato, circoscrive accuratamente i casi in cui si ha diritto all'assegno (§§ 1571- 1573), dall'altro, con riguardo all'ipotesi in cui non si abbia un lavoro, si prevede sia il dovere di compiere «sforzi» per reperirlo sia la possibilità di limitare temporalmente il mantenimento (§ 1573, co. 5), prevedendone altresì ipotesi di limitazione o di esclusione a fronte di fatti gravi (§ 1579). Con ciò si valorizza maggiormente l'autoresponsabilità economica.

Ad ogni modo anche in altri ordinamenti l'assegno di divorzio si lega alla struttura e all'organizzazione della vita matrimoniale, con diverse sensibilità legislative in punto di cessazione dell'assegno.

9. Accordo in previsione del divorzio e accordo prematrimoniale: tra validità ed esigenze di riforma.

Si è cercato di dimostrare che gli artt. 160, 156 coo. 1 e 7 c.c., 5, coo. 6 e 8 e 9, co. 1, l. n. 898/1970 non precludono ai coniugi di accordarsi, fin dalla separazione, per regolare definitivamente i loro rapporti economici. La tesi qui sostenuta, che ne ammette la validità, non entra in contraddizione con l'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c., con il principio d'indisponibilità dello *status*, con il divieto del commercio di *status* e con la garanzia costituzionale della tutela del coniuge economicamente debole.

si dell'art. 438 c.c.». Certamente quest'avvicinamento stride, stante la diversità strutturale e funzionale del matrimonio rispetto alla convivenza di fatto.

La giurisprudenza della Cassazione dissente da tale impostazione, ritenendo nullo l'accordo in previsione del divorzio; una nullità, come si diceva, ancor più infondata in ragione della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione citata in apertura con la quale è stata affermata la doppia funzione dell'assegno di divorzio e la prevalente disponibilità dei diritti che vengono in rilievo nella crisi coniugale. Tuttavia, se quest'orientamento restrittivo dovesse permanere, appare necessario un intervento legislativo; soprattutto perché i coniugi in crisi manifestano spesso la volontà di regolamentare fin da subito, e definitivamente, i profili patrimoniali, senza essere costretti a ridiscuterli in sede di scioglimento del matrimonio.

Siffatto interesse è rilevante e l'ordinamento non ha ragioni per ostacolarlo, soprattutto se l'accordo è equo. Oltretutto l'assegno post-matrimoniale perpetua la dipendenza economica e la conflittualità⁹³, in aperto contrasto con quella linea di fondo dell'ordinamento, sempre più marcata, di contenimento del dissidio nella crisi coniugale. Sia consentita allora qualche considerazione *de iure condendo*.

Per garantire la validità di tali accordi, occorrerebbe modificare l'istituto della separazione personale. O nel senso di abrogarlo, accogliendo così il modello tedesco che conosce soltanto il divorzio (§§ 1564 ss. BGB)⁹⁴ o di renderlo facoltativo com'è in Francia⁹⁵. È ragionevole ipotizzare che quest'ultima soluzione avrebbe maggiori possibilità di essere condivisa dal legislatore italiano, temperando, senza radicalismi, la libertà degli individui con l'esigenza di preservare il matrimonio⁹⁶.

⁹³ E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita» e «autoresponsabilità»: «persone singole senza passato?»*, cit., 10. Cfr. anche: E. AL MUREDEN, *Tenore di vita e assegno di mantenimento tra diritto ed econometria*, cit., 39 ss.; C. RIMINI, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. e dir.*, 2008, 1, 412 ss.

⁹⁴ Analogamente dispongono i «*Principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*». La parte I del documento è dedicata esclusivamente al divorzio, senza che si preveda una *status* intermedio, qual è la separazione. Il principio 1:3 stabilisce che «La legge permette sia il divorzio per mutuo consenso sia il divorzio senza il consenso di uno dei coniugi».

