

LE NUOVE LEGGI CIVILI

COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XL

a cura di
GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

4/2017

edicolaprofessionale.com/NLC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Redattore capo:

A. Finessi

**Il nuovo modello procedimentale di liberazione
dell'immobile pignorato (d.l. n. 59/16, conv., con modif.,
dalla l. n. 119/16)**

**La riforma dell'esecuzione 2016
(d.l. n. 59/16, conv., con modif., dalla l. n. 119/16)**

La responsabilità civile in ambito sanitario

Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario

**Accordo di corresponsione *una tantum*
e procedure stragiudiziali di separazione e divorzio**

**La trascrivibilità dell'accordo di mediazione
che accerta l'usucapione**

Riforma del diritto dei contratti e cessione di quote sociali



Wolters Kluwer

CLAUDIA IRTI (*)

Professore associato dell'Università Cà Foscari di Venezia

L'ACCORDO DI CORRESPONSIONE *UNA TANTUM* NELLE PROCEDURE STRAGIUDIZIALI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO: SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA GESTIONE PATRIMONIALE DELLA CRISI CONIUGALE TRA AUTONOMIA DELLE PARTI E CONTROLLO DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1. La reale portata innovativa delle recenti riforme relative alle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio. – 2. L'odissea dell'art. 12 del d.l. n. 132/14. – 3. Sull'ammissibilità della corresponsione dell'assegno in unica soluzione in sede di negoziazione assistita (e suoi limiti). – 4. Il giudizio di revisione all'indomani della recentissima "inversione di rotta" della Cassazione circa i presupposti per il riconoscimento del diritto all'assegno di divorzio. – 5. Autonomia privata e gestione patrimoniale della fase post-coniugale: quale futuro?

1. La reale portata innovativa delle recenti riforme relative alle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio.

Molteplici sono gli indici normativi susseguitisi negli ultimi anni che conducono gli studiosi del diritto di famiglia a ritenere che il matrimonio, dalla fase della sua formazione a quello del suo scioglimento, possa ormai essere ritenuto, almeno per quanto riguarda la relazione di coppia, una vicenda (quasi) esclusivamente privata⁽¹⁾.

(*) Contributo pubblicato previo parere favorevole formulato da un componente del Comitato per la valutazione scientifica. Il presente contributo è destinato al *Liber amicorum* Pietro Rescigno in occasione del suo novantesimo compleanno.

(1) SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 295 ss., p. 296; più in generale, quello della "arricchita dimensione negoziale del fenomeno familiare" è un dato rilevato tra i primi da RESCIGNO, *I rapporti personali tra i coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 1996, p. 35 ss.; si vedano anche *Il diritto di famiglia da un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 109 ss., e *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, p. 347 ss.; di recente anche in *Diritto privato, una conversazione* (con Resta e Zoppini), Il Mulino, 2017, p. 98-100; tra gli altri ZATTI, *La parabola della "privatizzazione" del diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, I. *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2002, I, t. 1, p. 19

Dal punto di vista sistematico la novità più rilevante è certamente da rinvenire nella riforma del 2014⁽²⁾, con la quale il legislatore – mediante l'introduzione di procedure stragiudiziali di separazione e divorzio – ha reso possibile lo scioglimento del vincolo matrimoniale pur in assenza di una sentenza, ovvero di un pronunciamento giudiziale, riconducendo all'autonomia privata il potere di incidere con effetti modificativi e/o estintivi sullo *status* coniugale⁽³⁾, posto che la fonte da cui scaturiscono gli effetti tipici della separazione e del divorzio va ormai rinvenuta nel consenso stesso delle parti e non più nella pronuncia del giudice⁽⁴⁾.

La nuova disciplina finisce, dunque, con il sancire rispetto ai coniugi un "parallelismo" tra il momento costitutivo del vincolo – sorto in virtù di una loro libera scelta – e quello risolutivo – ancora una volta espressione di una loro libera scelta. Del resto, già da tempo, la dottrina⁽⁵⁾ e la giurisprudenza⁽⁶⁾ hanno avuto modo di accertare che ciascun coniuge è titolare del diritto soggettivo di separarsi, divorziare e ricostituire una famiglia.

Non è sufficiente, tuttavia, enfatizzare questi pur importanti indici normativi per superare il dato, a nostro parere difficilmente contestabile, che l'ampliamento della libertà dei coniugi ha riguardato, sino ad oggi⁽⁷⁾, 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

ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, p. 285 ss. e *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam., pers. e success.*, 2005, p. 197 ss.

(2) Ci riferiamo al d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile), convertito in legge il 10 novembre 2014, legge n. 162. Di non poco rilievo anche la riforma del 2015 – la c.d. legge sul divorzio breve – che ha ridotto a un solo anno il periodo di separazione quale presupposto del divorzio; sei mesi nel caso di separazione consensuale.

(3) Per alcuni rilievi critici cfr. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, p. 38 ss.

(4) In materia di separazione e divorzio congiunto la predisposizione di soluzioni consensualmente definite dovevano pur sempre essere depositate in tribunale per l'indispensabile omologazione.

(5) Di diritto potestativo parlò per primo FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, p. 127.

(6) Da ultimo Cass. 19 marzo 2014, n. 6289; in dottrina AL MUREDEN, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà postconiugale e principio di "autoresponsabilità"*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1043 ss.

(7) Molte sono le proposte di riforma che contemplano una valorizzazione dell'autonomia privata nella gestione patrimoniale della crisi coniugale; cfr. SCIO, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in questa *Rivista*, 2017, p. 191 ss.

natura economica, ancora ampiamente soggette agli originari vincoli normativi.

Mentre, tuttavia, per quanto concerne le decisioni assunte dai coniugi (o ex coniugi) rispetto ai figli minori o maggiorenni bisognosi (affidamento, mantenimento e assegnazione della casa familiare) si condivide la scelta che le decisioni assunte siano sottoposte ad un attento vaglio “pubblicistico”⁽⁸⁾ diretto a verificare che corrispondano al concreto interesse della prole⁽⁹⁾, rispetto alle scelte economico-patrimoniali che riguardano i due coniugi sarebbe forse maturo il tempo di una riforma legislativa che incida sui criteri di determinazione della “distribuzione della ricchezza” in fase coniugale ed eventuale redistribuzione in fase post-coniugale, valorizzano l'autonomia negoziale dei coniugi in tutte le fasi del rapporto e della, eventuale, successiva gestione della crisi.

Ciò di cui si avverte primaria esigenza è anzitutto, a nostro modo di vedere, l'individuazione di strumenti che agevolino una sistemazione definitiva degli assetti economico-patrimoniali all'indomani dello scioglimento del vincolo, posto che nell'attuale contesto socio-economico-culturale l'assolvimento dell'obbligo patrimoniale in forma periodica – che ancor oggi gode di un (neanche troppo) implicito *favor* legislativo⁽¹⁰⁾ – finisce con il protrarre nel tempo interazioni tra gli ex coniugi, spesso conflittuali, che il più delle volte rischiano di avere ricadute negative anche sui figli, impedendo alle parti il pieno affrancamento da una relazione ormai irrimediabilmente cessata⁽¹¹⁾.

L'unica possibilità oggi riconosciuta agli ex coniugi di sottrarre gli accordi patrimoniali raggiunti in sede di divorzio alla regola del *rebus sic*

(8) La presenza di figli minorenni e maggiorenni bisognosi impedisce di utilizzare la procedura di separazione e divorzio dinanzi all'Ufficiale di stato civile (di cui all'art. 12 del d.l. n. 132/14) e prevede un controllo più attento da parte del p.m. in quella di negoziazione assistita (prevista all'art. 6 del d.l. n. 132/14).

(9) E, anzi, una delle principali critiche mosse nei confronti della riforma attiene proprio a questo aspetto, ove, secondo alcuni, la dimensione pubblicistica che viene riservata alla tutela dei soggetti minori o maggiorenni bisognosi – anche nel più generale contesto di “privatizzazione” dei rapporti familiari – avrebbe dovuto indurre il legislatore a sottoporre fin da subito al vaglio del giudice (mediante un vero e proprio provvedimento di omologazione degli accordi) le determinazioni assunte dai genitori riguardo ai figli, senza coinvolgere il pubblico ministero, non avvezzo ad una simile attività, attraverso una procedura di controllo che si paleserà il più delle volte affrettata, vista l'assenza di alcuna istruttoria. Così DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in www.treccani.it/magazine/diritto.

(10) Sul punto si tornerà a breve.

(11) In tal senso BONILINI, in BONILINI e TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*³, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 675 ss.

stantibus è quello di sottoscrivere un accordo per la corresponsione di un assegno divorzile in unica soluzione che venga giudicato equo dal giudice (così come previsto al comma 8° dell'art. 5 della l. n. 898/70 nella versione modificata dalla l. n. 74/87⁽¹²⁾), soluzione che tuttavia – come a breve avremo modo di considerare – sembra rimanere preclusa (almeno in parte) a quelle coppie che decidano di optare per una delle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio recentemente introdotte dal legislatore, determinando il paradossale risultato che l'utilizzo di uno strumento che fonda le sue radici sul più ampio riconoscimento delle capacità autodecisorie dei coniugi (soggetti, è bene ricordarlo, pienamente capaci, responsabili e consapevoli delle manifestazioni di volontà espresse) sia loro negato proprio nell'“arena dell'autonomia”.

