

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DELLA TUSCIA DI VITERBO
DIPARTIMENTO DISTU**

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dei contratti pubblici e privati - XXIV Ciclo.

Autonomia privata e accordi sulla crisi coniugale.

Le prospettive dopo la L.54/2006

(IUS/01)

Coordinatore: Prof.Av. Ferdinando Albisinni

Tutor: Prof.Av. Nicola Corbo

Prof.Av. Andrea Genovese

Dottorando: Ilaria Cenni

A mio marito Cristiano,
ai miei figli Alma ed Emanuele.

INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE	4
<u>Parte I. Autonomia coniugale e processo di privatizzazione della famiglia.</u>	<u>8</u>
1. Atti di autonomia privata. L'evoluzione italiana.	9
2. Negozi giuridici familiari e contratti familiari.	15
3. Libertà contrattuale in materia familiare. Visione comparata.	19
4. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Prospettive di armonizzazione del diritto di famiglia in ambito europeo.	29
<u>Parte II. Gli accordi della crisi coniugale. Ambiti essenziali di applicazione.</u>	<u>34</u>
1. Dalla fase fisiologica alla crisi. I rapporti oggetto di regolazione.	35
2. La casa familiare. Assegnazione in sede giudiziale e attribuzione negoziale.	41
3. Il mantenimento. I negozi determinativi dell'obbligo legale.	48
4. I rapporti con i figli. Gli accordi in materia di affido condiviso.	55
<u>Parte III. Gli accordi in vista della separazione e del divorzio. Profili critici</u>	<u>58</u>
1. Profili generali. Riflessioni sul disegno di legge in materia di patti prematrimoniali e di "divorzio breve".	59
2. La causa degli accordi traslativi conclusi in occasione della separazione e del divorzio. Brevi cenni.	65
3. Autonomia coniugale e rapporti con la transazione e l'arbitrato.	67

Parte IV. Conclusioni.

Bibliografia.

Ringraziamenti.

L'obiettivo della presente ricerca consiste non nel ripercorrere le tracce delle rare monografie o raccolte di atti seminariali sull'argomento proposto, con la sicurezza di chi si avventura sul sentiero già battuto, ma nel delineare una visione sinottica, che sappia conciliare il sistema normativo con la casistica. Duplice è la riflessione di fondo: da un lato la consapevolezza che il diritto non è un organismo chiuso, una monade senza porte né finestre, ma esprime ed a sua volta condiziona un terreno pregiuridico complesso, dall'altro il prudente proposito di rinvenire, nelle recenti riforme, le nuove potenzialità dell'apparato normativo vigente.

La prima impressione, fondata sullo studio della dottrina e sull'analisi della giurisprudenza, è quella di una materia tanto legata alla tradizione da non consentire radicali trasformazioni, se non dopo lunghe gestazioni. Tuttavia ciò non impedisce di intravedere un fermento di rinnovamento all'interno del nostro ordinamento, alimentato dalla modifica del dettato di talune norme, dal diffondersi nella pratica di determinati istituti, dalle istanze comunitarie e dall'analisi comparata.

Concordando pienamente con talune voci della dottrina più attenta, oggetto del primo capitolo della presente ricerca, secondo le quali forse non ha più senso porsi ancora il problema dell'esistenza o meno dell'autonomia coniugale, ormai da ritenere pienamente riconosciuta nel nostro come in altri sistemi, ritengo che il vero profilo problematico attenga oggi non all'*an* quanto al *quomodo*, alle possibili manifestazioni di tale forma di autonomia ed ai suoi limiti. Se da un lato l'art.160 c.c. vieta accordi tra coniugi in deroga ai diritti ed ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio, appare stimolante interrogarsi circa il carattere assoluto o meno di tale disposizione normativa. Certamente si può concordare sull'esistenza di un nucleo fondamentale di interessi che il legislatore ha delineato come indisponibili, ad esempio il principio dell'accordo alla base della convivenza, il principio di uguaglianza tra i coniugi, il criterio di proporzionalità nella contribuzione, il principio di solidarietà familiare, presente anche nella fase della rottura del vincolo coniugale. Tuttavia l'obiettivo proposto è quello di verificare il grado di duttilità che oggi può raggiungere il tema dell'autonomia coniugale, in particolare con riferimento al profilo, più che mai interdisciplinare, della crisi coniugale.

Una riflessione approfondita meriterà il tema degli accordi in previsione di una eventuale separazione o di un divorzio, ad esempio contenenti una deroga pattizia al diritto al

mantenimento, tema sul quale la dottrina maggioritaria, sino alla riforma del 2006, ha levato gli scudi pressoché in modo compatto, proprio in virtù di quel principio di solidarietà familiare che pervaderebbe tutta la disciplina. L'analisi attuale tuttavia non può non considerare la nuova lettura che del diritto al mantenimento viene offerta dopo la riforma sull'affido condiviso, circostanza che può portare l'interprete più attento a chiedersi oggi se tali accordi, preventivi rispetto alla crisi, possano avere profili di liceità e meritevolezza di tutela, purché naturalmente non elidano il diritto agli alimenti.

Interessanti poi gli approfondimenti di alcuni Autori sulla tipicità o atipicità delle convenzioni, nonché sul rapporto tra famiglia e contratto, partendo da quella “commercializzazione” del diritto civile che si rispecchia in una immagine di famiglia “gerarchizzata”, quella del codice del 1942, nella quale il marito è capo e amministratore dei beni dotali, all'interno di un assetto piramidale, volto alla salvaguardia non delle persone quanto del patrimonio. Nell'analisi hegeliana la proprietà esiste attraverso il contratto, luogo di manifestazione della libertà. In questa prospettiva anche la famiglia esiste attraverso il suo patrimonio e le scelte che in relazione ad esso opera mediante il contratto, temuto strumento di espressione della libertà nell'ambito coniugale.

Consapevoli delle radici culturali della nostra codificazione, siamo chiamati oggi a chiederci se sia possibile, considerando tutte le trasformazioni intervenute sull'impianto normativo originario, un adattamento della disciplina generale del contratto agli accordi nell'ambito familiare, con tutta la difficoltà di scindere gli aspetti contrattuali da quelli non contrattuali, spesso avvinti all'interno di un complesso regolamento di interessi, da osservare nella sua unitarietà.

Il percorso proposto parte quindi dall'analisi del concetto di autonomia coniugale, per poi dipanarsi attraverso le possibili declinazioni che il tema può assumere, quando si delinea appena o deflagra irrimediabilmente la rottura del patto coniugale. Non possiamo certamente ritenere che il fenomeno sia marginale oppure che gli strumenti proposti attualmente dall'ordinamento siano efficaci e forniscano rapide soluzioni. L'ultima analisi approfondita condotta dall'ISTAT fornisce dati meritevoli di attenta riflessione. Considerando gli anni dal 1995 al 2009 compreso, il numero dei matrimoni celebrati in Italia è diminuito del 20,48 %, passando dalle 290.009 unioni celebrate nel 1995 alle 230.613 unioni del 2009. Accanto a questa evidente contrazione del fenomeno, sotto il profilo quantitativo, non sembra confortante il dato, si potrebbe definire, qualitativo, in quanto negli anni di riferimento indicati si registra un aumento delle separazioni pari al 63,33% e dei divorzi pari al 101,41%. Se poi lo sguardo si rivolge alla durata del matrimonio, scopriamo che nell'anno 2006 le unioni più fragili si sono rivelate essere quelle

durate tra i cinque ed i nove anni, immediatamente seguite da quelle comprese tra i 10 ed i 14 anni. Il raffronto con i dati del 2009 mostra un'anticipazione del fenomeno della separazione, che tende ad aumentare nei primi quattro anni di matrimonio e, dato altrettanto interessante, riguarda un sempre crescente numero di coppie che si separano dopo venticinque e più anni di unione.

Per questo consistente numero di persone, per altro in costante aumento, l'ordinamento offre sostanzialmente due soluzioni per risolvere la crisi coniugale, ovvero la separazione consensuale o quella giudiziale, senza che sia stato neppure previsto, come invece poteva essere opportuno, l'esperimento della mediazione obbligatoria, introdotta dal D.Lgs. 4 marzo 2010 n.28 per altre materie, oppure il preventivo passaggio della coppia presso un mediatore familiare, istituto cui l'art.155 sexies c.c. opera un timido accenno e che ritroviamo in alcuni disegni di legge, arenatisi negli ultimi anni.

Certamente uno dei motivi principali per i quali il fermento di innovazione espresso faticosamente nella Legge 8 Febbraio 2006 n.54 si è arrestato, è rappresentato dall'esigenza di affrontare urgentemente le conseguenze di una crisi economica di difficile risoluzione, i cui effetti sono attenuati, soprattutto nel nostro Paese, proprio dalla tenuta di quell' "ammortizzatore sociale informale" chiamato famiglia, la cui fragilità sempre più evidente porta a dure riflessioni circa la sua possibilità di resistenza nel lungo periodo.

Tuttavia, pur nella complessità della materia, sia sotto il profilo psico-sociologico che strettamente giuridico, la presente ricerca si struttura mutuando le suggestioni di un interessante modello econometrico, quello elaborato dalla Fondazione Giacomo Brodolini, denominato appunto modello FGB. Con le dovute trasposizioni, ciò che di tale modello si è voluto riproporre al lettore è un percorso di analisi che trova la propria struttura in un concetto di fondo, ovvero la necessità di rivalutare le prospettive dell'autonomia coniugale, ed alcuni livelli-satellite di approfondimento, attraverso i quali ci si propone di verificare la fondatezza del proposito unitario sotteso. Esigenze di sintesi hanno imposto la scelta di alcune macro-aree di analisi, le quali, alla luce del modello proposto, possono essere oggetto di una lettura per così dire "*per saltum*".

Tale scelta metodologica nasce dalla riflessione su come stia cambiando radicalmente il modo di approfondire gli argomenti, sia da parte degli studenti nell'accezione più ampia, sia da parte di chi, come colei che scrive, si documenta e si aggiorna sia per un profondo interesse per lo studio del diritto sia, più prosaicamente, per le esigenze legate allo svolgimento della professione forense. L'utilizzo sistematico, accanto allo strumento cartaceo tradizionale, delle fonti elettroniche di vario genere, ritengo stia imponendo a chi si permette oggi di elaborare ed

offrire il proprio pensiero, una rivisitazione del proprio metodo, anche sotto il profilo della struttura comunicativa. L'obiettivo prescelto è stato quindi quello di proporre un testo la cui lettura possa procedere sia in senso verticale che orizzontale, per concetti e per parole-chiave, senza la pretesa di una trattazione sistematica del tema, bensì più semplicemente con il proposito di offrire un'analisi approfondita per talune aree, quelli sopra definiti come modelli-satellite, collegati tra loro dalla coerenza rispetto al modello di base, l'idea di fondo, la valorizzazione dell'autocomposizione del conflitto, in termini di rinegoziazione dell'assetto di interessi, rapporti, relazioni, nell'ambito della crisi coniugale.

La tensione verso l'individuazione di una terza via per la risoluzione delle problematiche connesse alla separazione personale dei coniugi, accanto alla dicotomia tradizionale tra procedimento in sede consensuale ed in sede giudiziale, rappresenta un terreno d'indagine che anticipa la trattazione del tema della crisi del rapporto alla fase fisiologica di esso, quando certamente la disponibilità alla negoziazione dei protagonisti è ancora consistente.

Il cambiamento di prospettiva, che dovrebbe essere supportato anche da un mutamento del comune sentire, muove dall'assunto, fondato soprattutto sull'analisi disincantata del contenzioso, che la separazione rappresenta semplicemente uno dei fenomeni cui il rapporto coniugale può andare incontro, una sorta di "elemento accidentale" del matrimonio, da cui discende l'opportunità, se non addirittura la necessità, di regolarne preventivamente quantomeno le linee essenziali. Così come i nubendi, più o meno esplicitamente, concludono inizialmente un vero e proprio "patto di coppia", per utilizzare termini mutuati dalla psicologia e dal counseling familiare, allo stesso modo quegli stessi soggetti dovrebbero poter regolamentare, anche durante il rapporto di coniugio e prima dell'insorgere della crisi, una sorta di statuto, cui conformare il proprio comportamento, soprattutto in quella fase delicata, talora anche non breve, che va dal deposito del ricorso per separazione, consensuale o giudiziale che sia, sino al provvedimento di omologa od ai provvedimenti presidenziali temporanei ed urgenti, di cui all'art.708 c.p.c.

L'ammissibilità di questi accordi e, più in generale, la valorizzazione delle nuove prospettive dell'autonomia coniugale, rappresentano l'oggetto di questa indagine, che muove dalla pretesa non di dimostrare presuntuosamente una tesi, quanto piuttosto di offrire una sintesi, all'interno di un sillogismo ribaltato, delle letture, degli approfondimenti, delle riflessioni condotte negli ultimi anni, dedicati anche alla ricerca su questo tema.

Parte I. AUTONOMIA CONIUGALE E PROCESSO DI PRIVATIZZAZIONE DELLA FAMIGLIA

1. Atti di autonomia privata. L'evoluzione italiana.

Nell'ormai lontano anno 1949 l'insigne giurista Arturo Carlo Jemolo, in apertura del Seminario Giuridico dell'Università di Catania, affermava che “quando pronunciamo il nome “famiglia”, non è al campo del diritto che ricorre anzitutto il pensiero”. Se questa affermazione può dirsi ancora oggi fondata, ve ne è certamente un'altra, pronunciata dall'illustre Autore nella stessa occasione, che sgomenta per l'attualità del contenuto. “Ora questo dato che la parola ci desti piuttosto immagini che concetti, c'inviti piuttosto a ricordare od a sognare, che non a costruire principi, parli più al cuore che non alla ragione, si spiega certo con ciò, che il lato affettivo è quello che più conta nella vita; e forse anche con un dato proprio alle generazioni come la nostra, senza salde radici, senza sicurezza, che avvertono di posare su un suolo traballante e proprio per questo distolgono volentieri lo sguardo da costruzioni giuridiche, politiche, economiche, che tutte hanno fragili basi(...)”(1).

Quella attuale può, senza tema di smentita, essere considerata come epoca della famiglia “proteiforme”, tradizionale e fondata sul matrimonio, monogenitoriale, di fatto, omogenitoriale, in crisi od in fase di destrutturazione.

Affrontare quindi oggi il tema degli accordi sulla crisi coniugale significa in primo luogo ricostruire il dato normativo, il portato giurisprudenziale e la riflessione dottrinale sul tema, frammentaria e raramente sistematica, alla luce delle attuali dimensioni del fenomeno e delle novità introdotte dalla L.n.54/2006 sull'affido condiviso.

La ricostruzione dei contenuti del concetto di autonomia coniugale non può che partire dalle riflessioni della dottrina più lontana nel tempo, sino a verificare taluni assunti, calandoli nel contesto normativo vigente. Tesi più restrittive hanno negato cittadinanza alla figura del negozio giuridico nei feudi del diritto di famiglia, roccaforte inespugnabile da parte dell'autonomia privata, in virtù dell'invalicabile limite dell'interesse superiore della famiglia (2).

(1) A. Carlo Jemolo, La famiglia e il diritto, in Annali del Seminario Giuridico, III, Napoli, 1949, p.38 ss.

(2) Fondamentale il contributo sul punto del Ciché, Il diritto di famiglia, Roma, Athenaeum, 1914, pag.213 ss.