⁹⁵ La *séparation de corps* (art. 296 *code civil*) può essere pronunciata soltanto se i coniugi sono d'accordo, altrimenti, «*lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'alteration définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle [en séparation de corps] ne peut tendre qu'au divorce*» (art. 297 *code civil*).

⁹⁶ Va comunque riconosciuto che l'esigenza di non favorire scioglimenti frettolosi del matrimonio - ciò che sminuirebbe il rilievo costituzionale di quest'ultimo agli occhi dei consociati - può essere garantita anche da un ordinamento che preveda esclusivamente il divorzio. La disciplina tedesca costituisce un modello avanzato, in grado di coniugare la libertà personale con il valore della stabilità del matrimonio. Il §1565 BGB stabilisce che il matrimonio può essere sciolto per divorzio se i coniugi vivono già da un anno da separati e se presentano una domanda congiunta o se la parte che non ha presentato la domanda dia la





Una riforma del genere aprirebbe la strada agli accordi di sistemazione definitiva dei rapporti economici, superando quella giurisprudenza che, per ritenere valido un tale patto, deve sforzarsi di slegarlo dal cosiddetto contenuto necessario del negozio di separazione. Se fosse possibile ottenere direttamente la sentenza di divorzio, semplicemente indicando nel ricorso di vivere separati da un certo tempo (sul modello dell'art. 238 *code civil* o degli artt. 1565-1567 BGB), i coniugi potrebbero raggiungere subito un accordo sulla corresponsione in unica soluzione⁹⁷. E il giudice ne valuterebbe l'equità.

Quest'ipotesi di riforma appare ancor più necessaria dopo quella recente sentenza con la quale la Cassazione ha confermato il proprio orientamento secondo il quale l'assegno di mantenimento è volto a garantire un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio⁹⁸. Ma gli argomenti addotti a sostegno⁹⁹ sono diventati ancor più fragili

sua approvazione (§ 1566 BGB). Il comma 2 del § 1566 BGB stabilisce che «si presume inconfutabilmente che il matrimonio sia in stato di disfacimento se i coniugi vivono da tre anni separati». Significativa è anche la disposizione secondo la quale se il requisito del decorso del tempo non è ancora maturato, il matrimonio può essere sciolto ugualmente, fin da subito, se la sua continuazione «costituisca per colui che propone la domanda, per cause relative alla persona dell'altro coniuge, un pregiudizio imprevedibile». Si pensi alla violenza domestica, anche soltanto psicologica, che pregiudica fortemente la qualità della vita di chi la subisce. Da questo angolo di osservazione, l'art. 3 l. n. 898/1970 appare, al contrario, sbilanciato verso il valore della conservazione del matrimonio nel legare i casi di scioglimento immediato del matrimonio soltanto alle condanne penali per certi reati.

⁹⁷ G. BONILINI-A. NATALE, *Gli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 2962, attribuiscono grande importanza alla corresponsione in unica soluzione, pur rilevandone le difficoltà applicative. De *jure condendo*, è ragionevole ritenere che, se si potesse addvenire subito al divorzio senza dover passare dalla separazione, vi sarebbe maggiore spazio per l'accordo sull'*una tantum*, soprattutto qualora vi sia il desiderio di ottenere, come affermano gli Autori, «uno stacco definitivo da un rapporto, oramai, irrimediabilmente cessato».

⁹⁸ Cass. 16.5.2017, n. 12196, in *Fam. e dir.*, 2018, 4, 330 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*, in *Giur. it.*, 2017, 8-9, 1795 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*. Questa sentenza è intervenuta dopo quella della Cassazione n. 11504/2017, cit. In essa si afferma che, sebbene quest'ultima sentenza abbia previsto che l'assegno di divorzio è volto a garantire l'autosufficienza economica (orientamento poi rigettato da Cass. Sez. un., n. 18287/2018, cit.), con riguardo all'assegno di mantenimento deve essere confermata la sua funzione di assicurare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

⁹⁹ Cass. 16.5.2017, n. 12196, cit., basa il *decisum* su due argomenti: 1) la diversità di effetti della separazione e del divorzio. Si sottolinea che nella prima permane il dovere di assistenza materiale attuato proprio dal mantenimento. Il divorzio, invece, sciogliendo il matrimonio, sarebbe incompatibile con il perdurare di un tenore di vita analogo al matrimonio; 2) l'assegno di mantenimento avrebbe un fondamento costituzionale nell'art.

dopo l'intervento delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio.