Partendo dalle ragioni, più o meno condivisibili, che sorreggono la scelta legislativa di porre limiti all'utilizzo di detta modalità di liquidazione dell'assegno divorzile nelle procedure stragiudiziali, intendiamo dunque interrogarci su quale sia (e possa essere) in futuro il ruolo dell'autonomia delle parti nella gestione patrimoniale della crisi “familiare”.

2. *L'odissea dell'art. 12 del d.l. n. 132/14.*

Le riflessioni che ci si accinge a svolgere traggono le mosse dalle recenti vicende amministrativo-giudiziarie che hanno riguardato la disposizione contenuta al comma 3° dell'art. 12 del d.l. n. 132/14⁽¹³⁾, norma

(12) Il comma 4° dell'originario dettato dell'art. 5, contenuto nella l. n. 898/70, che recitava “su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in un'unica soluzione”, è stato sostituito nel 1987 con l'attuale disposizione a norma della quale “su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico”. In dottrina per un'analisi accurata sull'evoluzione normativa della citata disposizione si vedano, tra i tanti, MACARIO, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio – L. 6 marzo 1987, n. 74 –, sub. Art. 10*, in questa *Rivista*, 1987, p. 898 ss.; QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 52 ss.; BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, pp. 102-103; LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime riflessioni sulla l. 6 marzo del 1987, n. 74*, in *Dir. fam.*, 1988, p. 438 ss.; C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. div.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, p. 358 ss.; BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 676 ss.

(13) Articolo rubricato *Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile*. Più in generale sul contenuto delle riforme. BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 4/2015, p. 515 ss.; TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e “degiurisdizionalizzazione” alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 8/9, 2015, p. 1141 ss.; ID., *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e*

che ha reso possibile a coniugi ed ex coniugi⁽¹⁴⁾ di formalizzare dinanzi all'ufficiale di stato civile l'accordo destinato a determinare la loro separazione o il divorzio, purché l'accordo non contenga "patti di trasferimento patrimoniale". Tale locuzione è subito apparsa ai commentatori della novella "eccedere" le finalità perseguite dal legislatore che voleva, con larga probabilità, evitare che negli accordi dinanzi al Sindaco – stante l'assenza della consulenza di un legale nella predisposizione del patto e di qualsivoglia controllo pubblicistico sul contenuto dello stesso – fossero ricompresi determinazioni relative ad atti di trasferimento immobiliare, ma non certo qualsivoglia atto patrimoniale⁽¹⁵⁾.

giurisdizione, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 1053 ss.; DANOVÌ, *Il D.L. n. n. 132/14: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 949 ss.; ID., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, ivi, 2014, p. 1141 ss.; CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, c. 1287 ss.; CARIGLIA, *Separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. it.*, 2015, c. 1739 ss.

⁽¹⁴⁾ Peraltro a seguito dell'approvazione della l. n. 76/16, che ha introdotto nel nostro ordinamento norme per la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze", in virtù dei richiami normativi ivi contenuti, anche lo scioglimento dell'unione civile può essere oggi conseguito utilizzando le procedure disciplinate agli art. 6 e 12 del d.l. n. 132/14, così come convertito dalla L. n. 162/14. Rileva, dunque, attenta dottrina come "la pluriennale elaborazione giurisprudenziale ed interpretativa concernente la tutela della parte economicamente debole – tradizionalmente riferita al coniuge e caratterizzata da una terminologia imperniata sul divorzio e sull'assegno post-matrimoniale – appare sostanzialmente riferibile, nel quadro normativo attuale, anche alla rottura dell'unione civile", così AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 535 ss.; a tale proposito, tuttavia, non si può far a meno di condividere le osservazioni critiche di chi rileva come "a fronte della povertà dei contenuti e degli effetti non patrimoniali dell'unione civile e della evanescenza e fragilità del vincolo giuridico che ne deriva" colpisca e stupisca che "il legislatore abbia esteso indiscriminatamente ed acriticamente alle parti dell'unione civile la disciplina del regime patrimoniale contemplata dalle norme del c.c. in materia di matrimonio ed abbia altresì dichiarato applicabili le regole" – tra le tante richiamate – "sulle conseguenze economiche dello scioglimento del matrimonio" posto che "non si vede come un negozio che obbliga soltanto a coabitare, a prestarsi reciprocamente una generica assistenza morale e materiale e a contribuire economicamente ai "bisogni comuni", privo di un ulteriore e più solido sostrato non patrimoniale (...) possa costituire il fondamento giustificativo (...) della previsione delle pesanti (e già con riguardo al matrimonio decisamente discutibili) ripercussioni economiche dello scioglimento del matrimonio contemplate dalla l. n. 898/70", così G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della L. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in questa *Rivista*, 2017, p. 101 ss., in part. pp. 142-143. Sul più generale tema degli accordi per la crisi familiare, con riferimento anche alle unioni civili e convivenze cfr. AMAGLIANI, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, 1, 2017, p. 251 ss.

⁽¹⁵⁾ SESTA, *Negoziata assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 295 ss.; M.A. LUPOLI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss.

Stante il dato letterale, tuttavia, la disposizione è stata in un primo momento interpretata nel senso di vietare l'utilizzo di questo strumento in tutte le ipotesi in cui l'accordo raggiunto dalle parti preveda statuizioni di natura economica, ovvero qualunque previsione di natura economica, mobiliare o immobiliare, periodica o in unica soluzione; si trattava, peraltro, dell'interpretazione sostenuta dalla Circolare del Ministero 28 novembre 2014, n. 28, che così facendo finiva per limitare l'applicazione della previsione normativa a pochissime fattispecie⁽¹⁶⁾.

Le ragioni di chi ha sin da subito auspicato un'interpretazione "restrittiva" della norma⁽¹⁷⁾, soprattutto al fine di rendere l'utilizzo dell'istituto effettivamente fruibile, sono state infine accolte dal Ministero con la circolare n. 6 del 24 aprile 2015 che, sovvertendo le affermazioni contenute nella prima circolare, ha assentito che il divieto di patti di trasferimento patrimoniale deve intendersi limitato ai soli patti "produttivi di effetti traslativi di diritti reali", di modo che restano certamente esclusi da suddetto divieto gli atti negoziali che determinano l'insorgenza tra i coniugi di meri rapporti obbligatori, privi di effetti traslativi⁽¹⁸⁾, tra i quali gli accordi che prevedano "un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico, sia nel caso di separazione consensuale (c.d. assegno di mantenimento) sia nel caso di richiesta congiunta di cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio (c.d. assegno divorzile)".

Resta, invece, esclusa la possibilità per le coppie di addivenire a un divorzio (e anche ad una separazione) dinanzi all'ufficiale dello stato civile

(16) Lo strumento finiva per poter essere utilizzato solo da "coppie, che in ogni caso senza figli, intend(essero) allentare o sciogliere il vincolo o a breve distanza dalla celebrazione del matrimonio (non avendo dunque ancora raggiunto quella compenetrazione di interessi, anche patrimoniali, che caratterizzano il rapporto matrimoniale e giustificano in concreto la solidarietà post-coniugale), ovvero in condizione di sostanziale parità economica, cosicché nulla hanno a che pretendere l'una dall'altra", così BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, cit., p. 515.

(17) SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 295 ss.; M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, cit., p. 283 ss.; CASABURI, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 44 ss.; DANOVÌ, *Il D.L. n. 132/14: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 949 ss.; ID., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, *ivi*, 2014, p. 1141 ss.

(18) Dal che "dovrebbe, per converso, ammettersi che, in sede di procedura *ex art.* 12 cit., le parti possano anche accordarsi (si badi, con efficacia esclusivamente "obbligatoria") impegnandosi reciprocamente a un futuro trasferimento, quello sì "ad efficacia reale", così FIORINI, *Profili di interesse notarile nello scioglimento delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76*, in *Riv. not.*, 2017, p. 185 ss. in part. p. 196.

che dal punto di vista patrimoniale contempli la corresponsione di un pagamento in unica soluzione, o liquidazione *una tantum*, in quanto si tratterebbe in questo caso di “un atto di trasferimento patrimoniale (mobiliare o immobiliare)”, che per espressa previsione normativa (art. 5, comma 8°, l. n. 898/70) deve essere sottoposta a un controllo giudiziale di equità per produrre gli affetti “tombali” propri di questa forma di corresponsione.

Peraltro, secondo parte della dottrina⁽¹⁹⁾, tale previsione normativa preclude l'utilizzo della modalità di pagamento in unica soluzione anche nell'ipotesi di cui all'art. 6 del d.l. n. 132/14, in quanto il richiesto controllo giudiziale “non può ritenersi surrogato dal nullaosta o dall'autorizzazione del p.m.”, che dovrebbe comunque rimettere le parti dinanzi al Tribunale. Di conseguenza, l'accordo che dovesse prevedere una corresponsione *una tantum* raggiunto in sede di negoziazione assistita, sia in sede di separazione che di divorzio, potrà essere impugnato al fine di farne valere “l'iniquità genetica, che costituisce la violazione della norma inderogabile dell'art. 5, comm. 8, L. n. 898/1970”.

Su tali considerazioni si tornerà fra breve, volendosi preliminarmente concludere l'annosa vicenda dell'interpretazione del lemma “patti di trasferimento patrimoniale” contenuto al comma 3° dell'art. 12 del d.l. n. 132/14.