Il pensiero cattolico ed i principi dello stato etico imponevano di considerare la famiglia come formazione dotata di un suo ordine interno extrastatuale da un lato e come *seminarium rei publicae* dall'altro, istituzione volta al perseguimento di interessi pubblici, superindividuali, assoluti (3). Tuttavia, la stessa "concezione istituzionale" della famiglia ha incontrato critiche già nel Ventennio, quando secondo alcuni Autori neppure il perseguimento degli "alti fini nazionali" quali la razza, la coscienza nazionale fascista in una prole sana e numerosa, l'onestà civile, poteva elidere il carattere privatistico dell'autonomia coniugale (4).

Con la fine del periodo totalitario la "concezione istituzionale" appena descritta è tramontata e nel contempo ha trovato definitiva affermazione la tesi della natura negoziale del matrimonio, rispetto al quale il consenso delle parti rappresenta l'elemento imprescindibile, essenziale al fine della costituzione stessa del vincolo(5).

Il superamento della concezione istituzionale ha trovato compimento nell'individuazione di una categoria unitaria, quella del negozio giuridico familiare, inteso come atto di autonomia privata caratterizzato da un ambito di applicazione più ridotto rispetto ad altre espressioni in ambito contrattuale(6). Secondo Santoro Passarelli, infatti, la formazione stessa dei più importanti rapporti familiari, oltre all'attribuzione dei relativi *status*, è lasciata all'iniziativa discrezionale del singolo, che si esplica attraverso il negozio giuridico. I conseguenti effetti giuridici si producono nella misura in cui sussiste l' "intento" del soggetto e tali effetti siano conformi rispetto ad esso. Naturalmente, il significato giuridico è attribuito dall'ordinamento ed in particolare con riferimento al matrimonio, deve sussistere un ulteriore elemento costitutivo e di efficacia della fattispecie: l'atto di controllo del potere statale.

(3) Rescigno, Appunto sull'autonomia negoziale, GI,IV, p.113-120; F.Finocchiaro, Del Matrimonio, in Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli, Bologna, 1971.

(4) Interessante la tesi secondo cui sussistono limiti imposti dalla legge allo statuto coniugale,(...) "come esistono pure limiti e obblighi pubblicistici a carico del proprietario. Con questa differenza: che il codice civile quanto al matrimonio li ha fatti propri, mentre quanto alla proprietà vivono fuori dal codice, se anche ivi accennati. Ma questo non basta perché si possa ammettere la natura pubblicistica dell'istituto matrimoniale", cit. da L.Barassi, La famiglia legittima nel nuovo codice civile, Giuffrè, Milano, 1941, p.13.

(5) C.Gangi, Il matrimonio, Giuffrè, Milano, 1969, p.44 ss., il quale riprende il paragone con la funzione sociale della proprietà, naturalmente ora alla luce della lettura costituzionale dell'istituto; F.Galgano, Il negozio giuridico, Giuffrè, Milano, 1988, p.486 ss; S.Pugliatti, I fatti giuridici, Revisione e aggiornamento di A.Falzea, Giuffrè, Milano, 1996, p.139 ss.

(6) F.Santoro-Passarelli, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, in Saggi di diritto civile, I, Jovene, Napoli, 1961, p.381 ss.

Secondo la teoria illustrata, questo ultimo elemento comporta non l'elisione dell'autonomia privata, ma l'esigenza di apportare alla teoria generale del negozio giuridico gli "adattamenti, dipendenti dal modo particolare in cui l'autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia", resi necessari non dalla specifica funzione di ciascun negozio ma dall'interesse superiore che tali espressioni di autonomia privata sono chiamate a realizzare⁽⁷⁾. Secondo la ricostruzione di Santoro Passarelli, quindi, è possibile individuare, nell'ambito della più generale categoria del negozio giuridico, una figura generale di negozio familiare, la cui disciplina può essere ricavata dal Codice Civile, dal momento che le norme sui contratti, "in quanto compatibili", sono suscettibili di applicazione tanto agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (art.1324 c.c.), quanto al negozio giuridico "anche fuori del diritto patrimoniale"⁽⁸⁾.

Se per l'autorevole dottrina del Cicu, la volontà individuale non arriva mai ad avere l'efficacia per costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici familiari, per Santoro Passarelli gli effetti giuridici si producono, con i dovuti adattamenti resi necessari dal modo particolare attraverso il quale l'ordinamento riconosce l'autonomia privata nei rapporti familiari. Stante quindi l'elemento comune della manifestazione di volontà, il punto di divaricazione tra le due teorie appare essere quello della disponibilità degli effetti, che per il Cicu non sussiste nell'ambito familiare, ragione per la quale non sarebbe neppure possibile parlare di negozio giuridico⁽⁹⁾.

Tuttavia, l'affermazione successiva della teoria del negozio giuridico familiare corre in parallelo con l'evoluzione della stessa categoria di "negozio giuridico", sulla cui ammissibilità ampiamente si è dibattuto⁽¹⁰⁾.

(7)In questa funzionalizzazione all'interesse superiore coglie il forte influsso della autorevole dottrina del Cicu G.Oberto, I contratti della crisi coniugale, Giuffrè, Milano, 1999, p.103 e ss.

(8)Per le espressioni citate integralmente, si veda nota 6, op.cit.,p.382.

(9)E.Russo, Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti matrimoniali di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n.1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.02.1984 tra l'Italia e la Santa Sede nella parte concernente il matrimonio, DFP, 1989, p.1083 ss.

(10)Per tutti si veda F.Galgano, Negozio Giuridico (dottrine generali), ED, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977, p.932-949; N.Lipari, Presentazione del libro di Giuseppe Mirabelli "L'atto non negoziale nel diritto privato italiano", CorG, p.594-596.

Il concetto ha dimostrato capacità di adattamento nel tempo e nel nostro ordinamento l'elemento della disponibilità degli effetti è rimasto sullo sfondo, divenuto inidoneo per la costruzione stessa del concetto di negozio, in un contesto, anche culturale, dove l'eterointegrazione ad opera della legge degli effetti voluti dalle parti è fenomeno consistente. Il termine negozio ha assunto quindi, eliminato l'iniziale rigore, il significato di "dichiarazione di volontà, produttiva di una certa modificazione dell'ordine giuridico, sottoposta a determinati requisiti di validità od a certe cause di caducazione, e che richiama l'applicazione di certi principi fondamentali dell'ordinamento" (11).

Nel tempo, tuttavia, il negozio giuridico familiare, categoria concettuale applicata a pochi negozi caratterizzati dall'assenza di patrimonialità (matrimonio, adozione, legittimazione), in parallelo rispetto all'opposto binario del contratto, si è rivelato poi utile per introdurre nell'ambito familiare proprio il diritto dei contratti. Nella stessa Relazione Ministeriale sul testo definitivo del codice civile (n.602) si legge che i negozi di diritto familiare "non sono sostanzialmente omogenei rispetto agli altri che hanno un oggetto patrimoniale, e quindi anche la loro disciplina deve essere in gran parte diversa. Per tali rapporti si farà capo alle regole concernenti i contratti nei limiti in cui ciò risulti possibile; e infatti le norme stabilite per i contratti hanno una portata espansiva, come si desume dalla disposizione dell'art.1324 che porgerà sicuramente alla dottrina lo strumento e lo spunto legislativo per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico"(12).

Ma l'ulteriore e radicale superamento dei presupposti, anche culturali, della concezione istituzionale, si deve all'affermazione costituzionale dei principi di uguaglianza e pari dignità dei coniugi. La tutela dei diritti fondamentali dell'individuo deve trovare esplicazione in tutte le "formazioni sociali" ove si sviluppa la sua personalità, tra le quali proprio la famiglia rappresenta una delle manifestazioni più importanti.

(11) Sintesi tratta da E.Russo, vedi nota 9.

(12) Sul punto si veda G.Oberto, op.cit.,p.121; C.M.Bianca, Diritto Civile, II, Famiglia e successioni, Giuffrè, Milano, 1981, p.18.

La lettura dell'art.29 della Costituzione, che offre una tutela privilegiata ai "diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", in combinato disposto con l'art.2 Cost., consente di ampliare la norma sino a ricomprendere, come oggetto di protezione, anche le convivenze *more uxorio*(13). La giurisprudenza più recente si spinge sino ad affermare che "I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia – a prescindere dall'intervento del legislatore in materia - , quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere (...) il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata(...)"(14).

Hanno inevitabilmente contribuito al definitivo tramonto della concezione istituzionale l'introduzione del divorzio e la riforma del 1975, che hanno portato ad esaltare il ruolo dell'autonomia coniugale, a negare l'esistenza stessa di un superiore interesse della famiglia distinto rispetto ai suoi membri, sino all'affermazione dell'accordo come strumento tipico della disciplina dei rapporti nell'ambito familiare(15). La dottrina coglie il passaggio dalla concezione pubblicistica, che anteponeva gli interessi superindividuali a quelli del singolo, alla "privatizzazione" del diritto di famiglia, fondata sulla regola dell'accordo nell'individuazione delle scelte di vita, nella fissazione della residenza, nell'intervento giudiziale in via del tutto residuale, limitatamente ai soli casi di disaccordo, a tutela di indebite

(13)L.Rossi Carleo, *Famiglia e Successioni*, Giappichelli, Torino, 2009, p.17 ss.; analisi risalenti quelle di P.Rescigno, *Persona e Comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, p.3 ss.; P.Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P.Rescigno, III, Utet, Torino, 1982, p.5-260; E.Quadri, *Famiglia e ordinamento civile*, Giappichelli, Torino, 1997, p.153 ss.

(14)Cass.Sez.I Civile, Sent. 4 Novembre 2011 -15 Marzo 2012 n.4184, nota critica di M.Finocchiaro, *Guida al Diritto*, n.14, 31 Marzo 2012, p.35 ss.

(15)M.Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, RTDPC, 1996,p.1031-1110; *contra* C.Donisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di G.Fuccillo, Ipsoa, Milano, 1997, p.3-32; subito dopo la riforma già F.Santoro Passarelli, *Note introduttive agli artt.24-28 Nov.*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Cedam, Padova, 1977, p.215 ss.

ingerenze all'interno della famiglia (16). Da qui l'ammissibilità di una generale possibilità per i coniugi di porre in essere atti negoziali, anche atipici, in applicazione dell'art.1322 c.c.

In questo senso, la dottrina non ha esitato a rilevare, come significativa innovazione introdotta proprio dalla riforma del 1975, l'elevazione del limite di età per contrarre matrimonio, con la coincidenza tra maggiore età, capacità di porre in essere validi atti giuridici, ed età matrimoniale (17).

Tuttavia, non sono mancate riflessioni molto critiche rispetto alle trasformazioni sopra descritte. Lo stesso concetto di "autonomia privata" ha conosciuto letture diverse, sino a negare la possibilità stessa di autodisciplina degli interessi nell'ambito familiare, in quanto, secondo questa chiave di lettura, quella formazione sociale chiamata famiglia non potrebbe prescindere dagli interessi comuni a tutti i suoi membri, non necessariamente coincidenti con quelli dei singoli componenti. Tale riflessione dottrinale, seppur minoritaria, ha con forza sottolineato il rischio di un fenomeno di "mercantilizzazione" del diritto di famiglia, nel quale la parte più vulnerabile corre il rischio di pagare il prezzo della valorizzazione dell'autonomia privata (18).

Nella parte seconda della presente ricerca la riflessione verterà sulla lettura del concetto di autonomia coniugale dopo la Legge n.54/2006, verificando se si siano realizzate, dopo quasi quarant'anni di applicazione della riforma del diritto di famiglia, le conseguenze negative temute. Nella parte terza il proposito sarà quello di individuare i possibili futuri sviluppi dell'autonomia privata nell'ambito familiare.

(16)G.Alpa,G.Ferrando, Quaestio, in Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, Cedam, Padova, 1989, p.505 ss.

(17)G.Doria, Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio, Giuffrè, Milano, 1996, p.67 ss.

(18)C.Donisi, op.cit. in nota 15, p.26 ss.

2. Negozi giuridici familiari e contratti familiari.

Il passaggio dalla “concezione istituzionale” della famiglia, come luogo di realizzazione di interessi di rango pubblicistico, alla “concezione costituzionale” , fondata essenzialmente sugli artt.2, 3 e 29 Cost., segna la realizzazione di un fenomeno di “privatizzazione”, che determina la ricerca di un temperamento, talora di difficile realizzazione, tra i diritti dei singoli componenti e quelli del gruppo, in chiave essenzialmente solidaristica (19). Sotto questo profilo si è andata delineando l’espansione dell’autonomia privata in ambito familiare, con la conseguente funzionalizzazione del matrimonio allo sviluppo della personalità individuale ed i rischi, secondo alcune ricostruzioni, connessi all’applicazione diretta o analogica delle norme sul contratto.

Se osserviamo i negozi familiari espressamente previsti dal legislatore, come ad esempio il matrimonio o il riconoscimento di figlio naturale, gli effetti negoziali prodotti sono tipici, lo *status* di riferimento è indisponibile, il rapporto appare del tutto etero-regolamentato. Tuttavia l’ordinamento attribuisce rilevanza non solo alla volontarietà dell’atto ma anche alla volontà degli effetti, intesi come perseguimento di uno scopo ulteriore ed esteriore rispetto all’atto, che si manifesta sotto forma di attività negoziale, perché il soggetto non può volere qualcosa di diverso rispetto allo schema legale, ma effettivamente “vuole in quel modo”(20).

Se quindi ammettiamo che la tipicità degli effetti non esclude l’autonomia privata, essendo libera e discrezionale l’iniziativa, il terreno dell’indisponibilità si riduce e si amplia la configurabilità di manifestazioni della volontà aventi contenuto diverso rispetto agli schemi tipici, espressamente disciplinati. In altre parole, l’assenza di patrimonialità che caratterizza ampie aree della materia familiare e, nello specifico, coniugale, non si traduce in mancata negoziabilità dei rapporti. La sussistenza del requisito della patrimonialità porta alla pacifica qualificazione dell’accordo come contratto, ma non è parimenti corretto, una volta escluso questo, negare anche la qualificazione come negozio giuridico.

(19) P.Stanzione-G.Autorino, Autonomia privata ed accordi coniugali, in Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale, a cura di F.Ruscello, Cedam, Padova, 2006, p.17 ss.

(20) F.Santoro Passarelli, Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, in Commentario al diritto italiano della famiglia, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, II, Padova, 1992, p.492.

Interessante appare, quindi, esaminare da un lato le manifestazioni di volontà nell'ambito coniugale che, essendo caratterizzate dalla patrimonialità, sono ricondotte alla disciplina del contratto, dall'altro quali ambiti di autoregolamentazione negoziale residuino per effetto dell'art.160 c.c., che vieta ai coniugi di derogare ai diritti ed ai doveri nascenti dal matrimonio, per effetto della legge.

Sotto il primo profilo di analisi, la categoria dei negozi giuridici familiari a contenuto patrimoniale ha goduto di scarsa attenzione, sino all'aumento consistente delle controversie conseguenti all'introduzione del divorzio, alla riforma del 1975 ed alle problematiche connesse alle convenzioni matrimoniali(21). Autorevole dottrina non ha esitato ad affermare che, anche nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi, "ove tra le parti si convenga l'attribuzione di diritti e l'assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non parrebbe contraddire alla definizione dell'art.1321 la qualificazione di contratto"(22). L'ordinamento riconosce la possibilità ai coniugi di autoregolamentarsi nelle forme dell'autonomia privata, ai sensi dell'art.1322 c.c., come effetto della stessa struttura della famiglia, non più monocratica ma basata su posizioni paritarie e sulla risolubilità del vincolo matrimoniale(23).