Queste ultime hanno affermato che il criterio del tenore di vita matrimoniale è extra-legale, non essendo menzionato nell'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, né deducibile dai principi costituzionali invernati in tale articolo. Ora poiché anche l'art. 156, co. 6, c.c. si esprime analogamente all'art. 5, co. 6, l. n. 898/1970, adoperando l'espressione «non abbia adeguati redditi propri», si dovrebbe escludere anche con riguardo all'assegno di mantenimento per la illegittimità del parametro del tenore di vita. Si obietterà, come del resto fa la Cassazione¹⁰⁰, che la diversità di effetti tra separazione e divorzio impone di ragionare diversamente, a seconda che venga in rilievo l'assegno di mantenimento o quello di divorzio.

Ma così opinando, ferma l'extra-legalità del criterio, si finisce per ragionare in astratto, perché vi sono casi i cui i coniugi in crisi hanno già deciso di sciogliere il matrimonio, ancor prima di ottenere il pronunciamento sulla separazione¹⁰¹. Non a caso l'ordinamento ha ridotto considerevolmente i tempi della separazione (art. 3 n. 2 let. b come modificato dalla l. n. 55/2015), proprio al fine di rafforzare l'interesse allo scioglimento del vincolo.

La ricostruzione della Cassazione a Sezioni unite sulla funzione dell'assegno di divorzio deve essere estesa anche all'assegno di mantenimento, non essendo coerente che il criterio del tenore di vita, stante l'avviarsi del matrimonio verso lo scioglimento, sia conservato per l'assegno di mantenimento. Oltretutto, distinguendo la funzione dei due assegni, si favorisce la conflittualità tra i coniugi, divenendo la separazione personale terreno di scontro per ottenere un assegno di mantenimento di importo decisamente maggiore rispetto a quello che potrà essere preteso in sede di scioglimento del matrimonio. Il che non agevola certo gli accordi, tanto meno definitivi, in sede di separazione; anzi l'attuale orientamento sull'assegno di mantenimento disincentiva proprio la separazione consensuale.

Insomma, l'intervento legislativo appare necessario per rendere il sistema più coerente rispetto allo spazio già ampio riconosciuto all'autonomia negoziale dei coniugi e alla linea di *policy* tesa a favorire lo scioglimento del matrimonio. Solo qualche considerazione finale sui patti prematrimoniali.

Si è osservato come la Cassazione si sia piegata a ricostruzioni incerte, pur nell'intento di affermare la validità soltanto di certi accordi conclusi prima del matrimonio e ritenuti estranei agli effetti della

29 Cost. e quindi nel ruolo rilevante riconosciuto alla famiglia matrimoniale.

¹⁰⁰ Cass. 16.5.2017, n. 12196, cit.

¹⁰¹ I dati ISTAT su matrimoni e divorzi in Italia evidenziano un considerevole aumento dei divorzi soprattutto dopo l'entrata in vigore della l. n. 55/2015 sul c.d. divorzio breve.

separazione e del divorzio¹⁰². La strada della generale validità degli accordi prematrimoniali passa allora dall'intervento legislativo¹⁰³.

La loro introduzione, di cui la politica ha discusso¹⁰⁴, determinerebbe almeno tre vantaggi significativi: a) diminuzione della conflittualità tra i coniugi, i quali verrebbero alla separazione e al divorzio più agevolmente; b) più efficace tutela dei figli che, verosimilmente, subirebbero minori contrasti tra i genitori; c) riduzione dei costi della separazione e del divorzio, poiché entrambe verrebbero pronunciate per lo più con la negoziazione assistita, non essendoci divergenze (salvo se originate dall'adeguamento del patto), con conseguente alleggerimento del carico giudiziario.