L'ultima circolare del Ministero è stata, infatti, impugnata dinanzi al Tar del Lazio⁽²⁰⁾, che ne ha riproposto un'interpretazione in senso “ampio” e “omnicomprensivo”, ritenendo valevole il divieto imposto dalla norma all'utilizzo della procedura dinanzi all'ufficiale di stato civile ogni qual volta l'accordo preveda un qualsivoglia trasferimento patrimoniale “sia che si tratti di uno o più beni ben individuati, sia che si tratti di somme di denaro”, ovvero qualunque sia la modalità stabilita per il trasferimento, periodica o *una tantum*.

Decisione giudiziale, quest'ultima, a sua volta impugnata dinanzi al Consiglio di Stato che lo scorso 26 ottobre⁽²¹⁾, non ha ritenuto condivisibili le preoccupazioni sollevate dal giudice di prime cure, respingendone

⁽¹⁹⁾ In particolare si veda quanto sostenuto da SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 295 ss.

⁽²⁰⁾ La discussa previsione normativa secondo il Tar, sarebbe conforme alla *ratio* sottesa alla procedura semplificata di separazione o di divorzio ... individuata nella finalità di rendere estremamente agevolato l'iter per pervenire a tale risultato, ma solo in presenza di condizioni che non danneggiano i soggetti deboli. Soltanto un'interpretazione letterale della norma assicurerebbe la tutela del soggetto debole che, in caso contrario, potrebbe essere di fatto costretto ad accettare le condizioni patrimoniali imposte dalla “controparte più forte”; si veda Tar Lazio – Roma, sez. I *ter*, n. 07813/2016.

⁽²¹⁾ Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Dir. e giust.*, 2016, p. 44 con nota redazionale di MILIZIA, *Il consiglio di Stato apre agli accordi economici nelle separazioni o*

l'esegesi offerta della norma, giudicata ingiustificatamente "abrogante" di un dettato normativo teso alla valorizzazione dell'autonomia privata.

Per il Consiglio di Stato il divieto imposto dall'art. 12 "mira esclusivamente ad evitare che con gli accordi stipulati in seno a tale procedura, anche per i limitati poteri di verifica che l'ufficiale di stato civile può esercitare nell'ambito delle proprie competenze, possano realizzarsi una volta per tutte trasferimenti di beni (o di altri diritti) che, per la loro particolare rilevanza socio economica, incidono irreversibilmente sul patrimonio dei coniugi e, in quanto tali, richiedono un controllo non solo formale – ... – ma anche sostanziale sulla "equità" di tali condizioni, inteso a scongiurare una definitiva compromissione del coniuge debole". A sostegno delle proprie argomentazioni il Consiglio richiama la disposizione di cui all'art. 5, comma 8° della l. n. 898/70, il cui dettato normativo, a parere dei giudici, "rafforza il convincimento che il legislatore abbia inteso riferirsi, nell'art. 12, comma 3°, del d.l. n. 132/14, alla corresponsione in unica soluzione dell'assegno, mediante il trasferimento patrimoniale, poiché essa non può essere oggetto di successiva modifica a differenza degli altri patti o condizioni di natura economica, sempre rivedibili in sede giurisdizionale o nella procedura, qui in esame, semplificata e degiurisdizionalizzata". La particolare cautela adottata con l'introduzione del richiamato divieto per gli accordi "ratificati" dall'ufficiale dello stato civile, sarebbe da legare alla "incidenza socio-economica dell'assegno *una tantum*, implicante un definitivo trasferimento della proprietà (o di altro diritto) e la sua conseguente irreversibilità nel tempo" dovendo, piuttosto, tali accordi "limitarsi a contemplare solo assetti di interessi modificabili, successivamente, nell'ambito di un rapporto obbligatorio".

3. *Sull'ammissibilità della corresponsione dell'assegno in unica soluzione in sede di negoziazione assistita (e suoi limiti).*

Riaffermata, dunque, a oggi – in ragione della citata interpretazione della normativa fornita del Consiglio di Stato – l'impossibilità di concludere un accordo dinanzi all'ufficiale di stato civile che contempra la liquidazione *una tantum* dell'assegno divorzile, resta invece aperta, a nostro modo di vedere, la questione relativa alla possibilità di adottare una tale forma di determinazione del contributo patrimoniale in capo a uno dei coniugi (o ex coniugi) nella procedura di negoziazione assistita *ex art. 6,*

divorzi semplificati, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 535 ss. con commento di AL MUREDEN, *cit.*

comma 2°, tanto nelle ipotesi di accordo di divorzio che in quelle di separazione⁽²²⁾.

Come anticipato alcuni autori la escludono reputando il giudizio di equità, riservato all'organo giudiziale richiesto al comma 8° dell'art. 5 l. n. 898/70, coesistente all'operatività della stessa disposizione⁽²³⁾.

Non si tratta, tuttavia, di un giudizio unanime.

Parte della dottrina⁽²⁴⁾ ritiene, infatti, che la valutazione di equità del Tribunale cui la citata norma assoggetta l'accordo, non inficerebbe la

⁽²²⁾ Il problema dell'ammissibilità della corresponsione dell'assegno in unica soluzione in sede di separazione mediante applicazione analogia della disposizione normativa contenuta nella legge sul divorzio – posto che non è riscontrabile analogia disposizione in sede di separazione – è stato oggetto dei più ampi studi da parte della dottrina (tra i tanti si segnalano per la specificità della trattazione quello di RABITTI, *La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi*, in *Famiglia*, III, 2001, p. 589 ss. e LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 453 ss. in part. p. 482). Se è vero che la logica che ha mosso il legislatore nella citata previsione normativa contenuta nella l. n. 898/70 è quella di consentire ai coniugi di chiudere un doloroso capitolo della propria esistenza stabilendo, in modo definitivo, i reciproci rapporti anche patrimoniali, parallelamente allo scioglimento del vincolo, le recenti riforme che hanno notevolmente abbreviato i termini di durata della separazione prima di un – ormai quasi automatico – scioglimento del fatidico vincolo, rendono più che mai inattuale la citata differenziazione fra le due discipline, nell'ottica di un'obsoleta concezione della separazione quale fase che tende a favorire una possibile riconciliazione dei coniugi piuttosto che, come è, la causa statisticamente più rilevante di scioglimento del matrimonio stesso; sul punto CARBONE, *La mutata funzione della separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 267 ss.; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 122 ss.

⁽²³⁾ SESTA, *Negoziata assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., p. 295; ma anche TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1142 ss., secondo il quale nell'ambito delle nuove pronunce stragiudiziali, la liquidazione dell'assegno divorzile in unica soluzione non può essere attuata, "perché vi osta quanto dispone l'art. 5, comma 8°, della legge sul divorzio che esige una valutazione di congruità del tribunale" (p. 1150); M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 283 ss.; nello stesso senso sembra esprimersi G. IORIO, *La separazione e il divorzio davanti all'ufficiale di stato civile*, in *Aa.Vv., Le nuove discipline della separazione e del divorzio*, a cura di Morozzo della Rocca, pp. 53-54, n. 57.

Sulla stessa linea sembra porsi chi, nell'attribuire al principio di indisponibilità dell'assegno divorzile la valenza di "principio di ordine pubblico", lascia sottintendere che il p.m., in sede di negoziazione assistita, dovrebbe negare il rilascio del necessario nulla osta allorché l'accordo contempri l'adempimento delle obbligazioni patrimoniali di una delle parti a favore dell'altra mediante corresponsione *una tantum*, elevando di fatto la norma di cui all'art. 5, comma 8°, della legge sul divorzio a rango di norma imperativa di legge, così, se non mal interpretato, AL MUREDEN, *Accordi innanzi al Sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, cit., pp. 540-541.

⁽²⁴⁾ OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, p. 439; ID., *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, p. 20; ROSSI CARLEO e CARICATO, *La separazione e il divorzio*, in *Il diritto di famiglia. La crisi*

validità dello stesso⁽²⁵⁾, ma avrebbe la (più ridotta) funzione di attribuire alla corresponsione carattere estintivo-preclusivo, sottraendo l'accordo alla generale regola del *rebus sic stantibus*⁽²⁶⁾.

Condividendo una tale lettura della disposizione contenuta nella legge divorzile non è da escludere che, per quanto concerne la negoziazione assistita – ove, è bene ricordare, l'art. 6 non appone alcun limite all'utilizzo dell'istituto, diversamente da quanto dispone l'art. 12 rispetto ai succitati “patti di trasferimento patrimoniale” – le parti possano validamente concludere un accordo con modalità di pagamento *una tantum*, senza che l'assenza di un controllo giudiziale ne comporti necessariamente la nullità o l'inefficacia⁽²⁷⁾: “avuto esclusivo riguardo al suo contenuto necessario e proprio, pare potersi affermare che l'accordo, in qualunque tempo esso sia stato stipulato (in sede di separazione consensuale, durante il procedimento di separazione giudiziale, in sede di domanda congiunta di divorzio o durante il procedimento contenzioso)” e ora dunque, aggiungiamo noi, in sede di negoziazione assistita “avendo ad oggetto diritti disponibili, sia senz'altro valido ed efficace; esso integra una transazione⁽²⁸⁾ e, quindi,

familiare, IV, a cura di T. Auletta, in *Tratt. Bessone* Torino, 2013, p. 285 ss.; E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, p. 52 ss.; *contra* F. SCARDULLA, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, p. 629; C. M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. div.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, p. 360 s.s.; BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, in *Contratti*, 1996, p. 401 ss., secondo cui, in assenza del controllo giurisdizionale, «l'accordo raggiunto dai coniugi non è vincolante e deve reputarsi privo di effetti».