Così, il richiamo all'art.1322 c.c. ed al concetto di contratto riferito ai rapporti patrimoniali tra coniugi, sia nella fase fisiologica che patologica del rapporto, è passato dalla dottrina alla giurisprudenza della Cassazione, in materia di accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali dell'annullamento del matrimonio(24), trasferimenti immobiliari e mobiliari in sede di separazione personale(25), accordi non omologati(26).

(21)Così ricostruisce G.Oberto, op.cit. in nota 12, p.137 ss.

(22)P.Rescigno, Contratto in generale, ED, IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p.1-33.

(23)G.Doria, op.cit. in nota 17, p.64ss.

(24)Cass. 13 Gennaio 1993 n.348, CorG, 1993, 822 con nota di Lombardi.

(25)Cass. 25 Ottobre 1972 n.3299, criticata da A.Liserre, Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato, RTDPC, 1975, p.474-495.

(26)Ad esempio, Cass. 22 Gennaio 1994 n.657.

Per quanto concerne le convenzioni matrimoniali, si è a lungo dibattuto sull'esistenza di un loro *numerus clausus*, ma l'art.159 c.c., ponendo in relazione queste con i regimi patrimoniali della famiglia, non sembra stabilire la loro tipicità e l'applicazione dell'art.1322 c.c. discenderebbe dalla loro natura contrattuale(27). Accanto, quindi, alle convenzioni espressamente disciplinate, ovvero il fondo patrimoniale, la comunione e la separazione dei beni, la dottrina ammette forme atipiche, disciplinate dalle parti, entro i limiti dettati dalle norme inderogabili(28).

Per quanto concerne il secondo livello di riflessione che discende dalla lettura dell'art.160 c.c., la dottrina pressoché unanimemente procede con una interpretazione sistematica, in base alla quale la norma escluderebbe la negoziabilità di tutti i diritti di natura personale e dei doveri di natura patrimoniale di cui al capo IV, ovvero gli obblighi di contribuzione sanciti dagli artt.143 c.3, 147 e 148 c.c., anche definiti come "regime primario", in opposizione al c.d. "regime patrimoniale secondario", rappresentato dalle negoziabili, come si è detto, convenzioni matrimoniali(29). Resterebbero, pertanto, indisponibili e non rinunziabili l'obbligo reciproco di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di coabitazione, di collaborazione nell'interesse della famiglia(30).

Resta come interessante campo di indagine quello della possibilità, nell'ambito dell'autonomia coniugale, di porre in essere una regolamentazione del rapporto di coniugio senza giungere alla deroga pattizia, non consentita, dei diritti e dei doveri di cui all'art.143 c.c., dal contenuto dinamico e condizionato dal mutare del costume sociale e dell'ordinamento medesimo. Sotto questo profilo, gli atti di autonomia coniugale sono fortemente influenzati dal sistema non solo sociale, ma anche giuridico, di valori e finalità di carattere generale, in quel dialogo continuo tra dimensione pubblica e privata che caratterizza l'istituto della famiglia. Tralasciando qualche isolato parere discorde, i negozi giuridici posti in essere dai coniugi possono avere efficacia modificativa quando incidono non solo sulla struttura, ma anche sul regolamento del rapporto.

(27)Così G.Oberto, op.cit. in nota 12, p.146 ss.

(28)Si vedano gli artt.160, 161, 162 c.3, 166 bis e 210 c.3 c.c. Sul punto, per tutti, F.Santosuosso, Il regime patrimoniale della famiglia, in Commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, Utet, Torino, 1983, p.12 ss.

(29)Alagna, Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto, Milano, 1979, p.103 ss.; Morelli, Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia, in Fam. e dir., 1994, p.107.

(30)P.Stanzione-G.Autorino, op.cit. in nota 19, p.23.

L'art.144 c.c. impone di concordare l'indirizzo della vita coniugale, dettando la regola della doverosità dell'accordo, certamente non sui singoli atti di indirizzo, ma quantomeno sul metodo. Semplificando, verrebbe da dire che il legislatore abbia voluto non l'accordo sulle singole intese, ma la ricerca di esse attraverso modalità basate sul consenso.

Non è mancato chi abbia negato addirittura che tale consenso rispetto all'indirizzo familiare rappresenti espressione dell'autonomia privata, dal momento che la finalità di tale disposizione sarebbe, in questa ricostruzione, il perseguimento dell'interesse superindividuale della famiglia, qualificabile come *officium*(31). Se l'esistenza di un piano sovraordinato rispetto ai singoli componenti può apparire non condivisibile, la regola dell'accordo potrebbe atteggiarsi come un *munus*, funzionale rispetto al raggiungimento dell'interesse del minore(32).

Una delle problematiche più delicate appare essere, infine, quella della violazione di tali intese, risolta prevalentemente in termini di non coercibilità. L'unico strumento a disposizione del coniuge che voglia opporsi all'inadempimento dell'altro sembrerebbe essere quello del ricorso al giudice, ai sensi dell'art.145 c.c. Tuttavia, non sembrerebbe del tutto da escludere, nell'ottica di una valorizzazione dell'autonomia coniugale dopo la riforma del 2006, la possibilità di introdurre negli accordi, in particolare regolativi della eventuale crisi, clausole con contenuto sanzionatorio, come si cercherà di illustrare nella parte terza della ricerca.

In conclusione, sarebbe forse possibile sintetizzare un tema tanto sfuggente quanto articolato, affermando che l'autonomia privata può certamente trovare le proprie concrete modalità di espressione, ma non può mai arrivare ad incidere radicalmente, sino a violare, i principi di uguaglianza, solidarietà familiare, proporzionalità nell'obbligo di contribuzione ed il rispetto delle libertà individuali.

(31)Moscarini, Parità coniugale e governo della famiglia, Milano, 1974, p.90 ss.

(32)P.Stanzione-G.Autorino, op.cit. in nota 19, p.28.

3. Libertà contrattuale in materia familiare. Visione comparata.

Tra gli ordinamenti che maggiormente hanno influenzato il quadro normativo in ambito europeo, merita una menzione particolare l'esperienza precodicistica francese, la quale ha posto grande enfasi sull'appartenenza delle convenzioni matrimoniali alla categoria contrattuale ed ha conseguentemente valorizzato l'aspetto dell'autonomia coniugale⁽³³⁾. La dottrina francese del XVIII secolo sosteneva la possibilità per le parti di inserire qualsiasi tipo di clausola, con il solo limite delle "bonnes moeurs"⁽³⁴⁾.

Del resto già nelle fonti giustinianee veniva riconosciuta ampia libertà nella stipulazione dei *pacta nuptialia*, come ricorda il brocardo "*Omnia pacta doctalia, quae non sunt contra legem, servantur intacta*"⁽³⁵⁾. Su questa base, si riscontrava un'ampia casistica, dalle convenzioni volte ad escludere il regime di comunione nelle regioni dove questo era previsto come legale, a quelle dove tale regime veniva invece introdotto, dalle clausole sulla liquidazione preventiva dei diritti patrimoniali della moglie sui beni in comunione, a quelle sulla espressa esclusione di alcuni cespiti.

Nell'ordinamento tedesco, già negli studi pre pandettistici, si registrava il *favor*, anche da parte dei giudici, verso la definizione in via contrattuale dei rapporti patrimoniali tra coniugi, accanto agli istituti, di origine romana, tipici del diritto familiare come la dote, pur in un quadro normativo ricco di consuetudini locali⁽³⁶⁾.

La tendenziale apertura verso le espressioni di autonomia privata muta all'inizio del Novecento, quando la famiglia diviene luogo della formazione degli individui, chiamati prepotentemente ad incarnare interessi superindividuali, da diffondere innanzitutto nella cellula base del tessuto sociale. Di questa tendenza si fa portavoce nel panorama italiano, già qualche anno prima della piena affermazione del regime fascista, la riflessione di Antonio Cicu, analizzata nel primo capitolo.

(33)G.Oberto, Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica, nota a Cass. 20 Marzo 1998 n.2955, in Foro it., 1999, I,c.1306 ss.

(34)Per tutti, Le Brun, *Traité de la communauté entre mari et femme*, Paris, 1709, p.19 ss.

(35)Bartolo da Sassoferrato, *In primam codicis partem commentaria*, Venetiis, 1602, f.165.

(36)In particolare l'analisi di Carpzovius, *Jurisprudentia forensis romano-saxonica, secundum ordinem constitutionum D.Augusti Electori Saxon*, Lipsiae et Francofurti, 1684, p.802 ss.

Intorno agli anni Settanta del secolo scorso, l'Europa giuridica, ormai uscita dai totalitarismi, rivede la propria disciplina dei rapporti familiari, percorrendo due vie chiamate a coesistere: da un lato il recupero delle espressioni di autonomia privata, dall'altro la diffusione dei principi solidaristici. Questa evoluzione si traduce nelle leggi di riforma italiana e francese del 1975, nella legge tedesca dell'anno successivo, nella riforma spagnola degli anni dal 1978 al 1981. Il processo di privatizzazione dei rapporti nell'ambito familiare stimola la riflessione dottrinale su scala europea, ed anche il legislatore italiano, si dice con scarsa consapevolezza, nel recepire la direttiva comunitaria sul commercio elettronico stabilisce l'inapplicabilità della relativa disciplina ai contratti disciplinati dal diritto di famiglia, ovvero le convenzioni matrimoniali ed i contratti della crisi coniugale, ammettendo così l'esistenza di norme contrattuali anche in ambito familiare(37).

L'assunto che lo strumento contrattuale possa riguardare la famiglia prima della costituzione del vincolo, durante lo sviluppo fisiologico di esso e successivamente nella eventuale fase patologica, resta però sempre fortemente condizionato, soprattutto nel nostro ordinamento, dall'immagine della famiglia come luogo di valori superiori, fosse anche solo il principio solidaristico, circostanza che ne determina l'allontanamento dal diritto dei contratti, sede della regolamentazione della competizione e dell'individualismo(38).

La percezione diviene allora quella della famiglia non come parte e protagonista del mercato, ma antitetica ad esso ed ai suoi strumenti, primo tra tutti il contratto, in una non condivisibile, a giudizio della scrivente, contrapposizione tra solidarismo familiare ed egoismo negoziale. La diffusione e la stessa ammissibilità dello strumento contrattuale viene così percepita come *vulnus* della stessa costruzione costituzionale dell'istituto familiare.

Tuttavia, la lettura del fenomeno contrattuale applicato ai rapporti coniugali dovrebbe arrivare a livelli di approfondimento maggiori, per scoprire che anche in altri ambiti, come ad esempio la materia consumeristica o del rapporto di lavoro, non vale l'equazione contratto-individualismo e l'ordinamento offre norme imperative ed inderogabili, meccanismi di integrazione e sostituzione automatica delle clausole, nullità parziali, assolute, virtuali, di protezione.

(37)Cfr.l'art.11 del Dlgs. 9 Aprile 2003 n.70 "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico", analizzato da G.Oberto, op.cit. in nota 12, p.696 ss.

(38)Così si legge in Bargelli e Busnelli, Convenzione matrimoniale, in Enc.dir., Aggiornamento,IV, Milano, 2000, p.438 ss.

Appare interessante allora verificare come, in altri ordinamenti, queste preoccupazioni siano state serenamente superate. Nel modello tedesco, ad esempio, i negozi giuridici familiari hanno ottenuto ampi spazi di applicazione e sono sottoposti al seguente controllo: verifica della liceità o legittimità, entro i limiti delle norme imperative, ordine pubblico, buon costume e riflessione sulla effettiva meritevolezza di tutela giuridica, alla luce delle norme costituzionali. Tutte le pattuizioni che non superano il vaglio sono considerate nulle⁽³⁹⁾. L'accordo concluso dai coniugi o dai nubendi viene analizzato sotto il profilo della sua formazione e dei suoi contenuti specifici da parte dell'organo giurisdizionale, espressione dell'intervento pubblicistico, il quale corregge o comprime le espressioni dell'autonomia coniugale. Il portato giurisprudenziale ha stimolato inevitabilmente le riflessioni della dottrina, ad esempio sulle differenze di genere e sullo squilibrio nelle posizioni contrattuali, creando un sistema incardinato sul principio solidaristico ma favorevole alle soluzioni concordate, comunque sottoposte al controllo del giudice in un secondo momento. Così, vengono analizzati secondo lo stesso modello bi-fasico, sia gli accordi sui profili personali che quelli sugli aspetti patrimoniali tipici del rapporto di coniugio.

Il sistema tedesco si fonda quindi sul concetto di "contenuto minimo inderogabile" di ogni dovere (la nozione di *Wesen der Ehe* di cui al §134 BGB), che rappresenta una guida per il giudice chiamato alla verifica di legittimità e liceità. Tutti gli ordinamenti europei ripropongono, con taluni adattamenti, questo schema, sancendo talora espressamente il c.d. principio di non violazione da parte del giudice della sfera intima dei rapporti coniugali⁽⁴⁰⁾.

Nel quadro d'insieme emerge il modello spagnolo, che ha protetto costituzionalmente l'autonomia negoziale familiare, tanto da affidare al giudice spazi davvero ridotti di intervento, soprattutto sotto il profilo dei rapporti personali. Analogamente nel sistema francese, dove l'art.1388 *code civil* circoscrive il divieto per i coniugi di concludere accordi alla deroga delle disposizioni che riguardano le obbligazioni nascenti dal matrimonio, la materia alimentare tra genitori e figli, e vieta parimenti l'esclusione pattizia dei doveri di fedeltà, soccorso, assistenza, direzione morale e materiale della famiglia, instaurazione della "comunione di vita".

(39)Donisi, Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia, in *Famiglia e circolazione giuridica*, a cura di Fuccillo, Milano, 1997, p.23.

(40)Si veda l'art.18.1 della Carta Costituzionale spagnola.

Coerentemente con il quadro ordinamentale europeo è possibile quindi concludere che taluni diritti e doveri appaiono nei vari contesti come tipici e caratterizzanti il rapporto coniugale, con una tutela più incisiva per i profili personali rispetto a quelli patrimoniali, costituzionalmente ritenuti di livello inferiore. La sanzione della nullità sia degli accordi sui profili personali sia dei contratti sugli aspetti patrimoniali delle vicende coniugali può arrivare ad estendersi all'intero accordo, allorquando la sua realizzazione stravolga la natura e la funzione dell'istituto. Diversamente per le deroghe che riguardino una parte del rapporto, tendenzialmente inidonee alla caducazione dell'intero negozio posto in essere⁽⁴¹⁾.

Appare altresì profondamente variabile l'individuazione del limite oltre il quale l'accordo è da considerare nullo per violazione della stessa essenza del matrimonio. Basti pensare al sistema tedesco, nel quale il regime patrimoniale legale tra i coniugi è caratterizzato dalla titolarità o amministrazione separata dei beni, anche se acquistati durante il matrimonio, con una scissione netta tra i due patrimoni e la previsione di una compensazione finale in caso di separazione personale dei coniugi. In tale sistema è possibile sia scegliere di evitare tale fase compensativa sia escludere il diritto al mantenimento. La radicalità di questa ultima previsione viene tuttavia temperata dal vaglio giurisdizionale e pertanto non sono mancate, nell'ambito di un contenzioso vivace sul punto, le sentenze dichiarative della nullità di taluni accordi, basate sull'analisi di alcune circostanze concrete relative alla sottoscrizione stessa, ovvero lo stato di gravidanza, la sussistenza di un precedente matrimonio, la presenza di figli nati da precedenti rapporti, tutte situazioni ritenute incidenti sulla libera formazione del consenso.