Aspetti fondamentali di una futura disciplina dei patti prematrimoniali attengono alla delimitazione dell'oggetto¹⁰⁵, delle condizioni di validità e dei li-

miti al potere giudiziale di adeguarne in certi casi il contenuto. Tali patti esprimono una valutazione prognostica di quella che sarà la propria condizione economico-patrimoniale in caso di scioglimento del rapporto, a prescindere dall'effettivo andamento della vita coniugale.

Ora, sebbene un potere correttivo del giudice dovrebbe essere tendenzialmente escluso, posto che la ragion d'essere dei patti prematrimoniali è di evitare l'applicazione della disciplina della crisi coniugale¹⁰⁶ e la negoziazione durante la fine del matrimonio, non si può escludere che, talvolta, fatti originari (ad es.: la mancanza di una consulenza legale che dovrebbe essere obbligatoria per legge) o sopravvenuti (figli, problemi di salute, pesante penalizzazione di un coniuge) possano legittimare una nullità o un'integrazione/revisione dell'accordo¹⁰⁷. Rimarrebbe applicabile l'art. 1467 c.c.

Si dubita, inoltre, della validità del patto prematrimoniale che escluda l'attribuzione dell'assegno di divorzio e di ogni altra misura volta a sollevare dalla grave difficoltà economica il coniuge più debole; come pure dovrebbe ritenersi invalido il patto prematrimoniale insostenibile per la parte gravata, tanto da impedirle di provvedere ai propri bisogni.

In sostanza un futuro provvedimento legislativo sui patti prematrimoniali dovrebbe prevedere la possibilità di rinunciare, in tutto o in parte, al mantenimento ma non agli alimenti e ad ogni forma di sostentamento. Una tale disposizione sarebbe coerente rispetto a quanto affermato dalle Sezioni unite

¹⁰² Cass., 21.12.2012, n. 23713, cit., criticata puntualmente da S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 880 ss., soprattutto perché la pronuncia, nel qualificare la scrittura privata sottoscritta prima del matrimonio, unitamente a un accordo ad essa collegato (che prevedeva il trasferimento di un titolo di stato in funzione perequativa di quanto ricevuto dal marito), quale *datio in solutum* sospensivamente condizionata al fallimento del matrimonio, tenta malamente di celare la sostanza di un accordo prematrimoniale. La Suprema Corte reputa valido il contratto perché estraneo alla nozione di accordo prematrimoniale. Il quale - si legge nella sentenza - è davvero tale se è volto a «regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti». Invero, non sembra qualificante questa perimetrazione incentrata sull'oggetto. L'altra ragione di validità indicata dalla Cassazione starebbe nella natura non meramente potestativa della condizione sospensiva del fallimento del matrimonio, il cui avveramento dipende da un fattore oggettivo.

¹⁰³ S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 884 ss. Cfr. anche: G. OBERTO, «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss.; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, I, 69 ss.; A. FUSARO, *Marital contracts, Everträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss.; A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 2, 173 ss.

¹⁰⁴ La Proposta di legge n. 2669 (XVII legislatura) presentata il 15.10.2014 alla Camera dei Deputati prevede l'introduzione dopo l'art. 162 c.c. di un nuovo art. 162-bis c.c., riguardante la forma e il contenuto degli accordi prematrimoniali. Diversamente, il disegno di legge del 18.3.2011, n. 2629 («Modifiche al codice civile e alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali») prevede l'introduzione di un nuovo comma 5° nell'art. 162 c.c., in cui si riconosce ai nubendi di stipulare un patto prematrimoniale. Si prevede la possibilità di stabilire un «criterio di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali predisposte con gli accordi prematrimoniali».