⁽²⁵⁾ In tal senso sembra esprimersi anche CUBEDDU, *Il divorzio*, in *Diritto della famiglia*, a cura di S. Patti e Cubeddu, Milano, 2011, p. 654, allorché afferma “(...)il controllo giudiziale del requisito dell'equità non condiziona l'efficacia dell'accordo che già possiede tale requisito, ma può essere solo eventuale e successivo”.

⁽²⁶⁾ Secondo parte della dottrina con il c.d. controllo di equità introdotto con la novella del 1987 il legislatore, “tenuto conto della connotazione di aleatorietà che gli accordi in discorso assumono quando le parti vi conferiscono carattere di definitività abbia voluto sottoporre a controllo di equità non già qualsiasi accordo con il quale si convenga la corresponsione in unica soluzione dell'assegno di divorzio, ma solo quegli accordi che siano destinati per volontà delle parti a rendere definitiva la programmazione d'interessi e, quindi, a escludere il diritto, garantito dalla legge, di chiedere la revisione della statuizione in presenza di sopravvenienze” LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, *cit.*, in part. p. 482.

⁽²⁷⁾ Volendo assimilare il controllo di equità a una sorta di *condicio iuris* cui sarebbe sottoposto l'accordo raggiunto dalle parti.

⁽²⁸⁾ Il tema della natura giuridica dell'accordo di assegno *una tantum* è in verità piuttosto controverso: la citata dottrina abbraccia la tesi dell'accordo transattivo, cui fa da corollario la funzione del controllo giurisdizionale limitato alla sola verifica della disponibilità dei diritti dedotti (in giurisprudenza sulla natura transattiva dell'assegno in unica soluzione, App. Torino 15 gennaio 1998, in *Giur. merito*, 2000, p. 1153 e Cass., 5 settembre 2003, n. 12939, in *Dir. fam.*, 2004, p. 66; in dottrina MACARIO, *Nuove norme sulla disciplina*

produce l'effetto preclusivo proprio di tale tipo legale, ma può rimanere soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*" (29).

In caso di "sopravvenienze" l'accordo potrà, dunque, essere revisionato ma senza che ciò comporti necessariamente la nullità delle clausole originariamente pattuite le quali restano valide ed efficaci *rebus sic stantibus* (30). La revisione, peraltro, dovrebbe poter operare – a nostro parere – solo a favore di chi abbia ricevuto la liquidazione *una tantum*, e solo in quanto rispetto alla originaria determinazione – comunque destinata a garantire al beneficiario redditi adeguati – eventuali sopravvenienze abbiano negativamente inciso su tale aspetto, l'inadeguatezza dei mezzi di sostentamento (31). Irragionevole sarebbe acconsentire a che l'accordo possa essere impugnato *ex post* da chi abbia elargito la somma o operato il trasferimento del diritto per chiederne la restituzione trattandosi – come nel caso di adempimento di prestazioni periodiche – di prestazioni che il ricevente non ha alcun dovere di accantonare o salvaguardare in vista di una futura revisione (32).

dei casi di scioglimento del matrimonio – L. 6 marzo 1987, n. 74 –, sub. Art. 10, cit., p. 898). Altra parte della dottrina abbraccia invece la tesi novativa, sotto forma di novazione oggettiva (così C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. div.*, in *Comm.*, cit.); c'è chi sostiene che si tratti di una forma di *datio in solutum*, consistente nella possibilità di liberarsi con una prestazione diversa da quella originariamente pattuita, quando il debitore vi acconsenta (ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, c. 1319 ss, c. 1325). Secondo altra interpretazione, invece, si sarebbe di fronte ad un negozio di natura transattiva e aleatoria a carattere novativo di ogni precedente pretesa, in modo che il creditore troverebbe unicamente in esso il titolo azionabile. Per un esame delle diverse impostazioni, BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, cit., p. 401 ss.

(29) LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, cit., p. 483.

(30) RABITTI, *La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi*, cit., p. 589 ss.

(31) Sul problema della revisione in particolare DORIA, *Considerazioni sulla revisione dell'assegno di divorzio*, in *Dir. fam. e pers.*, 1991, p. 165 ss., il quale, dopo aver analizzato le varie posizioni della dottrina rispetto ad una valutazione dei "giustificati motivi" che consentono la revisione, afferma che ai fini dell'accoglimento della domanda di revisione, occorre non solo il fatto oggettivo "dell'impoverimento" del coniuge creditore, ma anche che ciò si rifletta sulla possibilità per questi di continuare ad avere "mezzi adeguati" per il suo sostentamento.

(32) Cfr. Cass., sez. I, 5 giugno 1990, n. 5384, in *Mass. giust. civ.*, 1990, f. 6, secondo la quale "In tema di separazione personale tra i coniugi, la riduzione dell'assegno di mantenimento fissato dal presidente del tribunale, disposta per il peggioramento delle condizioni economiche dell'obbligato, ha efficacia dal momento in cui diviene efficace la sentenza, e non da quello della domanda, atteso che l'assegno provvisorio è ontologicamente destinato ad assicurare i mezzi adeguati al sostentamento del beneficiario, il quale non è tenuto ad accantonare una parte in previsione dell'eventuale riduzione". Nello stesso senso Cass., sez. I, 5 ottobre 1999, n. 11029, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2928; Cass., sez. I, 23 aprile 1998, n.

Diversamente ragionando – ovvero accogliendo la tesi della nullità dell'accordo – si dovrebbe altrimenti ritenere che a) l'accordo possa essere impugnato da chiunque vi abbia interesse, e certamente dal coniuge onerato, b) una volta dichiarata la nullità o l'inefficacia dell'accordo impugnato in sede di revisione, il coniuge “debole” dovrebbe essere tenuto alla restituzione delle contribuzioni originariamente percepite sulla base di un accordo dichiarato, appunto, nullo o inefficace: le somme di denaro andrebbero restituite in quanto indebitamente percepite e gli effetti traslativi di diritti dovrebbero considerarsi come mai prodotti (conseguenza che potrebbe ripercuotersi anche a danno di eventuali terzi, acquirenti dal titolare apparente).

È allora interessante notare come nelle pronunce in cui è stata dichiarata la nullità degli accordi con i quali i coniugi in sede di separazione convenivano la corresponsione di un assegno *una tantum* quale corrispettivo per l'assegno di mantenimento e a tacitazione di pretese creditorie anche rispetto al possibile futuro assegno di divorzio, i giudici della Cassazione – nel ribadire la tesi della nullità di detti accordi – si siano adoperati per fare salvi, in vario modo, gli effetti attributivi o traslativi da essi discendenti⁽³³⁾.

Non solo; in una logica di tutela del coniuge debole, *alias* contraente debole⁽³⁴⁾, la giurisprudenza si è spinta a utilizzare anche nell'ambito degli accordi patrimoniali in sede di crisi coniugale, la “categoria” delle c.d. nullità relative, proprie della normativa a tutela del contraente debole⁽³⁵⁾, arrivando ad affermare che, sebbene gli accordi con i quali i coniugi fissano, in via preventiva, il regime giuridico patrimoniale del futuro ed eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, tale principio non trova applicazione qualora sia invocato dal coniuge che avrebbe potuto essere onerato dell'assegno divorzile, al fine di ottenere l'accertamento negativo dell'altrui diritto. La dottrina non ha tardato a vedere in questo indirizzo una particolare ipotesi di “nullità relativa”, che può essere fatta

4198, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 872; Cass., sez. I, 12 aprile 1994, n. 3415, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 531. Di diverso avviso sembra RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *La crisi della famiglia*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2015, pp. 247-248.

⁽³³⁾ Cass. 13 maggio 1999, n. 4748, in *Giur. it.*, 2000, c. 720 ss.

⁽³⁴⁾ ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit., c. 1330. Sulla stessa linea MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, I, Torino, 2003, pp. 195-199; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione in vista del divorzio*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 303 ss. e in *I contratti di convivenza*, a cura di Moscati e Zoppini, Torino, 2002, p. 33 ss.

⁽³⁵⁾ Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, *Fam. e dir.*, 2000, p. 429 ss.

valere dal coniuge avente diritto ma non da quello obbligato⁽³⁶⁾: una chiara manifestazione da parte della Suprema Corte⁽³⁷⁾ del tentativo di superare, seppur in modo cauto, quella nozione di nullità radicale che, tuttavia, continua a essere reiteratamente affermata⁽³⁸⁾.

In questo quadro generale la tesi di chi attribuisce al controllo di equità richiesto all'art. 5, comma 8°, l. n. 898/70, un carattere estintivo-preclusivo, destinato a sottrarre l'accordo alla generale regola del *rebus sic stantibus* ci appare oltremodo condivisibile: il giudice non si sostituisce alle parti, ma, solo ove richiesto, si limita a controllare che queste non abbiano derogato al minimo di tutela richiesto dalla legge, posto che "non può essere negato alle parti un 'potere', più che un dovere, di ricorrere al giudice, la cui pronuncia, però, può limitarsi, nell'accordo delle parti, a una verifica dell'equità dell'accordo, verifica che rende l'atto impermeabile all'incidenza di fattori obiettivi esterni, rendendo la sua efficacia stabile e definitiva"⁽³⁹⁾. Un vincolo, dunque, che non incide sull'autonomia contrattuale delle parti, le quali, ove poste su un piano sostanziale di equità, devono essere libere di definire liberamente come regolamentare i propri rapporti post-nuziali⁽⁴⁰⁾. Lo stretto legame tra il pagamento in unica

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 344, con nota di PICCALUGA, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e divorzio*.