Talora è la collocazione stessa delle norme ad essere indicativa. La disciplina degli accordi coniugali francesi è dettata dagli artt.1387 ss. *code civil*, tra i modi di acquisto della proprietà, dopo le norme sulle obbligazioni ed il contratto in generale. La dottrina francese attribuisce significato sostanzialmente equivalente alle "convenzioni matrimoniali" ed al "*contrat de mariage*", definibili come l'atto negoziale che i nubendi concludono in ragione del matrimonio, al fine di regolare i rapporti di natura patrimoniale. Nell'ordinamento francese qualificano un accordo come convenzione matrimoniale due elementi: l'espressione della volontà in vista del matrimonio e la forma solenne.

(41)In particolare sull'analisi del modello francese, P.Stanzione-G.Autorino, op.cit. in nota 19, p.28.

Il consenso deve quindi trovare espressione e manifestazione esterna all'interno del contratto di matrimonio, atto solenne stipulato in sede notarile, alla presenza delle persone che ne sono parte, seguendo una precisa disciplina sotto il profilo della pubblicità (art.1394 *code civil*). Solo la collocazione nel contesto del *contrat de mariage* attribuisce all'accordo concluso in vista del matrimonio la qualificazione di convenzione matrimoniale. Il contratto di matrimonio è quindi definito come un atto negoziale complesso, un "atto-regolamento", a titolo oneroso e caratterizzato dalla sinallagmaticità, dove confluiscono una serie di accordi relativi ai beni ed ai poteri su di essi esercitabili, con obbligazioni reciproche delle parti e piena applicazione della disciplina generale in materia di obbligazioni e contratti.

Come sopra accennato, nel contesto francese le convenzioni matrimoniali incontrano, tuttavia, il limite del buon costume, il divieto di concludere patti successori e di modificare la disciplina sulle successioni(42). Il legislatore ha inoltre precluso ai coniugi la possibilità di derogare a quanto disposto dagli artt.214-226 *code civil*, che riguardano le conseguenze sul piano patrimoniale derivanti dal matrimonio, riconducibili alla cooperazione, intesa come potere di rappresentanza reciproca dei coniugi, all'autonomia, come responsabilità solidale per le obbligazioni contratte per il "mantenimento della famiglia" ed all'istituto dell'autorizzazione giudiziale, per esercitare la rappresentanza del coniuge in stato di incapacità naturale. Infine, qualora le convenzioni matrimoniali non regolino modalità e misura della contribuzione di ciascun coniuge per le obbligazioni derivanti dalla gestione della famiglia, l'art.214 *code civil* prevede l'applicazione del criterio di proporzionalità, essendo sempre vietato l'esonero completo dalla contribuzione medesima.

I margini di autoregolamentazione del rapporto sono molto ampi nel sistema spagnolo, dove la scelta del regime patrimoniale può cadere sulla comunione, sulla separazione dei beni oppure sulla partecipazione agli acquisti. Le obbligazioni sono ricondotte al concetto di "potestà domestica", intesa come potere di estendere ad entrambi i coniugi, a prescindere da chi abbia agito in concreto, le conseguenze patrimoniali derivanti dalla gestione ordinaria della famiglia, per il soddisfacimento delle necessità della stessa(43).

(42) Tali divieti sono espressi nell'art.1389 *code civil*.

(43) La disciplina è contenuta nell'art.1319 *código civil*.

I coniugi sono chiamati a concordare l'indirizzo della vita domestica, individuare gli interessi da perseguire e conseguentemente rispondere delle obbligazioni assunte. Si tratterebbe non di una rappresentanza reciproca dei coniugi, esclusa dall'art.71 della legge 2 Maggio 1975, quanto di un potere autonomo, espressione di autonomia privata e finalizzato all'attuazione dell'interesse della famiglia. Sotto il profilo della responsabilità patrimoniale, la valutazione si concentra sul comportamento più che sul dato testuale dell'accordo, così sussiste la meritevolezza di tutela laddove l'agire è funzionale all'interesse della famiglia, di volta in volta coincidente con quello del singolo o del gruppo.

Proprio sul tema delle conseguenze degli atti negoziali a contenuto patrimoniale la dottrina spagnola discute, soprattutto sul profilo della rilevabilità solo tra le parti oppure *erga omnes* degli accordi conclusi dai coniugi, perché da ciò derivano conseguenze diverse sul piano dell'imputabilità delle obbligazioni assunte singolarmente da una parte, senza la partecipazione diretta dell'altra. Tuttavia, la questione viene tendenzialmente risolta appellandosi alla responsabilità solidale dei coniugi nei confronti dei terzi, come principio più coerente rispetto al criterio della proporzionalità della contribuzione e del principio di solidarietà ed eguaglianza sostanziale tra i coniugi. La funzionalizzazione di tali intese, rivolte alla realizzazione di un determinato indirizzo familiare, conforma la stessa struttura del rapporto obbligatorio, avendo come conseguenza l'estensione della responsabilità contrattuale anche al coniuge che non abbia in concreto operato.

Ancor più interessante analizzare come il *favor* per l'autonomia negoziale dei coniugi nell'ambito dei principali ordinamenti europei si atteggi nella fase patologica del rapporto, dove rinveniamo schemi negoziali tipici e atipici. I limiti precedentemente previsti tendono a divenire più elastici, perché la sfera di interessi meritevoli di tutela si riespande, talora anche comprimendo le finalità originariamente perseguite dal gruppo. L'unico versante effettivamente rigido ed invalicabile appare essere quello rappresentato dall'affidamento e dal mantenimento in favore dei figli.

La quasi totalità degli ordinamenti europei non prevede la separazione personale dei coniugi sul modello italiano, essendo molto diffuse forme di divorzio consensuale, che non richiedono la separazione per un determinato periodo di tempo tra i presupposti dello scioglimento del vincolo. In Francia è sufficiente che il matrimonio sia durato almeno sei mesi e che i coniugi abbiano deciso consensualmente di divorziare. I vari tipi di separazione individuabili nel *Code civil* negli artt.230-236 sono fasi prodromiche del divorzio e strutturate

per valorizzare l'accordo. I coniugi devono, infatti, sotto la supervisione del giudice, provvedere a comunicare il loro nuovo assetto sotto il profilo patrimoniale e conseguentemente, da quando la pronuncia di separazione è opponibile ai terzi per effetto della menzione a margine dell'atto di matrimonio, viene meno la responsabilità solidale dei coniugi. In tale fase i doveri derivanti dal vincolo sfumano a tal punto da lasciare, come effettivo residuo, il principio della solidarietà familiare, l'unico concreto limite rispetto al quale i soggetti devono ancora conformare le proprie decisioni.

Analogamente in Spagna, dove per separarsi non occorre l' "intollerabilità della convivenza" e la separazione può essere pronunciata su istanza di entrambi i coniugi o di uno di essi, qualora abbia ottenuto il consenso dell'altro, purchè sia trascorso un anno dalla celebrazione del matrimonio e all'atto introduttivo sia allegato un accordo contenente la regolamentazione dei profili personali e patrimoniali. Una prassi spagnola molto diffusa vede i coniugi trasfondere in un atto notarile gli accordi sulla separazione, per rafforzarne la vincolatività e facilitarne la prova.

Nell'ordinamento tedesco la separazione è obbligatoria solo quando uno dei due coniugi non intenda divorziare, ed il periodo previsto è di almeno tre anni. Il periodo di separazione previsto si riduce ad un anno quando il divorzio è congiunto, ma i coniugi devono limitarsi a dichiarare la sussistenza di tale presupposto ed il giudice non è obbligato ad effettuare accertamenti su tale aspetto. Tuttavia, sia nel caso di divorzio congiunto che in quello richiesto da un solo coniuge, non è necessario un doppio procedimento e la separazione è una semplice fase di fatto, non istituzionalizzata né regolamentata. Semplicemente, nel divorzio consensuale, le parti devono stipulare un accordo, che sarà successivamente "omologato" dal giudice, regolante in modo completo sia gli spetti personali che quelli patrimoniali.

Circa la tematica dell'affidamento dei figli minori, la potestà genitoriale resta invariata dopo il divorzio, l'esercizio permane in capo ad entrambi i coniugi e l'affido è sempre condiviso, tranne casi circoscritti nei quali una delle parti può ricorrere alla forma esclusiva. Sotto tale profilo la regola dell'accordo sopravvive allo scioglimento del vincolo, essendo diffusamente condiviso il principio in base al quale le vicende del rapporto coniugale non devono incidere sui ruoli genitoriali.

Tratto comune dei modelli descritti, anche rispetto agli accordi sulla fase patologica del rapporto, sembra essere quello dell'assoluta preminenza riservata alle intese liberamente raggiunte dalle parti, sulle quali il giudice è chiamato a condurre un controllo di liceità e di meritevolezza di tutela, mai sull'*an* della rottura del rapporto ma sempre sul *quomodo* della gestione degli interessi coinvolti. La verifica in sede giudiziale verterà, quindi, sul processo di

formazione del consenso, senza arrivare all'intromissione circa la sussistenza di quei requisiti di merito, propri del nostro ordinamento, attinenti alla "intollerabilità della convivenza" o alla "irrecuperabilità dell'*affectio coniugalis*", cui si fa diffusamente riferimento negli atti introduttivi dei procedimenti per separazione in Italia.

Lo sguardo comparato potrebbe, infine, rivolgersi verso gli ordinamenti di *common law*, ma ad essi sarà dedicato spazio nelle sezioni successive. È sembrato opportuno, invece, dare qualche breve indicazione su un sistema raramente preso in considerazione come parametro di raffronto, ma profondamente interessante per gli spunti di riflessione che offre. Secondo i principi del diritto islamico, caratterizzato da un'estrema varietà di fonti e di scuole giuridiche, il matrimonio è un contratto alla stregua degli altri, basato sulla proposta di matrimonio e sull'accettazione. Il soggetto proponente può essere l'uomo nei confronti della donna, questa nei confronti dell'uomo, ed infine l'uomo verso il padre o la sorella della donna. Dopo l'incontro di proposta ed accettazione le parti sono vincolate alla conclusione del contratto di matrimonio, dal quale sorgeranno diritti e doveri in capo alle parti e rispetto al quale devono sussistere i requisiti di validità propri di qualsiasi altro negozio consensuale.

Come qualsiasi tipo di contratto, il matrimonio è costituito da un insieme di clausole, le quali possono anche prevedere delle condizioni, ritenute valide ed efficaci se conformi alla natura del contratto (si potrebbe dire la "causa in concreto"), come ad esempio quelle relative alle caratteristiche soggettive del coniuge, non valide tanto da rendere nullo anche il contratto (è il caso della compensazione dei doni nuziali), infine illecite ma non incidenti sulla validità dell'intero rapporto (ad esempio la clausola per la quale il marito dichiara che non darà alla moglie il dono nuziale, uno degli elementi costitutivi del contratto di matrimonio).

Il matrimonio può essere sciolto su iniziativa del marito, mediante diverse forme di ripudio, atto privato e unilaterale del marito, che pronuncia per tre volte una frase sacramentale, oppure mediante una procedura giudiziale, esclusivamente nei casi di disconoscimento della paternità del figlio nato in costanza di matrimonio, vizio redibitorio per esistenza di malattie taciute all'altro contraente, inadempimento di una condizione del contratto, ed infine per matrimonio "non consumato".

Interessante rilevare come, quando la crisi coniugale si delinea, rappresenti una fase preliminare rispetto al ripudio quella del tentativo di composizione del conflitto in seno ad una procedura arbitrale. Come dettato dal Corano (IV,35), la famiglia della moglie sceglierà l'arbitro che dovrà rappresentare gli interessi della donna e, analogamente, si procederà alla nomina dell'arbitro del marito.

Come sottolineato dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana nelle sue

“Indicazioni” e dalla dottrina che al tema si è dedicata, il diritto islamico vede il matrimonio come un contratto bilaterale che rende leciti i rapporti sessuali tra gli sposi, senza che per la sua validità sia richiesta la forma pubblica. L’assetto familiare che ne deriva è patriarcale, con diritti e doveri dei coniugi molto ben definiti. L’istituto del matrimonio è quindi considerato dal diritto islamico come fatto essenzialmente privato, ma una dimensione sovraordinata rispetto ai coniugi esiste ed è rappresentata dal significato religioso dettato dal Corano, nel quale ritroviamo la coincidenza con due finalità essenziali del matrimonio cristiano: la procreazione (rinvenibile nei termini di “*mater*” e “*munus*” che compongono la parola matrimonio) e l’instaurazione di una relazione di rispetto ed affetto tra i coniugi(44).

Concludendo, sulla scorta della sintetica ricostruzione storico-comparativa sopra proposta, anche alla luce del fenomeno di privatizzazione della famiglia che pur ci riguarda con talune esitazioni, non sembra di poter concludere che la disciplina dei contratti e quella della famiglia debbano necessariamente guardarsi reciprocamente con sospetto, come se la prima, tutta devota alla regolamentazione della circolazione dei beni nel mercato, non avesse nulla da insegnare alla seconda, perfettamente autosufficiente, funzionale rispetto alla risoluzione delle vicende concrete ed ispirata all’intangibile solidarismo.

L’osservazione delle vicende concrete, dei procedimenti di separazione e divorzio nel nostro ordinamento, unitamente a talune attente voci della dottrina(45), possono portare ad alcuni interrogativi circa l’evoluzione del diritto di famiglia e del diritto dei contratti. Se, come sopra si ricordava, le norme applicabili al consumatore, al piccolo imprenditore, al lavoratore, al soggetto economicamente in posizione di svantaggio, solo per citare gli esempi più eclatanti, trovano giustificazione nella sussistenza di un preciso *status*, categoria concettuale tipica del diritto di famiglia, questo appare più prudente e meno incline allo scambio, come se la cessione di spazi all’autonomia privata possa servire come strumento elusivo della solidarietà.

(44)Per una ricostruzione del tema e per un interessante confronto si veda A.Cilardo, Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano, ESI, Napoli, 2002, p.279 ss.; Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, “I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia”, in Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana, 5 Maggio 2005, consultabile sul sito http://host.uniroma3.it/pregetti/cedir/Eventi/MatrimCattol_Musulm.pdf; infine, A.Cilardo-F.Mennillo, Due sistemi a confronto. La famiglia nell’Islam e nel diritto canonico, Cedam, Milano,2009.

(45)Marella, Gli accordi tra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno, pagina telematica <http://www.giudit.it/documentiline/Marella-1.htm>, ma anche Rodotà, Il diritto privato nella società moderna, Bologna, 1971, p.211 ss.

Partendo dalla considerazione che, soprattutto nella fase applicativa, le norme vigenti nel nostro ordinamento in materia di separazione e divorzio, si prestano talora alla realizzazione di fenomeni distorsivi, molto lontani dal principio solidaristico, la proposta che qui si sottopone all'attenzione di chi legge sta proprio nel verificare se invece, attraverso un proficuo scambio, il diritto di famiglia possa mutuare qualche istituto, lasciare spazio allo strumento contrattuale, e così facendo percorrere strade diverse verso il raggiungimento di un equo contemperamento di interessi.