¹⁰⁵ Negli Stati nordamericani, i *prenuptial agreement* hanno un oggetto complesso, regolando non solo gli obblighi di mantenimento conseguenti al divorzio, ma anche il regime patrimoniale secondario e la successione *mortis causa*.

¹⁰⁶ il disegno di legge n. 2629/2011 consente ai nubendi che concludono un accordo prematrimoniale di escludere «l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898». Di conseguenza ove tale patto, al verificarsi della crisi coniugale, dovesse risultare iniquo, non vi sarebbe possibilità di ricondurlo ad equità. Invece, il patto prematrimoniale che regola in via anticipata eventuali pretese restitutorie giustificate dalla fine del matrimonio dovrebbe essere assoggettato al giudizio *ex post* di equità. Un'equità sulla quale incidono sia la durata del matrimonio, sia la presenza di figli. Il giudice, nel valutare il patto, dovrebbe tener conto del principio di proporzionalità che informa il dovere di contribuzione (art. 143, co. 3, c.c.). La corresponsione di un indennizzo in esecuzione di un accordo prematrimoniale ha una causa propria nella misura in cui quanto prestato da un coniuge (ad esempio per ristrutturare l'immobile di proprietà dell'altro) ecceda quanto dovuto a titolo di contribuzione ai bisogni della famiglia. Sulla questione della ripetibilità delle elargizioni sproporzionate effettuate in esecuzione di un contratto di convivenza *more uxorio* (ex art. 1, co. 53, l. n. 76/2016) cfr. S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 886.887, la quale propende per la tesi della derogabilità del principio di proporzionalità tra conviventi di fatto. Di conseguenza, il convivente che abbia contribuito maggiormente non ha diritto alla restituzione degli arricchimenti fatti propri dall'altro.

¹⁰⁷ A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in *Biblioteca della fondazione del not.*, cit., 16 ss., dà conto di questa eventualità trattando del caso inglese *Radmacher v. Granatino* e svolgendo un'interessante disamina della giurisprudenza tedesca sulla legittimità del controllo degli *Eheverträge*.

sulla duplice funzione dell'assegno di divorzio e sulla relativa disponibilità dei diritti in materia.

Il tema è complesso e non può essere in questa sede sviluppato oltre. Preme però segnalare che le soluzioni prospettate in Italia nei diversi disegni di legge appaiono lacunose rispetto all'elaborazione presente nei sistemi di *common law* e di *civil law* (soprattutto in Germania), in cui, com'è noto, sono più diffusi i *pre-nuptial agreements*¹⁰⁸.

Fino a quando il nostro legislatore non interverrà¹⁰⁹, il patto prematrimoniale, diversamente da quanto ritenuto dalla Cassazione, deve essere considerato valido ma assoggettabile al giudizio di equità o, in alternativa, a clausole di rinegoziazione¹¹⁰.

L'autonomia contrattuale dei coniugi (o dei *nubendi*) non è avversata dall'ordinamento, ma contenuta con la tutela del coniuge che, al momento della crisi coniugale, si scopra economicamente debole a causa dell'indirizzo impresso alla vita matrimoniale.

¹⁰⁸ A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, cit., 8 ss.; E. AL MUREDEN., *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 54 ss.; G. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del not.*, cit., 76 ss., prospetta un'articolata proposta di legge in materia di accordi preventivi, attenta ai diversi profili che vengono in rilievo.

¹⁰⁹ G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, cit., 148, osserva che l'apertura «ad un metodo normativo, ma anche esegetico-valoriale, (...) ha consentito un'evoluzione cauta e radicale del sistema».

¹¹⁰ S. LANDINI, *Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus e clausole di rinegoziazione*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del not.*, cit., vol. I, 249 ss., sviluppa questa prospettiva, criticando l'applicazione dell'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare previsto in una clausola del patto prematrimoniale, preferendo la previsione, nella clausola stessa, di meccanismi di "giustizia privata" (conciliatore, arbitro).