⁽³⁷⁾ Tali aperture sono state accolte con favore da chi ha letto in tali decisioni l'affermazione del possibile superamento del principio d'indisponibilità dei diritti patrimoniali conseguenti alla crisi, cfr. V. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2000, p. 434 ss.; F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 1136 ss. a p. 1142.

⁽³⁸⁾ Da ultimo Cass, 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Dir. e giust.*, 2017, pag. 5.

⁽³⁹⁾ ROSSI CARLEO, *La crisi familiare*, II, a cura di T. Auletta, in *Tratt. Bessone*, IV, *il diritto di famiglia*, Torino, 2013, p. 307.

⁽⁴⁰⁾ L'autonomia privata, intesa come regolamentazione dei propri interessi presuppone, infatti, l'effettiva autodeterminazione di ogni soggetto nonché la possibilità di fare ricorso agli strumenti predisposti dall'ordinamento giuridico per la tutela degli interessi disciplinati attraverso l'atto di autonomia", S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, cit., p. 286. Sul tema generale degli accordi conclusi tra coniugi in vista della separazione e del divorzio si vedano, tra gli altri, COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, c. 105 ss.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 695 ss.; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996; QUADRI, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 229; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, nota a Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, p. 245 ss.; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I e II, Milano, 1999; ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il*

soluzione e volontà auto-determinativa delle parti è peraltro confermato dal fatto che una tale forma di corresponsione non può essere stabilita autonomamente dal giudice, prescindendo dall'accordo delle parti, ma è ammessa solo se proposta e condivisa dalle stesse⁽⁴¹⁾.

Nell'ambito della negoziazione assistita si potrebbe arrivare a sostenere che, una volta che l'accordo per la corresponsione *una tantum* sia stato raggiunto in tale sede, lo stesso non sia più passibile di revisione in sede giudiziale ma, eventualmente, solo in sede di nuova negoziazione assistita, (nell'implicita assunzione che le parti siano entrambe disposte a ridefinire l'accordo o a sottoscrivere un nuovo accordo). Condurrebbe a una tale conclusione un'interpretazione letterale dell'art. 9, comma 1°, della legge divorzile, a norma del quale il Tribunale può disporre la revisione delle disposizioni concernenti la misura e le modalità dei contributi post coniugali “qualora sopravvengano giustificati motivi *dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio*”, posto che, nell'ipotesi di negoziazione assistita, non ci troveremmo di fronte a una sentenza ma ad un “accordo” raggiunto all'esito di una procedura stragiudiziale. Un'interpretazione (letterale) che finirebbe con il sottrarre l'accordo raggiunto stragiudizialmente alla regola del *rebus sic stantibus* anche in assenza di un preventivo giudizio di equità da parte del Tribunale, espressamente richiesto a tal fine dall'art. 5, comma 8°, l. n. 898/70 al citato fine.

Il superamento del vincolo imposto dalla legge per via interpretativa appare una forzatura nell'attuale contesto normativo di riferimento⁽⁴²⁾,

contratto di convivenza, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 335 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, p. 45 ss.

(41) In tal senso E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, cit., p. 57 ss. e ivi per altri richiami. C'è tuttavia chi non manca di rilevare come oggi “l'impossibilità per il Tribunale di imporre la corresponsione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione è un ingombrante relitto del tempo in cui si riteneva che, ammesso e tollerato il divorzio, non si potesse comunque ritenere che esso comportasse l'estinzione dell'obbligo vitalizio di solidarietà e assistenza coniugale”, RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 151.

(42) C'è anche chi sottolinea che: “se il citato art. 9 vale anche per l'accordo formato nel procedimento su domanda congiunta e raccolto nella successiva sentenza di divorzio, può apparire irragionevole che la stessa norma non si applichi alla convenzione (analogo per contenuti, ma) perfezionata in sede stragiudiziale, la quale, oltre tutto, è considerata dal legislatore come un omologo di tale sentenza”, così BALLERINI, *Accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 1 ss., pp. 42-43.

Rispetto all'ammissibilità della corresponsione in unica soluzione nel procedimento di divorzio su domanda congiunta la dottrina si divide tra chi ritiene che in tale ipotesi non sarebbe necessario il giudizio di equità richiesto al comma 8° dell'art. 5 – disposizione relativa al procedimento contenzioso – (OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit. p. 438 *contra* RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit. p. 152), chi ritiene che il Tribunale debba comun-

ma ciò non sminuisce, e anzi rafforza, la convinzione che i tempi siano assolutamente maturi per una riflessione sulla necessità e reale portata del controllo di equità richiesto dalla norma in oggetto.

In una prospettiva di riforma⁽⁴³⁾ delle citate procedure stragiudiziali, che vada al di là degli obiettivi di mera “degiurisdizionalizzazione” della materia, ci si è allora chiesti se un tale controllo non possa essere deman- dato al p.m.⁽⁴⁴⁾ – al quale è stato già legislativamente delegato il ben più difficile e “sensibile” compito (a nostro modo di vedere) di verificare la rispondenza dell’accordo all’interesse dei figli⁽⁴⁵⁾ – o, come proposto all’ufficio legislativo del Ministero della Giustizia dalla *Commissione di studio per l’elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla media- zione alla negoziazione assistita e all’arbitrato*⁽⁴⁶⁾, agli avvocati⁽⁴⁷⁾ che

que formulare tale giudizio “a prescindere da una qualunque istanza delle parti” aggiun- gendo altresì che “il mancato esperimento del giudizio di equità, ove tempestivamente non impugnato, non può determinare la revisionabilità dell’assegno in unica soluzione” (A. FINOCCHIARO in A. e M. Finocchiaro, *Diritto di Famiglia*, III, Milano, 1998, p. 447, nt. 323) e chi ritiene che le parti, anche in tale sede, debbano espressamente richiedere al giudice di effettuare un tale controllo (QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, cit., p. 55). C’è poi chi rileva come il sindacato sulla corresponsione *una tantum* si innesti, coerente- mente, soltanto con l’attività che il giudice svolge e può svolgere nel contesto di un procedi- mento contenzioso, e che dunque essa potrà essere proposta in sede di divorzio su domanda congiunta necessariamente adattandola alle “peculiarità” di tale procedimento (DORIA, *Autonomia privata*, cit., p. 285, nt. 156; in senso parzialmente analogo RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., pp. 152-153, per il quale il tribunale in sede di camera di consiglio non dispone degli elementi necessari per effettuare un controllo di equità).

⁽⁴³⁾ Sulla necessità di un intervento riformatore “volto a stabilire una disciplina orga- nica di queste intese contrattuali, dettando regole di forma e di pubblicità e dissipando eventuali dubbi circa la tutela delle posizioni dei singoli soggetti coinvolti” si veda di recente quanto rilevato da M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, n. 3, p. 575 ss.

⁽⁴⁴⁾ Sul multiforme ruolo svolto dai Pubblici Ministeri nel processo civile e, in parti- colare, nell’ambito matrimoniale e familiare, soprattutto all’indomani della introduzione della negoziazione assistita, si vedano i puntuali rilievi di D’IPPOLITO nel volume D’Ippolito e Della Valle, *La negoziazione assistita nella crisi coniugale*, Milano, 2015, p. 106 ss.

⁽⁴⁵⁾ Si richiama in proposito quanto già segnalato nella precedente nota 9. Sulle modalità con cui un tale ruolo viene – o dovrebbe essere – in concreto espletato si veda D’IPPOLITO, *op. loc. cit.*, p. 131 ss.

⁽⁴⁶⁾ La Commissione è presieduta dal Prof. Avv. Guido Alpa, che ne ha divulgato gli esiti confluiti nel documento denominato “Proposte normative e note illustrative”, presen- tato al Ministro il 18 gennaio 2017.

⁽⁴⁷⁾ Come noto nella procedura di negoziazione assistita agli avvocati sono già attribuiti poteri e prerogative che, da un lato, sembrano assimilarli a un pubblico ufficiale, e dall’altro, a un mediatore imparziale, il tutto all’insegna di un continuo e pressante richiamo alla responsabilità professionale e deontologica cui verranno sottoposti se giudicati negligenti o non rispettosi dei doveri deontologici loro imposti. Sul non irrilevante problema della

assistono nella negoziazione i coniugi, mediante una modifica da introdurre al testo dell'art. 5 della legge di divorzio⁽⁴⁸⁾.

Qualunque sia la strada prescelta sarebbe davvero importante riuscire a offrire un quadro di riferimento che, ispirato a principi di correttezza e trasparenza, consenta ai coniugi di elaborare responsabilmente la migliore regolamentazione dei loro futuri rapporti post-coniugali, senza temere inopportune ingerenze giudiziali destinate a dissuadere le parti dal raggiungere un componimento di interessi condiviso in quanto potenzialmente non definitivo⁽⁴⁹⁾ e, dunque, a preferire un confronto giudiziale implicitamente conflittuale.

difficoltà di circolazione in ambito europeo degli accordi raggiunti mediante negoziazione assistita in materia familiare proprio in ragione dell'impossibilità di equiparare il ruolo dell'avvocato a quello di un'"autorità amministrativa" si vedano le interessanti osservazioni di SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1287 ss., in part. p. 1302-1303.