Questo soprattutto nel contesto sociale attuale, dove i temi del lavoro, della formazione, dell'educazione, dei ruoli, della gestione della vita familiare, non appaiono più utili per individuare in concreto la parte realmente più debole. Il rischio è quello di fare ricorso a categorie concettuali ormai desuete, a pregiudizi culturali sfibrati, mentre il tessuto sociale colpito dalla disgregazione del vincolo coniugale si impoverisce e la persona trova talora maggiore tutela nel suo *status* di consumatore piuttosto che come coniuge.

4. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Prospettive di armonizzazione del diritto di famiglia in ambito europeo.

Come è stato accennato nel capitolo precedente, dedicato alla ricostruzione in chiave comparata del tema dell'autonomia negoziale nell'ambito del matrimonio, i principi ispiratori di questo particolare settore del diritto di famiglia possono trovare espressione a livello costituzionale, come nel caso del nostro ordinamento, talora invece si deve ricorrere esclusivamente alle norme del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, come nel sistema francese, oppure guardare all'applicazione giurisprudenziale di un generalizzato *favor* verso le intese liberamente sottoscritte dai coniugi, come nel sistema tedesco ed in quello spagnolo. Ma il confronto con gli altri ordinamenti non può prescindere dal contenuto di un documento vincolante per tutti gli Stati membri della Comunità Europea, la "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"(46).

Tale normativa dedica un consistente numero di articoli al tema della famiglia, rispetto al quale il panorama europeo appare frammentato, per effetto di mutamenti del costume sociale, matrici culturali e religiose, fonti normative molto diverse a seconda dello stato membro in considerazione. Nel Preambolo della Carta si legge tuttavia che l'Unione Europea (secondo l'espressione dell'epoca) "pone la persona al centro della sua azione" e nel "rafforzare la tutela dei diritti fondamentali" e nel "promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile", anche attraverso la "libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali nonché della libertà di stabilimento", intende procedere "nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei (...), dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale", secondo il principio di sussidiarietà.

La Carta sancisce all'art.7 il diritto al rispetto della vita privata e familiare, senza neppure accennare ad una forse impossibile definizione uniformante, per poi distinguere, nel successivo art.9, il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

(46)Il riferimento è alla Carta di Nizza, 2000/C 364/01, pubblicata sulla GUCE del 18.12.2000.

Accanto al principio di non discriminazione per motivi di “sesso, razza, colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali”, di cui all’art.21 della Carta, il successivo art.23 ribadisce l’uguaglianza di genere e stabilisce che “la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione”, prevedendo l’impiego di c.d. politiche positive atte a favorire il genere che non gode di idonea rappresentazione. Analoga protezione “partecipativa” è riservata ai bambini, cui viene riconosciuto il diritto di esprimere liberamente la propria opinione ed il dovere degli adulti di prendere in considerazione tale manifestazione del pensiero “sulle questioni che li riguardano”. Tale diritto viene in considerazione anche rispetto agli “atti” (sarebbe stato più opportuno, nella versione italiana, tradurre come “azioni”) delle istituzioni pubbliche e private, chiamate a considerare come preminente “l’interesse superiore” del minore. Ma il comma terzo dell’art.24 della Carta individua un ambito ben preciso, che allude anche alle situazioni di rottura del vincolo di coppia, sancendo quello che potremmo definire, con termine mutuato dal diritto interno, il principio della “bigenitorialità”, come diritto a mantenere con regolarità rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, con il solo limite della non contrarietà all’interesse del minore(47).

Negli artt.33 e 34 della Carta la tutela della vita familiare si amplia e viene a sovrapporsi alle tematiche fondamentali del lavoro, del *welfare*, dei servizi finalizzati a garantire la piena compatibilità tra vita familiare e vita professionale, della sicurezza e dell’assistenza nelle situazioni di maggiore fragilità, derivanti dalla maternità, malattia, infortuni sul lavoro, vecchiaia, licenziamenti, mancanza di un’abitazione. L’obiettivo indicato è quello di “garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti”, per scongiurare il pericolo dell’esclusione sociale e della povertà.

(47)Sulla trasposizione del concetto nel diritto italiano e sul concetto di “bi genitorialità responsabile” a seguito della L.n.54/2006, sia consentito fare riferimento a I.Cenni, Dossier a cura di Cenni, Gentile, Maglietta : “Mantenimento dei figli : i modelli di calcolo – Strumenti statistici, applicazioni informatiche e previsioni normative”, in Famiglia e Minori, Ed. IlSole24ore, 2009, p.46 ss.

La Carta vincola gli Stati aderenti alla Comunità Europea alla piena applicazione, nell'ambito dei diversi ordinamenti, dei principi in essa contenuti, quindi anche nella disciplina del matrimonio, accanto agli altri istituti nevralgici del diritto della famiglia, quali la filiazione, l'adozione, la procreazione assistita, le forme "non convenzionali" di famiglia. La dottrina che ha approfondito la possibilità di giungere alla definizione di una "model family law" in ambito europeo, non ha potuto tacere la difficoltà di trovare uniformità nel nostro stesso ordinamento interno, dove il "matrimonio" è ad esempio qualificato da alcuni come negozio, da altri come contratto, da altri ancora come atto giuridico di particolare configurazione(48).

Sotto il profilo dei c.d. "family agreements" ed in particolare delle intese regolanti la fase patologica del matrimonio, come illustrato nel capitolo precedente, gli ordinamenti europei prevedono tendenzialmente delle discipline specifiche come per qualsiasi altro contratto ed, in ogni caso, l'applicazione della disciplina generale in materia. Il nostro ordinamento si discosta considerevolmente da questo modello e gli accordi conclusi dai coniugi in caso di separazione sono considerati "contratti atipici", validi solo se il loro contenuto aderisce perfettamente al provvedimento del giudice o se ne discosta in senso più favorevole per il coniuge ritenuto parte debole(49). I coniugi possono, quindi, validamente concludere contratti (atipici) relativi al trasferimento dei beni ed al mantenimento del coniuge e dei figli, ma tali accordi non potrebbero trovare pieno accoglimento e non sarebbero suscettibili di omologazione in sede giudiziale, se fossero stati conclusi prima o durante il matrimonio. Questo perché la giurisprudenza, sostenuta da buona parte della dottrina, ritiene ancora che i margini dell'autonomia coniugale siano sostanzialmente ristretti alla materia del regime patrimoniale (legale o convenzionale), del fondo patrimoniale, senza possibilità alcuna di regolamentare, al di fuori di questi schemi, l'assetto di interessi in caso di separazione e divorzio. La causa di questi contratti sarebbe da considerare illecita, in quanto in contrasto con il principio di libertà e non condizionabilità del matrimonio medesimo(50).

(48)Interessante la relazione di G.Alpa, *Future of family contracts, comparative law and European law*, predisposta per il seminario tenuto a Bruxelles il 12 Dicembre 2008, nel quale l'Autore illustra ad una platea internazionale le oscillazioni della dottrina italiana, citando G.B.Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e forma*, Rimini, 1987 e F.Galgano, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p.733 ss.

(49)Per tutte, ma l'argomento sarà oggetto di approfondimento nella parte II, Cass. 8 Novembre 2006, n.23801.

(50)Per tutte, richiamata da G.Alpa nel contributo cit. in nota 48, Cass.18 Febbraio 2000 n.1810.

Laddove la problematica della “marital freedom” non viene in considerazione, ed è il caso delle convivenze, l’ordinamento francese e quello spagnolo hanno scelto la strada della regolamentazione, mentre il nostro rigore sopra ricordato si dissolve completamente e la materia viene lasciata all’autonomia negoziale più assoluta, senza preoccupazione alcuna per la protezione del contraente debole o della formazione del consenso.

Le differenze di qualificazione e di disciplina tra i vari stati membri appaiono, ad oggi, ancora difficilmente superabili, sia con riguardo alla famiglia costituita da soggetti coniugati sia con riferimento alle altre forme di convivenza. In un contesto dove il principio di libera circolazione delle merci e delle persone è considerato cardine dello sviluppo comunitario, appare ancora di difficile soluzione l’individuazione di una disciplina uniforme per tutte le forme di famiglia, incluse quelle omogenitoriali e c.d. “ricostituite”(51).

In data 1° settembre 2001 è stata istituita, con l’obiettivo di superare questo panorama giuridico così differenziato, la “Commission on European Family Law -CEFL”, composta da esperti di diritto di famiglia e diritto comparato, provenienti da tutti gli Stati della Comunità. Il primo risultato che si attende da questa commissione, in vista dell’armonizzazione del diritto, consiste nell’individuazione dei Principi del Diritto di Famiglia Europeo, tra i quali è stata isolata la categoria dei “Principles regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses”, oggetto di un interessante report del 2004(52). Sono stati quindi pubblicati sul sito della Commissione i dati relativi al confronto tra i ventidue ordinamenti coinvolti nella ricerca, dallo studio dei quali sono stati individuati dieci principi condivisi in materia di divorzio e dieci in materia di mantenimento.

È stata in primo luogo sottolineata la tendenza verso una “sdrammatizzazione” del fenomeno divorzio, pur mantenendo elevato il livello di tutela dei figli e del coniuge più vulnerabile. Incontestato il favore verso forme consensuali di divorzio ed, in caso di disaccordo, l’individuazione di un semplice requisito, quello di un anno di separazione di fatto, senza necessità di indagare circa i contenuti della crisi coniugale. È stato altresì valorizzato il ruolo della libera negoziazione dei coniugi, i quali devono preferibilmente giungere alla conclusione di un “agreement” e, laddove necessario, adire il giudice (più in generale “competent authority”) per risolvere le questioni attinenti al mantenimento ed ai rapporti con i figli.

(51)Rilevante sulle problematiche personali e patrimoniali poste dalle famiglie che si formano dopo la separazione ed il divorzio, sugli “stepparents” e “stepchildren”, con un interessante confronto tra Italia e Inghilterra, G.Bilò, Dalla genitorialità biologica alla genitorialità sociale: il regime giuridico delle famiglie ricostituite in Italia e Inghilterra alla luce delle recenti riforme, in Studi in memoria di Bruno Carboni, Napoli,2010, p.45-74.

(52)K.Boele-Woelki et al., pubblicato sul sito <http://www.utrechtlawreview.org/Volume> I, Issue 2 (december)2005.

I risultati e le ricerche ancora in corso della CEFL sono indirizzati innanzitutto ad orientare gli operatori del diritto, ad indirizzare gli stati membri verso una progressiva sempre minore ingerenza nell'ambito familiare, allo scopo di valorizzare l'autonomia delle parti. Dalla lettura dei lavori della commissione sembra essere questa la strada da percorrere verso l'armonizzazione, contemperando l'autoregolamentazione con le esigenze di tutela dei soggetti ritenuti più deboli, da individuare di volta in volta, sulla base della fattispecie concreta.

L'impressione è che il nostro Paese, nonostante alcuni interessanti disegni di legge cui si farà cenno nella parte seconda, debba ancora superare la visione "tragica" del fenomeno della rottura del vincolo coniugale, per dedicare più risorse alla elaborazione e diffusione di schemi contrattuali, da utilizzare anche in via preventiva rispetto alla crisi. Seguendo questa strategia, diventerebbe imprescindibile anche intervenire sulla formazione dei professionisti che, a vario titolo, intervengono nel settore, per passare definitivamente, come anche la Comunità Europea sembra indicare, dalla separazione "drammatica" a quella "programmatica".

Parte II. GLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE. AMBITI ESSENZIALI DI APPLICAZIONE.

1.Dalla fase fisiologica alla crisi. I rapporti oggetto di regolazione.

Se si tenta di ricostruire gli ambiti di applicazione dell'autonomia coniugale, partendo dalla fase "fisiologica" dei rapporti tra i coniugi, le possibili espressioni si perdono nella vastità degli aspetti personali e patrimoniali delle vicende concrete. Appare utile, quindi, individuare i limiti esistenti e procedere attraverso le classificazioni tradizionali, nel tentativo di circoscrivere concettualmente una materia flessibile e mutevole. Per quanto attiene ai rapporti personali tra coniugi, il principio costituzionale dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi trova piena espressione nell'art.144 c.c., come novellato a seguito della riforma del 1975, nel quale viene sancita la regola dell'individuazione concordata degli obiettivi e degli orientamenti da seguire, attraverso l'esercizio anche disgiunto del potere attuativo(53).

Rispetto all'identificazione dell'ambito operativo di tali accordi, i confini sembrano essere essenzialmente due: da un lato i diritti della personalità, le "libertà fondamentali", del coniuge come individuo autonomamente portatore di esigenze, istanze, aspettative nell'ambito familiare; dall'altro le esigenze del gruppo, che il legislatore ha definito come "preminenti"(54).

Rispetto ai rapporti patrimoniali, oggetto di contributi dottrinali sicuramente più numerosi, è stato individuato un motivo di ampliamento dell'ambito di applicazione dell'autonomia negoziale coniugale nella L.n.218/1995, la riforma del diritto internazionale privato. L'art.30 della legge citata dispone che i rapporti patrimoniali tra coniugi siano regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali, ma la norma attribuisce anche alle parti la possibilità, mediante convenzione scritta, di regolare i rapporti patrimoniali secondo la legge dello Stato di cui almeno uno dei coniugi sia cittadino o nel quale almeno uno di essi risieda(55).

(53)Norma meritevole di approfondimento e oggetto di attenta analisi in P.Zatti, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, Trattato di diritto privato, a cura di Rescigno, II, Torino, 1982, p.73 ss.

(54)Interessante la lettura datane da S.Alagna, Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto, Milano, 1983, p.156 ss.; su problematiche attuali e di difficile definizione, ad esempio in materia di fecondazione assistita e gestione degli embrioni "soprannumerari", G.Ascone e L.Rossi Carleo, La procreazione artificiale: prospettive di una regolamentazione legislativa nel nostro paese, Napoli, 1986 e, più di recente, E.Quadri, Le tecniche di riproduzione artificiale tra diritto vigente e possibili opzioni legislative, in Foro nap., 1995, p.251 ss.

(55)Ai sensi dell'art.29 della L.218/1995 i rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune od, in caso di diverse cittadinanze, la legge dello Stato in cui "la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata". Si veda M.C.Andrini, L'autonomia negoziale dei coniugi nella riforma del diritto internazionale privato con particolare riguardo alla modifica delle convenzioni matrimoniali e dei patti conseguenti alla separazione consensuale, in Vit.not. 1996, p.3 ss.

Con riferimento al regime legale, alcuni interpreti hanno sottolineato l'incongruenza di fondo della riforma del 1975, la quale avrebbe individuato nella sostituzione del precedente regime di separazione dei beni con quello della comunione, il cardine del nuovo diritto di famiglia, per poi degradare tale disciplina come sussidiaria, operante in mancanza di diversa determinazione⁽⁵⁶⁾. Sullo strumento della convenzione si è concentrata l'attenzione del notariato, stante i requisiti di forma indicati dall'art.162 c.1 c.c., ed altrettanto approfondita è stata l'analisi sul profilo dell'inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio, di cui all'art.160 c.c.. La dottrina sul punto ha tendenzialmente preferito attribuire a queste convenzioni una funzione "programmatica" piuttosto che immediatamente dispositiva⁽⁵⁷⁾ e la valorizzazione normativa del potere di autoregolamentazione convenzionale e bilaterale degli interessi non ha impedito le riflessioni circa i residui margini di autonomia unilaterale⁽⁵⁸⁾.