(48) Il cui testo dovrebbe risultare così modificato: "Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale o, in caso di negoziazione assistita ai sensi dell'art. 6 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, dagli avvocati delle parti. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico."

(49) Che una delle ragioni che possano indurre gli ex coniugi a concludere un accordo per la gestione patrimoniale della crisi che contempli la corresponsione in unica soluzione sia il raggiungimento di un componimento di interessi definitivo – ovvero non soggetto a futuri ripensamenti e/o revisioni – ne è prova il recente, peculiare caso che è stato sottoposto al vaglio del Tribunale di Milano. Parliamo della decisione assunta dal Trib. Milano, sez. IX civ., 15-16 aprile 2015, (in *Fam. e dir.*, 2016, p. 597 ss., con nota (critica) di GRAZZINI, *Assegno di divorzio: "doppia una tantum" e indisponibilità del diritto*) con la quale i giudici hanno ritenuto entrare in contrasto con l'ordine pubblico interno la clausola istitutiva di una cd. "doppia una tantum", contenuta nel testo di un procedimento di divorzio congiunto, mediante il quale le parti prevedevano due trasferimenti patrimoniali reciproci a titolo di corresponsione in unica soluzione, a definitiva tacitazione di ogni futura pretesa economica. A detta dell'adito giudice "la clausola istitutiva di una cd. "doppia una tantum" si pone in stridente contrasto con i profili pubblicistici che compongono la trama dell'art. 5 L. div.: in primo luogo, poiché introduce un reciproco trasferimento patrimoniale che fa iato con il criterio stesso di ragionevolezza (poiché deve ritenersi che: o entrambi i coniugi sono "forti"; o entrambi i coniugi sono "deboli": ma ciò esclude nell'uno e nell'altro caso il presupposto operativo dell'istituto); in secondo luogo, poiché relega al confine della negoziabilità privata gli elementi costitutivi dell'assegno divorzile "uno acto": in altri termini, consente alla misura solidaristica di formarsi fuori dalla cornice imperativa riconosciuta dal Legislatore provocando, anche, un effetto incidente su entrambe le posizioni dei coniugi, con una tecnica contrattuale deputata a privare i contraenti, per il futuro, del diritto al supporto economico con una "causa concreta" emergente da stimarsi illecita".

4. *Il giudizio di revisione all'indomani della recentissima "inversione di rotta" della Cassazione circa i presupposti per il riconoscimento del diritto all'assegno di divorzio.*

Volendo proseguire il ragionamento che, nell'attribuire al controllo di equità richiesto al comma 8° dell'art. 5, l. n. 898/70 un carattere estintivo-preclusivo, riconosce piena validità anche al patto di corresponsione *una tantum* privo di un tale controllo preventivo da parte del giudice (salvo non sottrarlo al regola del *rebus sic stantibus*), è lecito chiedersi se, in che termini e con quali aspettative un tale accordo possa effettivamente essere soggetto di un giudizio di revisione da parte del giudice a distanza di tempo dalla sua conclusione, in ragione di una modifica "sostanziale" delle condizioni dell'*accipiens*. Un quesito che, a ben vedere, abbraccia il più ampio tema degli accordi conclusi in vista del divorzio, posto che la chiusura pressoché assoluta della giurisprudenza di legittimità rispetto a tali accordi, nasce dal contrasto – considerato insanabile – tra il potere riconosciuto alla parte di proporre in ogni tempo domanda di revisione del c.d. assegno divorzile e la definitività dei patti diretti a comporre in via preventiva i rapporti oggetto di giudizio di divorzio⁽⁵⁰⁾.

La dottrina che si è soffermata a indagare il tema specifico, cercando di identificare i "giustificati motivi" che, a norma dell'art. 9, comma 1°, l. n. 898/70, consentono la revisione dell'assegno divorzile, afferma che ai fini dell'accoglimento della relativa domanda, occorre non solo il fatto oggettivo "dell'impovertimento" del coniuge creditore, ma anche che ciò si rifletta sulla possibilità per questi di continuare ad avere "mezzi adeguati" per il suo sostentamento⁽⁵¹⁾.

Per lungo tempo, come noto, i "mezzi adeguati" al sostentamento del coniuge "debole" (e la relativa impossibilità per ragioni oggettive di procurarseli) sono stati proporzionati all'insufficienza di un reddito e/o un patrimonio che consentisse a quest'ultimo di mantenere un tenore di vita analogo a quello goduto durante il matrimonio⁽⁵²⁾. Tuttavia la recentissima sentenza del 10 maggio 2017, n. 11504⁽⁵³⁾ ha sceso la scure sul

⁽⁵⁰⁾ Così CARICATO, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Il diritto di famiglia. La crisi familiare*, IV, a cura di T. Auletta, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2013, 417 ss. p. 436.

⁽⁵¹⁾ DORIA, *Considerazioni sulla revisione dell'assegno di divorzio*, cit., p. 165 ss.

⁽⁵²⁾ In giurisprudenza – oltre alle fondamentali sentenze della Sez. Un. n. 11490 e n. 11492 del 29 novembre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67, con note di QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione della sezioni unite*, e CARBONE "Urteildammerung": una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio) – fra le più di recenti, Cass. n. 11686 del 2013 e n. 11870 del 2015.

⁽⁵³⁾ Di cui se ne legga un primissimo commento di R. NATOLI, *Notarelle "a caldo" su*

parametro del “tenore di vita” quale parametro di valutazione che il giudice deve prendere in considerazione al momento di esprimere un giudizio sull’*an dabeatur* dell’assegno, dovendo da ora innanzi farsi riferimento al parametro dell’indipendenza o autosufficienza economica del richiedente, valutata sulla base di indici quali 1) il possesso di redditi di qualsiasi specie, 2) il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari e immobiliari, 3) le capacità e le possibilità effettive del lavoro personale, in relazione alla salute, all’età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo, 4) la stabile disponibilità della casa di abitazione. La Cassazione afferma apertamente di ispirare la sua “inversione di rotta” al principio dell’“autoresponsabilità economica”⁽⁵⁴⁾, principio appartenente al contesto giuridico Europeo⁽⁵⁵⁾, in quanto presente in molte legislazioni dei Paesi dell’Unione, e legislativamente affermato anche nel nostro ordinamento nella formula della “indipendenza economica”, parametro di riferimento utilizzato per stabilire il diritto o meno dei figli al mantenimento da parte dei genitori⁽⁵⁶⁾.

Se, dunque, il parametro di riferimento del pregresso tenore di vita viene meno e al suo posto acquista rilievo assoluto quello della “indipendenza o autosufficienza economica”, è evidente che l’eventuale giudizio di revisione dell’assegno divorzile⁽⁵⁷⁾ statuito in unica soluzione (ma in assenza di un preventivo giudizio di equità da parte del giudice) non potrà che prendere le mosse da tale ultimo parametro, concedendo una modifica delle pattuizioni pregresse solo nella misura in cui la posizione del coniuge richiedente si sia spinta – nonostante quanto ricevuto o in ragione della insufficienza di quanto ricevuto – sino alla condizione di “non autosufficienza” economica, ovvero ad una condizione di molto analoga a quella di

Cassazione 11504/2017: dal tramonto dell’“assegno divorzile” a una nuova alba del diritto agli alimenti?, in *Dir. civ. contemp.*, 12 maggio 2017.

⁽⁵⁴⁾ Sul principio di “autoresponsabilità” si veda quanto recentemente osservato da S. PATTI, *Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Famiglia*, 1, 2017, p. 3 ss. a p. 13.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. S. PATTI, *I principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi*, in *Famiglia*, 2005, p. 337 ss.; BELLISARIO, *Principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento dei coniugi*, in *Fam., pers. e success.*, 2005, p. 282 ss.

⁽⁵⁶⁾ Il riferimento normativo è al comma 1° dell’art. 337 *septies* c.c., rubricato “disposizioni a favore del figlio maggiorenne”, a norma del quale “Il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni *non indipendenti economicamente* il pagamento di un assegno periodico”.

⁽⁵⁷⁾ Come è stato correttamente osservato “la revisione dell’assegno di divorzio subisce l’incidenza del mutamento delle norme sulla determinazione dell’assegno di divorzio medesimo e dei nuovi indirizzi interpretativi di esse”, così DORIA, *op. loc. cit.*, p. 167.

“chi versa in stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento”, presupposto codicistico del diritto agli alimenti⁽⁵⁸⁾.

Nel contesto delle nostre riflessioni tali conclusioni appaiono tanto più significative se si riflette sul fatto che, secondo la prevalente dottrina⁽⁵⁹⁾, l'eventuale giudizio equitativo del giudice contestuale alla determinazione dell'accordo per la corresponsione dell'assegno *una tantum* renderebbe – specularmente – non proponibile nei confronti dell'ex coniuge alcuna ulteriore pretesa, neanche di natura alimentare⁽⁶⁰⁾, l'unica, a questo punto, esperibile “nei fatti” (anche se non nel titolo⁽⁶¹⁾), in assenza di un tale giudizio preventivo.