Altrettanto ricche riflessioni si sono registrate sulla configurabilità di convenzioni matrimoniali atipiche, guardate con sospetto soprattutto da chi ha dubitato che i coniugi siano legittimati, ai sensi degli artt.1322 c.c. e 210 c.c., a creare anche "regimi patrimoniali atipici"⁽⁵⁹⁾.

(56)Si veda V.Carbone, Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi), nota a Cass. 22 gennaio 1994, n.657, in Fam. e dir., 1994, p.141 ss. e M.R.Morelli, Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia, in Fam. e dir., 1994, p.104 ss.

(57)G.Oberto, Le convenzioni matrimoniali: Lineamenti della parte generale, in Fam. e dir., 1995, p.596 ss.

(58)Il riferimento è alla problematica del "potere di rifiuto del coacquisto ex lege", come potere unilaterale di autoregolamentazione in grado di "limitare l'efficacia soggettiva dell'atto di acquisto di beni in regime di comunione legale nei confronti del solo coniuge acquirente", ammesso nella nota Cass., 2 Giugno 1989 n.2688, in Foro it., 1990, I, c.608 ss., con nota di F.Parente, Il preteso rifiuto del coacquisto "ex lege" da parte di coniugi in comunione legale.

(59)Sul punto C.Donisi, Limiti all'autoregolamentazione degli interessi, in Rassegna di diritto civile, diretta da P.Perlingieri, Napoli, 1997, p.512 ss., che ha ritenuto fragile la tesi a sostegno dell'ammissibilità di convenzioni matrimoniali atipiche basata sui lavori preparatori della riforma, in particolare sul mancato accoglimento del c.d. "Emendamento Morvidi", non incluso nel testo finale della riforma, che prevedeva la nullità di "ogni convenzione diversa da quelle previste" nel Capo riservato al regime patrimoniale della famiglia. Attribuiva invece rilevanza alla circostanza E.Roppo, Convenzioni matrimoniali, in Enc.giur.Treccani, IX, Roma, 1988, p.3.

Ugualmente accesi i dibattiti circa i limiti dell'autonomia negoziale nell'istituto del fondo patrimoniale, avente intrinseca attitudine, secondo alcuni, all'impiego indiscriminato per finalità talora abnormi⁽⁶⁰⁾(61).

Volendo sintetizzare e superare la complessità che l'analisi di taluni profili disvela, è possibile affermare, sulla scorta della dottrina oggi prevalente, che la natura negoziale degli accordi sull'indirizzo della vita familiare non può superare alcune peculiarità. In primo luogo l'incoercibilità dei comportamenti concordati ed in secondo luogo il permanere di spazi di libera determinazione, rispetto sia agli aspetti strettamente attinenti alla sfera individuale sia alle questioni di rilevanza marginale. L'art.145 c.c. ritaglia infatti al giudice un ruolo ben preciso, in caso di disaccordo circa la fissazione della residenza e di "altri affari essenziali", disposizione oggi riletta alla luce dell'istituto della mediazione familiare e delle sollecitazioni, provenienti dal diritto comunitario, verso la valorizzazione degli strumenti tendenti alla gestione non più eteronoma del conflitto⁽⁶²⁾.

Rispetto ai diritti e doveri reciproci dei coniugi, l'art.143 c.c. certamente non enumera nel secondo comma un numero chiuso di rapporti personali intangibili, quanto piuttosto delinea un "contenuto minimo che testimoni la serietà dell'impegno assunto" attraverso il vincolo matrimoniale⁽⁶³⁾. Sarà la libera determinazione dei coniugi, secondo il principio dell'accordo, ad individuare di volta in volta il contenuto di tali diritti ed obblighi, senza una sanzione diretta se non in termini di addebitabilità della separazione, unico rimedio esperibile avverso il mancato rispetto delle determinazioni concordate o nel caso, ancor più radicale, di mancata osservanza del principio di definizione condivisa dell'indirizzo familiare.

(60)Sul punto C.Donisi, op. cit. in nota 59, p.513; per un giudizio positivo sull'istituto T.Auletta, Il fondo patrimoniale, artt.167-171, in Cod.Civ.Commentato Schlesinger, Milano, 1992, p.12 e, più di recente e con riferimenti alla giurisprudenza, F.Michelotti-A.Rossi, Il fondo patrimoniale, strumento di difesa e presidio del patrimonio familiare, Napoli, 2010, p.21 ss., dove si concorda con la dottrina e la giurisprudenza dominanti, le quali riconducono l'istituto alla categoria delle convenzioni matrimoniali.

(61)Sulla natura del fondo patrimoniale e sull'annotazione a margine dell'atto di matrimonio al fine dell'opponibilità ai creditori, si veda Cass.Civ.S.U., 13 Ottobre 2009 n.21658, con nota di G.Ridella, Cor.Giur.,12/2012, p.1612.

(62)Il riferimento è al Libro Verde della Commissione Europea del 19 Aprile 2002, in L.Rossi Carleo, E.Bellisario, V.Cuffaro, Famiglia e successioni, Le forme di circolazione della ricchezza, Torino, 2009, p.45 ss.

(63)Così in L.Rossi Carleo, E.Bellisario, V.Cuffaro, op.cit. in nota 61, p.46.

Rispetto a tali comportamenti, il diritto dei contratti resta sullo sfondo e l'ordinamento offre lo strumento, ancora non pienamente valorizzato, degli ordini di protezione contro gli abusi familiari, di cui agli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., unitamente alla tutela in sede penale per il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare, la cui configurabilità può fondare la richiesta di riparazione del danno non patrimoniale, ai sensi dell'art. 2059 c.c.(64).

Per quanto concerne i rapporti patrimoniali, l'art. 143 c.3 c.c., applicazione del principio di solidarietà nell'ambito familiare, descrive l'obbligo di contribuzione di ciascun coniuge rispetto ai bisogni della famiglia "in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo". Quello che viene definito "regime patrimoniale primario", volto al soddisfacimento dei c.d. bisogni essenziali della famiglia, trova poi concreta espressione secondo le modalità individuate dalla libera determinazione delle parti, le quali sono chiamate a concordare la concreta attuazione. Rispetto agli obblighi personali, quelli aventi contenuto patrimoniale trovano tutela in forma specifica in caso di inadempimento, ai sensi dell'art. 2930 c.c.(65).

Al di là della bipartizione tra accordi sui rapporti personali e patrimoniali, come sopra brevemente descritti, un settore d'indagine forse non ancora compiutamente esplorato è rappresentato dagli accordi raggiunti in sede di separazione personale, quando l'autonomia negoziale perde terreno in favore del diritto che "entra concretamente in gioco"(66). Le diverse letture date dalla dottrina al fenomeno sono sostanzialmente riconducibili a due modi di interpretare l'istituto della separazione, come strumento potenzialmente conservativo del vincolo, quantomeno sino al divorzio, oppure come passaggio preventivo e necessitato verso lo scioglimento in via definitiva. Del tutto assente, invece, una terza chiave di lettura, che possa rintracciare nella fase di separazione personale nient'altro che una particolare espressione della vita familiare, caratterizzata dalla sopravvivenza del principio dell'accordo, un'ultima propaggine di esso. Non vi è dubbio, infatti, che anche le decisioni prese nel periodo della crisi abbiano una inevitabile incidenza sulla vita familiare, che non si interrompe durante la crisi, ma sopravvive, nonostante tutto.

(64)Interessante il nuovo orientamento, sotto il profilo della risarcibilità del danno alla salute, conseguente alla violazione dell'obbligo di fedeltà, da configurarsi autonomamente rispetto alla richiesta di addebito della separazione, nella recente pronuncia della Cass. Civ. Sez.I , n.18852/2011, che ha ammesso tale ristoro, negato nei precedenti gradi di giudizio.

(65)Il coniuge inadempiente può essere condannato a corrispondere le somme dovute a titolo di contributo al soddisfacimento dei bisogni primari della famiglia. Su questo e sulla eventuale rilevanza esterna dell'obbligo di contribuzione, ricorrono al principio del legittimo affidamento come tutela per i creditori L.Rossi Carleo, E.Bellisario, V.Cuffaro, op.cit. in nota 61, p.48.

(66)L'immagine è di R.Nicolò, nella ricostruzione offerta da G.B.Ferri, Il diritto statuale e il suo doppio, in Oltre il diritto a cura di M.Costanza, Padova, 1994, p.28.

La gestione delle problematiche quotidiane, il compimento di determinate scelte, l'esigenza di soddisfare bisogni e richieste dei suoi componenti, non consente certamente alla famiglia di "sospendere il giudizio". Le difficoltà emotive dei soggetti coinvolti sono sovente acuite da una lettura della separazione personale, diffusa anche tra gli operatori giuridici del settore, come inevitabile fase di "deregulation", di allarmante incertezza su chi debba agire e chi debba astenersi dal farlo, su quale coniuge debba affrontare i costi ed in quale misura, esattamente come se una precedente gestione fisiologica dei rapporti e delle relazioni non sia mai esistita.

La dottrina si è profusa nello studio delle modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento, degli accordi aventi ad oggetto vicende traslative, oscillando tra i due poli della corrispettività e della liberalità, con le conseguenti riflessioni attinenti al profilo causale. Sono state impiegate, quindi, le figure della transazione "mista" o "complessa", del pagamento traslativo e del negozio "a causa esterna", sino ad accennare alla possibilità di individuare una causa tipica, propria dei "contratti di definizione della crisi coniugale"(67), aspetti approfonditi nella parte terza della presente ricerca.

Di fronte ad accordi così particolari, per natura e funzione, alcuni hanno concluso escludendo la stessa possibilità di una visione unitaria dell'autonomia negoziale familiare, principalmente per la difficoltà connessa alla coesistenza di aspetti patrimoniali e personali, sia nella fase fisiologica che in quella patologica del rapporto di coniugio(68).

Tuttavia, la riforma del 2006 che ha portato alla riscrittura degli artt.155 ss. c.c., sembra poter offrire all'interprete alcuni elementi, dai quali desumere la volontà di valorizzazione del potere di autoregolamentazione dei coniugi, anche nella fase patologica del rapporto, con l'obiettivo precipuo di garantire tutela anche ai soggetti più vulnerabili, primi tra tutti i figli, titolari del diritto ad una prosecuzione equilibrata e continuativa dei rapporti con entrambi i genitori ed i rami parentali. L'idea che la separazione personale non debba essere considerata come una cesura ma possa essere oggetto di organizzazione, come una qualsiasi altra fase della vita familiare, sembra poter trovare timidamente dimora nel nostro ordinamento.

(67)Sul punto G.Oberto, I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione di separazione e divorzio, in Fam. e dir., 1995, p.159 ss.; sui riferimenti alla transazione, per tutti, E.Del Prato, La transazione, Milano,1992, p.29 ss.

(68)Illustra questa difficoltà C.Donisi, op.cit. in nota 59, p.523, dove l'Autore distingue tra "accordi", aventi ad oggetto i rapporti personali, e "convenzioni", termine usato dal legislatore per gli atti disciplinanti aspetti patrimoniali. I primi non sono soggetti a vincoli formali, mentre i secondi richiedono la forma solenne. Nonostante l'affermazione circa il permanere dei valori di cui agli artt.29 Cost. e 144 c.c., l'Autore non individua negli accordi della separazione una proiezione verso la promozione degli interessi della famiglia, rinvenibile nelle intese della fase fisiologica, e per questo dubita che possano essere indagati unitariamente.

Non sembra quindi da sottovalutare l'inciso contenuto nel comma 4 dell'art.155 c.c., di non felice collocazione all'inizio del periodo, essendo riferito non al principio di proporzionalità nella contribuzione, ma alla libera individuazione da parte dei coniugi separandi dei criteri da seguire per provvedere al mantenimento dei figli. Il ruolo del giudice appare circoscritto ai casi di mancato accordo e, solamente "ove necessario", all'individuazione di un assegno perequativo, ugualmente ispirato al principio della proporzionalità, attraverso l'utilizzo di alcuni criteri-guida.

Il nuovo ruolo assegnato al giudice, sempre meno regolatore e sempre più assimilabile alla figura notarile, è individuabile agevolmente anche nel testo dell'art.155 *sexies* c.c., nella sua travagliata versione finale, dove è disciplinato l'istituto del rinvio per consentire ai coniugi, che abbiano espresso il proprio consenso, di giungere ad una auto-regolamentazione della loro separazione, con l'ausilio degli strumenti forniti da non ben precisati "esperti". Al di là delle incertezze terminologiche, ciò che appare rilevante è lo spazio riconosciuto, anche in questa fase, al principio del consenso, che continua a sorreggere come un sottile filo conduttore anche le vicende della crisi del rapporto coniugale. Le parti, pur confliggenti, sono comunque sollecitate dal giudicante, o quantomeno dovrebbero esserlo, a ricercare soluzioni negoziali al di fuori della sede processuale, al fine del raggiungimento di un accordo, qui ancor più evidentemente funzionalizzato alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

Appare evidente, quindi, come in questo momento il principio dell'accordo, cui si è fatto cenno più volte nella parte I, assuma un significato specifico e nuovo. Sembrerebbe da superare l'idea di accordo come risultato, in una fase nella quale i coniugi si trovano di fronte al giudice nel momento del conflitto evidente ed istituzionalizzato. Il possibile significato attribuibile all'espressione utilizzata nell'art.155 *sexies* c.c. sembra essere allora quello di accordo, come metodo da seguire nell'iter decisionale, non "con-sentire" ma "con-venire", a sottolineare l'aspetto dinamico insito nel concetto stesso di negoziazione, come attività tendente alla confluenza del volere. In questo senso la "contrattualizzazione" della crisi coniugale non sembra poter configurare una minaccia, soprattutto per come trova espressione oggi il diritto dei contratti, nel quale le tematiche della protezione del contraente debole, del riequilibrio delle prestazioni, della neutralizzazione dei pericoli attinenti alla fase della formazione del consenso medesimo, della funzione protettiva svolta dal principio dell'abuso del diritto, convergono verso un impiego "giusto" dello strumento contrattuale(69).

(69)Parla criticamente di "utopia illuministica", citando l'espressione "qui dit contractuel dit juste", C.Donisi, op. cit. in nota 59, p.529, il quale sottolinea l'esigenza che i contraenti si trovino in posizione di effettiva e sostanziale parità.

2. La casa familiare. Assegnazione in sede giudiziale e attribuzione negoziale.

Uno degli argomenti più delicati della crisi coniugale è certamente rappresentato dalla “sorte” della casa familiare, il luogo di svolgimento della vita matrimoniale nella fase fisiologica del rapporto. Sul punto è intervenuta, suscitando non poche perplessità, la riforma del 2006, con l'introduzione dell'art.155 *quater* c.c. Ai sensi della disposizione citata, il diritto di godere della casa familiare “è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli” e dall'assegnazione derivano conseguenze sul piano della disciplina dei rapporti patrimoniali tra i coniugi separandi, anche alla luce del diritto di proprietà sull'immobile. L'assegnazione è tuttavia revocabile qualora l'abitazione non venga effettivamente utilizzata come stabile dimora, si realizzi una convivenza *more uxorio*, venga contratto un nuovo matrimonio da parte del soggetto che ha ricevuto tale attribuzione. Infine, la disposizione precisa che il provvedimento di assegnazione e di revoca della casa familiare può essere trascritto, con efficacia di pubblicità dichiarativa e, quindi, di opponibilità rispetto ai terzi.