5. *Autonomia privata e gestione patrimoniale della fase post-coniugale: quale futuro?*

A questo punto le nostre riflessioni non possono non travalicare il più ristretto ambito da cui hanno tratto origine per spingersi a qualche valutazione di carattere più sistematico.

Nella citata – recentissima – sentenza i giudici della Cassazione osservano “come ormai sia generalmente condiviso nel costume sociale il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita, in quanto tale dissolubile (matrimonio che – oggi – è possibile “sciogliere” previo accordo, con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile ...)”. Aggiungono, altresì, che “con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale *si estingue*⁽⁶²⁾ sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale” e in ragione di ciò ritengono qualsiasi richiamo al pregresso tenore di vita “una indebita prospettiva di ultrattività del vincolo matrimoniale”⁽⁶³⁾. Ne discende che “non sia più configurabile un interes-

⁽⁵⁸⁾ In tal senso si muovono le riflessioni di R. NATOLI, *op. loc. cit.*

⁽⁵⁹⁾ Per tutti QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, cit., p. 57.

⁽⁶⁰⁾ Unica voce dissonante, per quel che ci consta, quella di C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. div.*, in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, cit., p. 360.

⁽⁶¹⁾ L'art. 433 c.c. indica come primo soggetto tenuto all'obbligo alimentare il coniuge; poiché il divorzio scioglie il vincolo di coniugio a un tale obbligo, secondo la lettera della citata disposizione, non è più tenuto l'ex coniuge; sul punto Cfr. BONILINI, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., pp. 696-697.

⁽⁶²⁾ Corsivo nostro.

⁽⁶³⁾ Si coglie l'eco, nelle odierne affermazioni della Corte, di una magistrale e ispirata dottrina che tanti anni addietro (parliamo del 1975) affermava: “Il problema è in realtà vedere se l'assegno, sia pure considerato come prolungamento degli effetti del matrimonio, trovi la sua fonte nel matrimonio stesso come fenomeno vivo e reale e pertanto debba essere ancorato alla comunione di vita che i coniugi avevano creato o la *vis* del matrimonio acquisti

se giuridicamente rilevante o protetto dell'ex coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale. L'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile (...) non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli ex coniugi, ma il raggiungimento dell'indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione – esclusivamente – assistenziale dell'assegno divorzile”.

Il quadro ricostruito dalla Cassazione – invero piuttosto aderente alla nuova realtà sociale – e le conseguenze che ne vengono fatte discendere, rendono oltremodo cogente, a nostro modo di vedere, l'esigenza di rendere accessibili ai coniugi in crisi (e ancor meglio, prima che la crisi sopraggiunga) strumenti che agevolino una sistemazione definitiva degli assetti economico – patrimoniali all'indomani dello scioglimento del vincolo, favorendo il prima possibile il raggiungimento, per il coniuge che ne sia privo, di quella indipendenza economica che la Cassazione oggi considera “l'unico interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile”.

Per altro verso il quadro delineato dalla Cassazione non può non influire su una rilettura dei limiti che continuano a essere apposti, soprattutto dalla giurisprudenza⁽⁶⁴⁾, al libero esercizio dell'autonomia dei coniugi nella gestione patrimoniale della fase post-matrimoniale⁽⁶⁵⁾ fondati, perlopiù, sull'argomento della indisponibilità dello *status*⁽⁶⁶⁾, ovvero sulla indisponibilità delle conseguenze patrimoniali del divorzio.

L'argomento dell'indisponibilità dello *status* coniugale, già da tempo delegittimato dalla dottrina⁽⁶⁷⁾, mostra tutta la sua inconsistenza dinanzi alla presa d'atto⁽⁶⁸⁾ di un processo riformatore della materia che ha

potenza anche al di fuori e al di sopra della realtà, continuando a vivere pure se il vincolo ormai non esiste più, conservando nell'assetto economico l'ultimo residuo di solidarietà familiare. Ritenere che il dovere di soccorso rimanga inalterato, nonostante la pronuncia di divorzio, significa conservare, per quanto si può, la mistica dell'indissolubilità”. ROSSI CARLEO, *Pronuncia di divorzio e domanda di assegno*, in *Giur. it.* 1975, I, 2, c. 693 ss., in part. c. 701.

⁽⁶⁴⁾ Per una dettagliata analisi delle posizioni giurisprudenziali si rinvia a CARICATO, *Gli accordi in vista della crisi*, cit. p. 435 ss.

⁽⁶⁵⁾ In argomento DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., *passim*; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., *passim*; AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005.

⁽⁶⁶⁾ Si vedano le ponderate osservazioni di RESCIGNO, *Situazioni e “status” nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209; ancora in *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Famiglia*, 2004, p. 437 ss. in part. p. 439 e da ultimo in *Diritto privato, una conversazione*, cit., pp. 98-99.

⁽⁶⁷⁾ AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *Contratti*, 2014, p. 582 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁶⁸⁾ Di cui i giudici della Cassazione danno chiara prova.

finito con l'attribuire esclusivo rilievo al puro elemento volontaristico⁽⁶⁹⁾, non solo nella fase di formazione del vincolo che crea lo *status*, ma anche e soprattutto nella fase del suo scioglimento, che lo estingue. Chi, per altro verso, pretende di ravvisare una mercificazione dello *status* nella volontà dei coniugi di concludere accordi post-coniugali (prima o in sede di divorzio) mostra di essere condizionato da una visione della crisi coniugale totalmente disancorata dalla realtà fattuale⁽⁷⁰⁾. Siffatti accordi, frutto di una libera negoziazione delle parti (spesso coadiuvate da operatori giuridici esperti), lungi dal configurarsi quali forme di rinuncia di diritti personali e assoluti o abbandono di pretese processuali, rappresentano la soluzione dei problemi patrimoniali del nucleo in crisi, raggiunta attraverso la ricerca di un consenso che necessariamente si snoda in un percorso "transattivo" avente a oggetto i diritti patrimoniali discendenti dallo *status*⁽⁷¹⁾ e non di certo lo *status* stesso⁽⁷²⁾ (tenuto conto, peraltro, che al coniuge non è attribuita alcuna possibilità di opporsi alla volontà di scioglimento del vincolo proposto dall'altro).

Il discorso inevitabilmente si sposta sul piano della disponibilità/indisponibilità delle conseguenze patrimoniali del divorzio⁽⁷³⁾, tema molto caro a quella giurisprudenza che ancor oggi⁽⁷⁴⁾, graniticamente, afferma la nullità delle pattuizioni di cui si discute sul presupposto del riconoscimento all'assegno di divorzio di una prevalente natura assistenziale (radi-

⁽⁶⁹⁾ Vanno ormai declinate al passato affermazioni del tipo: "I presupposti del divorzio sono stabiliti dalla legge e debbono essere comunque verificati, anche d'ufficio, dal giudice, indipendentemente dal fatto che i coniugi abbiano presentato un ricorso congiunto; ed il potere attribuito al giudice dalla legge sul divorzio di controllare talune determinazioni delle parti resta comunque sovrano, e non può in alcun modo essere limitato": COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., c. 112.

⁽⁷⁰⁾ Sul tema AMAGLIANI, *op. loc. cit.*, p. 588, nt. 50.

⁽⁷¹⁾ La dottrina prevalente ritiene che possano formare oggetto di transazione, in quanto disponibili, i diritti patrimoniali in sé e per sé considerati, anche se dipendenti dallo *status* dal momento che non esiste, infatti, una norma che stabilisca per i rapporti di famiglia, similmente a quanto accade per i rapporti di lavoro, la inderogabilità dei diritti patrimoniali vantati da un coniuge nei confronti dell'altro o la invalidità di rinunce e transazioni relative agli stessi. Cfr. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare*, cit., p. 1329.

⁽⁷²⁾ Correttamente in dottrina si segnala la confusione che spesso sembra discendere tra negozi che avrebbero ad oggetto lo *status*, e negozi che hanno ad oggetto gli effetti patrimoniali derivanti da un determinato *status*, così GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, p. 19 ss.; prima di lui già COMPORTI, *op. loc. cit.*, c. 110.

⁽⁷³⁾ In particolare sul tema T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit. p. 51 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cass. 30 gennaio 2017, n. 2224, *cit.*

cata nella solidarietà post-coniugale⁽⁷⁵⁾), che ne determina l'indisponibilità. Una posizione diffusamente criticata dalla dottrina che, in un quadro normativo di riferimento teso a valorizzare e non certo mortificare l'autonomia dei coniugi, denuncia i limiti di un "controllo" fondato sulla nullità, destinato a sacrificare indistintamente tutte le intese raggiunte, anche quelle potenzialmente ottimali⁽⁷⁶⁾.

Tra coloro che si sono operati in vario modo per recuperare spazi sottratti dai giudici all'autonomia privata, particolare rilievo assume oggi la posizione di chi⁽⁷⁷⁾, partendo da un'analisi delle disposizioni in materia di alimenti e mantenimento, aveva sostenuto come nell'"ambito dell'assegno di divorzio, al di là della sua generale natura assistenziale, specialmente dopo le sezioni unite della Cassazione⁽⁷⁸⁾ hanno ritenuto necessario commisurare l'assegno al precedente tenore di vita coniugale" dovesse individuarsi una duplice componente: "la prima relativa agli alimenti necessari, del tutto indisponibile, la seconda relativa al mantenimento, disponibile"; e in ragione di ciò riteneva si potesse limitare la nullità degli accordi conclusi in occasione o in vista del divorzio alle sole ipotesi in cui tali accordi finiscano con il violare o limitare il diritto agli alimenti.