Prima dell'intervento di riforma, il riferimento al diritto di abitare nella casa familiare, riservato di preferenza e ove fosse possibile al coniuge affidatario dei figli, era succintamente contenuto nel comma quarto dell'art.155 c.c., dichiarato costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede(va) la trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione dell'abitazione nella casa familiare al coniuge affidatario della prole, ai fini della opponibilità ai terzi”(70).

I parametri attuali per ottenere il riconoscimento da parte del giudice del diritto di abitare nella casa familiare sono, quindi, essenzialmente due: la sussistenza di un nesso tra l'assegnazione e l'interesse dei figli e, in secondo luogo, la coincidenza tra l'abitazione ed il luogo degli affetti, interessi e consuetudini del nucleo familiare durante la fase fisiologica del matrimonio(71). Tuttavia, il diritto di abitare nella casa familiare può parimenti essere oggetto dell'accordo dei coniugi in separazione consensuale, in intese non ancora omologate ed in sede di divorzio su domanda congiunta. La patrimonialità della prestazione dedotta porta a ritenere condivisibile la collocazione nell'ambito della disciplina contrattuale(72).

(70)Corte cost., sent. 27 Luglio 1989 n.454, che individua il *tertium comparationis* per addivenire al giudizio di incostituzionalità l'art.6 c.6 L.div., come modificato dall'art.11 L.74/1987, dove invece si parla di “assegnazione”.

(71)Tra le più recenti, Cass. Civ. Sez.I, 4 Luglio 2011 n.14453.

(72)Così in G.Oberto, I contratti della crisi coniugale, II, Milano, 1999, p.875 ss.

Prima dell'introduzione del comma quarto dell'art.155 c.c., a seguito della riforma del 1975, non era espressamente attribuito al giudice il potere di procedere con l'assegnazione ad uno dei coniugi, circostanza che divideva le posizioni di dottrina e giurisprudenza circa l'ammissibilità dei provvedimenti attributivi del diritto di abitazione, mentre si concordava sulla validità di una assegnazione negoziale, in sede di separazione consensuale, richiamando i canoni interpretativi del contratto⁽⁷³⁾. Restava, anche dopo l'intervento sopra ricordato della Corte Costituzionale, il discrimine tra assegnazione in sede giudiziale ed in sede di separazione consensuale, rappresentato dalla opponibilità ai terzi del solo "provvedimento giudiziale" di assegnazione, stante l'espressione usata dalla Corte nella declaratoria di incostituzionalità, che si riferiva alle sole attribuzioni *iussu iudicis*. Tuttavia, il nodo interpretativo appare definitivamente risolto con l'art.155 quater c.1 c.c., come modificato dalla L.54/2006, dove il riferimento ai fini della trascrivibilità e opponibilità è semplicemente al "provvedimento di assegnazione".

Tralasciando la completa ricostruzione del ricco dibattito dottrinale circa la natura del diritto di abitazione della casa familiare⁽⁷⁴⁾, appare preferibile, per esigenze di sintesi, semplicemente ricordare l'oscillazione tra la tesi della natura reale dell'istituto e quella della sua natura obbligatoria, con l'affermazione conseguente dell'opponibilità rispetto ai terzi solo nel primo caso. Il dibattito ha visto prevalere la classificazione come "diritto personale di godimento (...) a titolo di mantenimento dovuto ai figli ex art.155 o al coniuge ex art.156"⁽⁷⁵⁾, accolta anche dalla giurisprudenza a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso⁽⁷⁶⁾.

Rispetto alla delicata questione dell'opponibilità al terzo avente causa dal coniuge non assegnatario, la Corte di Cassazione è stata poi chiamata ad un'analisi ben più articolata del diritto previsto dall'art.155 c.4 c.c., nella formulazione introdotta dalla riforma del 1975. Sul punto la Corte ha chiarito la natura personale del diritto di abitare la casa familiare, "quale modalità di attuazione dell'obbligo di mantenimento"⁽⁷⁷⁾, con la riconfermata esclusione dell'opponibilità ai terzi aventi causa dal coniuge proprietario dell'immobile.

(73)Rispetto all'ammissibilità del provvedimento di assegnazione ante riforma si veda Cass. 30 Ottobre 1951 n.2612, DE, 1952, I, 52 e Cass. 8 Aprile 1974, n.974, GC, 1974, I, 1441; circa la validità dell'attribuzione negoziale si veda Cass. 12 Giugno 1963 n.1594, GC, 1963, I, 2401.

(74)Ricostruisce la storia dell'istituto G.Oberto, op. cit. in nota 72, p.879 ss.

(75)L'espressione è di A.Jannarelli, L'assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi, FI, I, 1981, 1382-1393.

(76)Si veda Cass. 6 Luglio 1978 n.3344, DFP, 1978, 1202; Cass.23 Giugno 1980 n.3934,DFP, 1980, 1121; Cass. 9 Dicembre 1983 n.7303, FI, 1984, I, 419.

(77)Si veda Cass. 31 Gennaio 1986 n.624 e Cass. 16 Ottobre 1985 n.5082, FI, 1986, I, 1317.

La tesi è stata confermata addirittura anche dopo la modifica, apportata nel 1987, dell'art.6 c.6 L.div., che ha esplicitamente sancito l'opponibilità verso i terzi del diritto in questione, identico per struttura e contenuto a quello di cui all'art.155 c.c., oggi 155 quater c.c.(78). La giurisprudenza di legittimità ha continuato poi ad essere fedele alla tesi del carattere personale e dell'inopponibilità, nonostante la citata sentenza della Corte Costituzionale del 27 Luglio 1989 n.454 avesse sancito l'opponibilità dell'assegnazione, avvenuta in sede di provvedimento giudiziale di separazione(79).

La tesi della dottrina minoritaria, che invece ammetteva l'opponibilità del diritto di abitazione, pur avente carattere personale, ricorrendo all'applicazione analogica dell'art.1599 c.c. in materia di locazione, non trovava riconoscimento neppure nella sentenza della Corte di Cassazione del 28 Marzo 1990 n.2529, di tre anni successiva alla modifica dell'art.6 della Legge sul divorzio, sopra ricordata, che a tale disposizione opera espresso rinvio(80). In tale pronuncia la Corte negava l'applicazione analogica dell'art.1599 c.c., invocata dal coniuge assegnatario che, pur non avendo trascritto, affermava l'opponibilità nel novennio, stante il carattere eccezionale della disposizione, per nulla assimilabile al diritto nascente dall'assegnazione della casa familiare(81).

Recependo la dottrina prevalente(82), le Sezioni Unite della Cassazione hanno infine risolto l'annosa questione solo in tempi recenti, stabilendo che, ai sensi dell'art.6 c.6 L.div., applicabile anche in tema di separazione personale, il provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare al coniuge affidatario, avente data certa, sia da ritenere opponibile anche se non trascritto, per nove anni dalla data dell'assegnazione, ovvero anche oltre i nove anni qualora sia stata effettuata la trascrizione del titolo(83).

(78)Il riferimento è a Cass. 5 Luglio 1988 n.4420, DFP, 1988, 1650.

(79)In Cass. 22 Novembre 1993 n.11508, VN, 1994, 765, si legge che "il diritto riconosciuto al coniuge, non titolare di un diritto di proprietà o di godimento, sulla casa coniugale, con il provvedimento giudiziale di assegnazione di detta casa in sede di separazione o divorzio, ha natura di diritto personale di godimento e non di diritto reale, essendo i modi di costituzione di questi ultimi tassativamente ed espressamente previsti dalla legge, e non rientrando tra essi un provvedimento del genere".

(80)Il riferimento è a Jannarelli, op.cit.

(81)Cass. 28 Marzo 1990 n.2529, DFP, 1991,73.

(82)Tra tutti A.Trabucchi, Il nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma, RDC, II, 1987, 125-142; M.Dogliotti, La separazione giudiziale, in Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G.Bonilini e G.Cattaneo, I, Famiglia e matrimonio, Torino, 1997, 474 ss.

(83)Cass. S.U. 26 Luglio 2002 n.11096, conf. Cass. 2 Aprile 2003 n.5067.

Chiariti, per quanto possibile, alcuni interrogativi di fondo, sui quali la dottrina si è a lungo interrogata ed ha trovato poi faticosamente riflesso nella giurisprudenza di legittimità, resta il quesito relativo alle manifestazioni di autonomia negoziale riferite all'attribuzione della casa familiare. La tesi più condivisibile, affermata ancor prima dell'eliminazione del termine "giudiziale" dalla locuzione "provvedimento di assegnazione" di cui all'art. 155 *quater* c.c. oggi vigente, propende per l'opponibilità del diritto in questione anche in relazione alle assegnazioni contenute nelle separazioni consensuali e nei divorzi su domanda congiunta⁽⁸⁴⁾.

Volendo estendere tali considerazioni alle forme di attribuzione negoziale del diritto di abitazione della casa coniugale, operate nelle sedi stragiudiziali, la necessità di eseguire la formalità della trascrizione del titolo appare ancor più stringente, soprattutto qualora i coniugi convengano di attribuire il diritto al coniuge convivente con la prole, che non raggiunga la maggiore età o l'indipendenza economica nel novennio. Considerando che l'art.155 *quater* c.c. opera rinvio espresso all'art.2643 c.c., ma l'art.2657 c.c. richiede, ai fini della trascrizione, che la volontà negoziale si sia espressa nelle forme della sentenza, atto pubblico e scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, non sembrano certamente poter godere dell'opponibilità rispetto ai terzi le intese raggiunte verbalmente o per fatti concludenti, nell'ambito di mere separazioni di fatto.

Analogamente non potrebbe ottenere la tutela richiamata l'accordo concluso tra i coniugi separandi in sede di mediazione familiare, dove le parti sottoscrivono delle mere scritture private prive di data certa, fonti al più di diritti di credito reciproci. Anche qualora i coniugi decidessero di formalizzare le proprie intese nelle forme della mediazione di cui al D.Lgs.28/2010, l'accordo allegato al processo verbale di mediazione, ai sensi dell'art.11 c.1 e 3 del citato decreto, non avrebbe in ogni caso i requisiti di forma necessari ai fini della trascrizione. L'unica possibilità sarebbe, dunque, quella di far autenticare dal notaio o da "pubblico ufficiale a ciò autorizzato" le firme contenute nell'accordo, per poter procedere poi alla trascrizione⁽⁸⁵⁾.

(84)Il riferimento è soprattutto all'analisi di G.Oberto, op.cit. il quale argomenta da Cass. 27 Maggio 1995 n.5902, FI, 1996, I, 184.

(85)Tra i primi commenti sull'istituto, si veda A.Iannini, Guida alla nuova mediazione e conciliazione, Commento sistematico al D.Lgs.28/2010 e al D.M.180/2010, Nuova Giuridica, Avellino, 2010, p.75 ss., la quale però non rileva alcuna incongruità nel testo in commento.

La soluzione prospettata, riguardante un'ipotesi di mediazione facoltativa, non essendo ricompresa la materia della famiglia nell'art.5 del citato decreto, non può esimere chi scrive dal rilevare l'incongruenza tra il primo ed il terzo comma dell'art.11 sopra indicato, dovuta al dato letterale piuttosto confusivo, fonte di incertezze e prassi operative assai differenziate. Nel primo comma, infatti, il legislatore descrive un processo verbale cui viene allegato il testo dell'accordo raggiunto dalle parti. Poi, nel terzo comma, la disposizione richiede che il processo verbale venga sottoscritto dai contraenti e dal mediatore, il quale ha il compito di certificare l'autografia delle firme apposte. Nel successivo periodo si disciplina l'ipotesi di un accordo riconducibile a quelli previsti dall'art.2643 c.c. e, al fine di procedere con la trascrizione di tale documento, viene richiesto che la sottoscrizione del processo verbale sia autenticata dal pubblico ufficiale. La confusione tra i due documenti appare palese e sembra invece opportuno precisare come il contenuto rilevante ai fini della trascrizione sia quello trasfuso nell'accordo, sottoscritto dalle sole parti, e non il processo verbale, sottoscritto sia dalle parti che dal mediatore per autentica.

Resta da chiarire come in sede di accordi, anche in via preventiva, regolanti la separazione personale od il divorzio, possano coesistere l'assegnazione dell'immobile e le conseguenze derivanti dallo scioglimento della comunione. Può infatti accadere che la casa familiare, caduta in costanza di matrimonio in comunione legale o convenzionale, venga a transitare nella comunione ordinaria, derivante dallo scioglimento del regime patrimoniale precedente alla separazione personale⁽⁸⁶⁾. Se la giurisprudenza di legittimità ha saputo fin da subito cogliere che "la disciplina dell'assegnazione prescinde dall'appartenenza dei beni alla comunione; talchè appare evidente che i due istituti operano su piani diversi"⁽⁸⁷⁾, la giurisprudenza di merito ha quasi uniformemente rilevato l'incompatibilità tra l'assegnazione in favore di un coniuge e l'eventuale divisione del bene in comunione ordinaria⁽⁸⁸⁾. La motivazione è stata a lungo individuata in un *pactum de non petendo* implicitamente contenuto nell'assegnazione negoziale della casa familiare, in virtù del quale il coniuge che rinuncia ad utilizzare l'immobile si obbliga parimenti a non limitare in alcun modo il libero godimento da parte del soggetto assegnatario.

(86)La più attenta indagine sul punto in L.Rossi Carleo, Cause di scioglimento della comunione, in La comunione legale, a cura di C.M.Bianca, II, Milano, 1989, p.863 ss.

(87)La citazione è tratta da Cass. Sez.I, 9 Dicembre 1983 n.7303, FI, 1984, I, 419.

(88)Tra tutte, Trib.Roma 4 Aprile 1985, TR, 1985, 963 e Trib.Monza 24 Ottobre 1991, GC, 1992, I, 539.

Il pericolo sottolineato dalla giurisprudenza di merito era rappresentato dal fatto che la domanda di divisione e alienazione del bene avrebbe comportato la perdita della detenzione da parte del coniuge beneficiario⁽⁸⁹⁾, senza contare che l'assegnazione era tale da imprimere sull'immobile un vincolo di "destinazione d'uso" incompatibile con la divisione, ai sensi dell'art.1112 c.c.⁽⁹⁰⁾. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità non ha seguito tale orientamento ed ha tendenzialmente riconosciuto ammissibile la domanda di divisione di immobile in comproprietà, attribuendo, qualora fosse opportuno nel caso concreto, l'intero immobile al coniuge assegnatario in sede di separazione, come parziale contributo al mantenimento⁽⁹¹⁾. Successivamente, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, anche la giurisprudenza di merito ha aderito a tale tesi, iniziando così ad accogliere le domande di divisione rispetto ad immobili assegnati ad uno dei coniugi⁽⁹²⁾.

Rispetto alle possibili intese concluse oggi sul punto, considerando le riflessioni sopra descritte circa l'opponibilità ai terzi, non sembrano sussistere limitazioni particolari. L'assegnazione dell'immobile al coniuge che non sia proprietario non preclude certamente all'altro di disporre del proprio diritto di proprietà, anche alienando il bene, e parimenti non è possibile impedire al coniuge comproprietario di esercitare il diritto potestativo di cui all'art.1111 c.c.⁽⁹³⁾. I coniugi possono, quindi, pattuire la divisione in natura dell'immobile, ove possibile, oppure l'assegnazione ad uno dei due in caso di indivisibilità, infine la vendita, non incompatibile con l'eventuale assegnazione del diritto di abitare nell'immobile, opponibile al coniuge così come ai terzi.