Nonostante i suggerimenti della dottrina siano stati sino a oggi disattesi, sarà interessante osservare su quali posizioni si attesterà la giurisprudenza all'indomani della recentissima inversione di rotta dei Giudici della suprema Corte che, nell'abbandonare – dopo oltre venticinque anni – il parametro del tenore di vita tenuto dai coniugi in costanza di matrimonio quale riferimento per la commisurazione dell'assegno divorzile, riconoscono a detto assegno non più la pregressa funzione di favorire un "riequilibrio delle condizioni economiche degli ex coniugi", ma quella di far raggiungere al "coniuge debole" l'indipendenza economica, riducendo a questo più ristretto nucleo di "esigenze primarie" "la funzione – esclusivamente – assistenziale dell'assegno divorzile".

Dall'angolo di visuale di nostro interesse sarebbe lecito aspettarsi che dinanzi ad accordi volti a determinare il raggiungimento, per il coniuge che ne sia privo, di quell'indipendenza economica considerata "l'unico interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile", i giudici ab-

⁽⁷⁵⁾ Per tutti C.M. BIANCA, *La famiglia le successioni*², II, *Diritto Civile*, Milano, 1985, p. 198 ss.

⁽⁷⁶⁾ ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, p. 213 ss., p. 227.

⁽⁷⁷⁾ COMPORI, *op. loc. cit.*, cc. 117-118.

⁽⁷⁸⁾ Cass., sez. un., 29 novembre, nn. 11489-11492, cit.

bandonino la posizione di estrema e ingiustificata rigidità sino ad oggi dimostrata, limitandosi ad intervenire in via “correttiva” solo su quegli accordi che, nel loro complesso, dimostrino di non soddisfare un tale interesse.

Così come nelle ipotesi degli accordi per la corresponsione *una tantum*, il giudice investito di una domanda di richiesta o revisione di un assegno divorzile che dovesse essere stato reso oggetto di un accordo fra coniugi per la gestione della crisi post – coniugale, dovrebbe limitarsi ad accertare se l'intervenuto accordo abbia determinato per il coniuge debole il raggiungimento dell'indipendenza o autosufficienza economica (complessivamente desunta da quegli stessi indici individuati dalla Corte quali il possesso di redditi di qualsiasi specie e/o il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, le capacità e le possibilità effettive del lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo, la stabile disponibilità della casa di abitazione) concedendo una modifica rispetto alle pattuizioni pregresse solo nella misura in cui la posizione del coniuge richiedente si sia – nonostante quanto ricevuto o in ragione della insufficienza di quanto ricevuto – rivelata non più tale. Come accadeva prima delle sentenze a sezioni unite del 1990, si dovrà poi tornare a valutare⁽⁷⁹⁾ se una tale condizione di non autosufficienza rilevi solo nel caso in cui fosse congenita all'accordo stesso o se possa rilevare anche nell'ipotesi in cui sia sopravvenuta in un secondo momento, magari a causa di un comportamento colposo del coniuge richiedente l'assegno⁽⁸⁰⁾. L'attribuzione all'assegno divorzile di un carattere preminentemente alimentare, in ragione della recente lettura offertane dai giudici della Cassazione, farebbe propendere per la prima delle due soluzioni, anche se, nel caso in cui la richiesta di revisione pervenga dopo molti anni dalla conclusione dell'accordo, potrebbe apparire ingiusto gravare l'ex coniuge dell'onere di soccorrere un soggetto che si presume ormai orbitare completamente al di fuori della sua sfera di affetti e di relazioni⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Ci riferiamo in particolar modo alle riflessioni di ROSSI CARLEO, in *Pronuncia di divorzio e domanda di assegno*, cit., c. 701.

⁽⁸⁰⁾ Ad esempio per aver intrapreso investimenti economici risultati fallimentari.

⁽⁸¹⁾ Il problema non si porrebbe nel caso in cui il coniuge richiedente avesse instaurato una nuova relazione stabile, posto che la giurisprudenza ritiene ormai che tali situazioni fattuali, così come la conclusione di un nuovo matrimonio, determinino l'estinzione del diritto all'assegno; cfr. Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Dir. fam.*, 2015, 3, p. 933 ss.; in *Foro it.* 2015, 5, I, c. 1527 con nota di CASABURI.

A tale proposito è interessante notare come la soluzione accolta dalla Suprema Corte finisca con il determinare una peculiare equiparazione, per via interpretativa, del coniuge al convivente⁽⁸²⁾ (e non, come in passato era di frequente accaduto, del convivente al coniuge) dal momento che, in caso di cessazione della convivenza di fatto – a norma del nuovo comma 65° dell’art. 1 l. 76 del 20 maggio 2016 – il giudice può stabilire il diritto del convivente che versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento di ricevere dall’ex convivente gli alimenti⁽⁸³⁾ in misura proporzionale alla durata della stessa convivenza, disposizione alla quale si ritiene di attribuire un carattere inderogabile, ragione per cui “qualsiasi accordo stipulato nel contratto di convivenza non può far venire meno la tutela in esame se sussistono le caratteristiche della convivenza stabile”⁽⁸⁴⁾. Una scelta legislativa condivisa dalla più attenta dottrina⁽⁸⁵⁾, che segnala come “l’obbligazione alimentare tra ex conviventi rappresenti un equilibrato riconoscimento della convivenza”, soprattutto alla luce della previsione di un termine di corresponsione proporzionale alla durata della convivenza, laddove l’obbligo di mantenimento – inizialmente proposto anche nel contesto delle convivenze e poi eliminato – sta ormai conoscendo “profonde limitazioni in tutti i paesi europei già con riferimento ai coniugi, essendosi affermata l’idea dell’“autoresponsabilità”, per cui, ciascuno degli ex coniugi deve provvedere in modo autonomo al proprio mantenimento dopo la fine del rapporto”. Sebbene, invero, l’assegno alimentare nel nostro ordinamento non sia dovuto da chi, non essendo più coniuge, resta escluso dall’elenco di coloro che a norma dell’art. 433 c.c. sono tenuti a un tale obbligo, e sia invece previsto l’assegno divorzile, è indubbio che il recente pronunciamento dei giudici della suprema Corte determini un sostanziale avvicinamento tra i due istituti.

(82) “Al partner economicamente più debole *non viene dunque riconosciuto un diritto alla conservazione del tenore di vita più elevato* (corsivo nostro), rispetto a quello alimentare, eventualmente goduto in via di fatto durante la convivenza (...)”, così T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia*, in questa *Rivista*, 2016, p. 367 ss., p. 394.

(83) In argomento anche CALÒ, *Il grande romanzo delle unioni civili e delle convivenze, Famiglia*, 2016, p. 163 ss., in part. p. 178 ss.

(84) Così S. PATTI, *Le convivenze “di fatto” tra normativa di tutela e regime opzionale*, cit., p. 13, cui si rinvia per un’interessante e condivisibile ricostruzione della nuova normativa in materia di convivenze, tra normativa di tutela e regime opzionale. Nello stesso senso F. ROMEO, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in questa *Rivista*, 2016, p. 665 ss., a p. 691.

(85) S. PATTI, *op. loc. cit.*, p. 13.

Tale “avvicinamento” non dovrebbe, tuttavia, limitare gli spazi di autonomia dei coniugi, e anzi, dovrebbe valorizzarli sul presupposto che resti nella loro disponibilità⁽⁸⁶⁾ la possibilità di stabilire la misura ed il modo di corresponsione di quanto necessario al “coniuge debole” per raggiungere e mantenere la propria indipendenza, dovendo alle parti essere altresì riconosciuto il potere di stabilire condizioni di favore per il coniuge più svantaggiato, anche oltre la misura della mera “indipendenza economica”. Nonostante la Cassazione non attribuisca più all’assegno divorzile la funzione di “ridistribuzione della ricchezza” in fase post-coniugale, è indubbio che il raggiungimento di un assetto economico stabile e duraturo che garantisca, come minimo, una situazione d’indipendenza al coniuge che al momento dello scioglimento del vincolo non dovesse godere, dovrebbe essere facilitata da determinazioni assunte dalle parti (mediante, ad esempio, il trasferimento di un cespite destinato a divenire futura abitazione o a garantire una rendita) nella auspicabile prospettiva di un componimento di interessi definitivo, ovvero non soggetto a futuri ripensamenti e/o revisioni delle scelte.

Nell’incerto scenario che si apre all’orizzonte, riteniamo che sia quanto mai necessario il recupero di spazi per l’autonomia dei coniugi che possano favorire un’equilibrata e definitiva sistemazione degli assetti economico – patrimoniali all’indomani dello scioglimento del vincolo, evitando il protrarsi di una conflittualità post-coniugale che il più delle volte rischia di finire esacerbata da rivendicazioni *sine die*.

⁽⁸⁶⁾ Sui limiti e l’ampiezza dei contenuti di un accordo di natura transattiva tra i coniugi in ragione della disponibilità/indisponibilità dei diritti oggetto delle deliberazioni delle parti si vedano le osservazioni di LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell’obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, cit. p. 474 s. e altra bibliografia ivi citata.