Premesso quindi quanto sopra precisato circa forma e opponibilità, nelle auspicabili manifestazioni dell'autonomia coniugale rispetto al tema fondamentale delle sorti della casa familiare, appare opportuno che le parti esplicitino, ove decidano di procedere con l'assegnazione, tempi e modalità di una eventuale successiva divisione. In alternativa, il coniuge non assegnatario potrebbe anche espressamente rinunciare al diritto potestativo di richiedere lo scioglimento della comunione rispetto all'immobile, in ogni caso per un periodo non superiore ai dieci anni, ai sensi dell'art.1111 c.2 c.c..

(89)Con l'ulteriore problema, quando ancora non si parlava di trascrizione del provvedimento di assegnazione, che "il vincolo di destinazione, avente natura obbligatoria, non è pubblicizzato mediante trascrizione o annotazione, e non sarebbe per ciò opponibile ai terzi acquirenti", Trib.Roma, 4 Aprile 1985, cit. in nota 88.

(90)Tra tutte, Trib.Monza, 21 Aprile 1989, GC, 1989, I, 2199.

(91)Si veda Cass.Sez.I, 18 Agosto 1981, n.4938.

(92)Emblematica l'apertura in Trib.Bologna 27 Ottobre 1992, VN, 1994, 1141.

(93)Sul punto E.Quadri, Famiglia e ordinamento civile, Torino, 1997, p.295.

Qualora, invece, il coniuge dovesse riservarsi il futuro esercizio del diritto di chiedere la divisione, nell'accordo potrebbe essere regolamentata l'eventuale misura della contribuzione, sotto forma di aumento del mantenimento dovuto, per consentire al coniuge economicamente più debole di sostenere i costi di una nuova soluzione abitativa. Inevitabilmente, quindi, il tema dell'assegnazione della casa familiare e del mantenimento trovano reciproche interferenze, disciplinate nelle linee essenziali dall'art.155 quater c.c. in presenza di figli minori o non economicamente autosufficienti, oppure lasciate all'autonomia negoziale dei coniugi od alla discrezione del giudice nei casi di assenza di figli minori o maggiorenni conviventi. Se il legislatore non ha inteso, effettivamente, disciplinare espressamente i criteri di assegnazione della casa coniugale in questa seconda ipotesi, non appare tuttavia condivisibile ritenere che il giudice non sia legittimato, in caso di contrasto sull'assegnazione dell'immobile in comproprietà, a decidere discrezionalmente sull'assegnazione, favorendo il coniuge che non abbia adeguati redditi propri⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾. Nell'ipotesi invece di coniugi con analoghe condizioni economiche il giudice può legittimamente lasciare alle parti la disciplina della materia, come tra semplici comproprietari del bene immobile, i quali possono, in caso di conflitto, chiedere la divisione dopo lo scioglimento della comunione conseguente alla sentenza di separazione.

(94)Interessante la riflessione contenuta in Cass.Sez.I, 28 Gennaio 1998 n.822.

(95)Conformemente alla tesi prospettata, rispetto a coniugi comproprietari ed in presenza di consistente divario reddituale, il giudice ha proceduto comunque all'assegnazione in favore del soggetto più debole, in Trib.Roma, ord. 17 Aprile 2012.

3. Il mantenimento. I negozi determinativi dell'obbligo legale.

Rispetto al tema dei c.d. alimenti, disciplinati negli artt.433 ss. c.c., la sussistenza di un obbligo legale inderogabile non ha impedito alla dottrina ed alla giurisprudenza di concordare sulla loro determinabilità in via negoziale⁽⁹⁶⁾. Se ai sensi dell'art.447 c.c. tale diritto viene definito incedibile, in quanto finalizzato al soddisfacimento esclusivo dei bisogni del titolare, tuttavia l'obbligo che ne deriva può essere oggetto di una sentenza o di una convenzione tra i soggetti interessati. Secondo la classificazione operata dalla giurisprudenza, in entrambi i casi si manifesta un' "attività negoziale determinativa di obblighi legali", i cui risultati finali (sentenze o accordi) sono condizionati dalla sussistenza di due elementi: il permanere di una determinata situazione di fatto accertata, secondo il principio *rebus sic stantibus*, e l'intrinseca conformità di tale situazione rispetto al contenuto dell'obbligo legale. Da tali caratteristiche deriva l'efficacia c.d. debole dell'attività negoziale determinativa, sottoposta al controllo del giudice eventualmente chiamato ad una sua modificazione ed integrazione⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾.

Ai sensi dell'art.443 c.c. il soggetto obbligato agli alimenti può scegliere se adempiere mediante un assegno alimentare corrisposto periodicamente ed in forma anticipata, oppure "in natura", "accogliendo e mantenendo nella propria casa colui che vi ha diritto". Laddove sia lasciata la possibilità di scegliere, si può ritenere pienamente ammissibile l'esercizio del potere negoziale, rispetto al quale il giudice opera in via meramente suppletiva e con funzioni di controllo, come indicato dal secondo comma della disposizione citata.

Queste affermazioni sono state poi faticosamente estese anche alla determinazione negoziale dei c.d. assegni in sede di separazione e divorzio, a causa di una non sempre condivisa distinzione tra obbligo alimentare (che si trasforma in obbligazione in sede di attività negoziale) e mantenimento dovuto al coniuge separando ed ai figli. Rispetto al codice civile del 1865, dove l'art.132 imponeva al marito di garantire alla moglie "tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze" e l'art.133 consentiva la cessazione di tale obbligo alimentare in caso di allontanamento della moglie dalla casa coniugale senza giusta causa, il codice del 1942 riprende tale disciplina e, abbandonando il riferimento agli alimenti (di cui agli artt.433 ss. c.c.), pone a carico del marito l'obbligo di provvedere al mantenimento.

(96)Principio già illustrato in Cass. Sez.I., 3525/1968, riconfermato in Cass. Sez.I, 10362/1997.

(97)Per un'attenta ricostruzione del tema si veda E.Russo, Le convenzioni matrimoniali, in Commentario al codice civile, a cura di F.D.Busnelli, Milano, 2004, p.379 ss. c.c.

(98)Sul tema del controllo giurisdizionale si veda G.Oberto, Volontà dei coniugi ed intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta, in Dir.Fam., 2000, p.771 ss.

Con la riforma del 1975 l'obbligo di mantenimento diviene dovere di contribuire ai bisogni della famiglia e con l'art.156 c.c. si delinea la scissione tra le due categorie in esame, in quanto il coniuge in separazione ha diritto a "quanto è necessario al suo mantenimento qualora egli non abbia adeguati redditi propri", mentre la parte cui sia addebitabile la separazione può ottenere esclusivamente l'adempimento della prestazione alimentare. Tuttavia sul punto la dottrina ha rilevato, in modo pressoché unanime, la sostanziale omogeneità tra alimenti e mantenimento, prestazioni distinguibili sotto il profilo quantitativo più che qualitativo, per la minore estensione del primo rispetto al secondo. La stessa lettura dell'art.156 c.c. consente di qualificare entrambi come obbligazioni legali, espressione del principio di solidarietà nell'ambito familiare(99).

In realtà l'intima connessione tra i due istituti si coglie nell'art.438 c.c., che riconosce il diritto alla prestazione alimentare al soggetto che non sia in grado di "provvedere al proprio mantenimento", avuto riguardo alla "posizione sociale" del beneficiario, parametri di riferimento considerati anche dalla giurisprudenza in sede di individuazione del diritto al mantenimento. Nonostante ciò, la Suprema Corte distingue tra alimenti, mantenimento e assegno di divorzio, in quanto "la determinazione dell'assegno di divorzio è indipendente dalle situazioni patrimoniali operanti, per accordo tra le parti e in virtù di decisione giudiziale, in vigenza di separazione dei coniugi data la diversità delle discipline sostanziali e delle rispettive decisioni giudiziali in quanto l'assegno divorzile prescinde dagli obblighi di mantenimento e di alimenti e costituisce effetto diretto della pronuncia di divorzio, con la conseguenza che deve essere determinato in base a criteri propri ed autonomi"(100). Secondo questa prospettiva, il mantenimento prescinde dall'esistenza in concreto dello "stato di bisogno" ed ha lo scopo di realizzare un determinato tenore di vita, mentre gli alimenti si fondano su di esso e tendono a garantire il soddisfacimento dei soli bisogni fondamentali.

Tuttavia, è sul piano applicativo che le differenze vengono a sfumare, in quanto in entrambi i casi rappresentano dei parametri di valutazione la capacità in termini di patrimonio e di reddito del soggetto obbligato e l'inadeguatezza dei mezzi di cui eventualmente disponga l'avente diritto, con il risultato che, in sede di determinazione del *quantum* dovuto, il mantenimento semplicemente si estende oltre le esigenze materiali, per andare a soddisfare anche le necessità legate al contesto sociale, culturale, professionale e "di relazioni" in senso lato, caratterizzanti la fattispecie concreta.

(99)Sulla omogeneità ma distinguendo tra irrinunciabilità degli alimenti e disponibilità del mantenimento si veda Comporti, Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio, in Foro it., 1995, V, p.105 ss.

(100)Così in Cass., 10 Aprile 1992, n.4391, in Foro it., Rep., 1992, Matrimonio, n.186.

Tra l'uno e l'altro sembra sussistere un rapporto di genere a specie, nell'ambito del medesimo scopo assistenziale, ragione fondante della "teoria unitaria delle prestazioni alimentari" e della riferibilità del divieto per i coniugi di derogare ai diritti ed ai doveri derivanti dal matrimonio a tutte le obbligazioni legali tipiche dello *status* di coniuge(101), con una applicazione generale dell'art.160 c.c.(102). Il ragionamento volge, quindi, al superamento della dicotomia indisponibilità degli alimenti-disponibilità del mantenimento, per arrivare alla conclusione della determinabilità in sede negoziale di entrambi.

Prescindendo dalla condivisibilità o meno della posizione dottrinale sopra descritta, ciò che si ritiene interessante sottolineare è la possibilità di una coesistenza tra l'inderogabilità di cui all'art.160 c.c., l'indisponibilità che ne deriva e la determinabilità in sede negoziale del contenuto degli obblighi sopra delineati. Partendo dalla comune natura assistenziale, ancor più evidente se si ricorda che l'eventuale addebito della separazione non comporta un aumento del mantenimento e non esclude la corresponsione degli alimenti allo stesso coniuge nei cui confronti sia stato dichiarato, è la lettura del diritto alla separazione personale, come espressione della libertà individuale, a sollecitare alcune riflessioni.

Dato per acquisito ormai il nesso tra superamento del principio di indissolubilità del matrimonio e diritto di ciascun coniuge di uscire dalla formazione sociale chiamata famiglia, laddove non funzionale allo sviluppo ed alla realizzazione della personalità individuale (103), il diritto alla separazione personale rappresenta un diritto potestativo, rispetto al quale il coniuge si trova in una posizione di soggezione(104). Il concretizzarsi della crisi del rapporto matrimoniale, abbandonata l'originaria ed ormai lontana rilevanza della colpa, non arriva mai a lambire il piano sanzionatorio, se non con riferimento alla figura dell'addebito, per altro raramente riconosciuto in sede giudiziale e dalle limitate conseguenze sul piano patrimoniale, se si eccettua il delicato profilo successorio. Il dato strettamente giuridico, ovvero la qualificazione come diritto potestativo alla separazione personale, unito alle dimensioni sociali del fenomeno accennate nell'introduzione della presente ricerca, tendono a dare sostegno ad una lettura sempre più "privatistica" dell'istituto, scevra da qualsiasi implicazione valutativa del rapporto.

(101)Si veda E.Russo, op. cit. in nota 97, p.387.

(102)Contra G.oberto, op.cit. in nota 98, secondo il quale comunque gli alimenti sono indisponibili ai sensi dell'art.447 c.c., mentre la materia degli assegni matrimoniali è completamente negoziabile.

(103)Sul punto L.Rossi Carleo, Diritto di famiglia, in Trattato a cura di Bessone, I, p.195.

(104)L'assunto risale a Falzea, La separazione personale, Milano, 1943, p.127.

La separazione potrebbe quindi semplicemente iniziare ad essere percepita e gestita come fase dello sviluppo dinamico di quella peculiare formazione sociale chiamata famiglia, nell'area della piena disponibilità sino al confine rappresentato dall'interesse del minore e, più in generale, dalla protezione dei soggetti in condizioni di maggiore vulnerabilità. Considerato ciò, la sostanziale analogia tra la disciplina generale degli alimenti e quella particolare del mantenimento in fase di separazione appare ancor più evidente e gli unici parametri normativi testuali meritevoli di considerazione sembrano essere quelli contenuti negli artt.143, 156 e 438 c.c..

Se il principio, di formazione giurisprudenziale, del mantenimento del tenore di vita avuto in costanza di matrimonio ha un sapore sanzionario ormai lontano dalla struttura attuale delle famiglie, composte tendenzialmente da due soggetti che lavorano, in possesso di un titolo di studio e calati in un contesto di libere relazioni sociali, la sua incoerenza rispetto alle valutazioni economiche del fenomeno appare ancor più disarmante nel contesto presente. I criteri della proporzionalità nella contribuzione, delle capacità economiche di ciascun coniuge e della "posizione sociale" del soggetto da tutelare, sono gli unici parametri oggettivi rispetto ai quali dovrebbero essere condotte le valutazioni sul *quantum* del contributo al mantenimento, lasciando l'equivoca espressione del "tenore di vita" a coloro che ancora possono permettersi di guardare oggi al vincolo matrimoniale come ad un "trampolino sociale". La realtà sembra prospettare riflessioni ben diverse e se da un lato l'istituto del matrimonio appare come una meta da procrastinare nel tempo, prevalentemente per ostacoli di ordine economico, dall'altro il diritto potestativo di liberarsi del vincolo è altrettanto pesantemente condizionato dalla diffusa applicazione distorta dell'obbligo di contribuire al mantenimento.

Il recupero dell'attenzione al tenore letterale delle norme può condurre all'individuazione dell'intima analogia e comune finalità assistenziale degli alimenti e del mantenimento, rispetto ai quali l'intrinseca irrinunciabilità in via preventiva sarebbe da fondare esclusivamente sull'assunto che non è possibile prevedere in anticipo se si verificheranno, durante o dopo la crisi coniugale, i parametri legali sopra descritti, che rappresentano i presupposti di legge per l'erogazione del beneficio. Tralasciando la discussione, pur presente in dottrina, se l'assegno di mantenimento rappresenti o meno l'applicazione dell'art.160 c.c. alla fase patologica del rapporto, appare evidente che l'obbligo di contribuzione ed il contributo al mantenimento siano entrambi obblighi legali derivanti dal matrimonio, inderogabili per la loro stessa natura alimentare-assistenziale, ma non per questo non determinabili convenzionalmente.

La ricostruzione dottrinale in materia di negozi determinativi può essere applicata agli accordi, si potrebbe anche dire ai "contratti", stante la patrimonialità della prestazione dedotta, caratterizzati dalla c.d. efficacia debole e sottoposti all'eventuale controllo in sede giudiziale, al fine di accertarne

la conformità ai parametri legali. L'art.160 c.c. potrebbe quindi essere letto, in ogni caso, come norma cogente e per questo non eliminabile per effetto della manifestazione dell'autonomia privata, ma anche "ordinativa" del potere negoziale dei privati (105). La riflessione non si pone, quindi, sul piano della nullità degli accordi tra coniugi in materia di determinazione del mantenimento in caso di separazione o divorzio, per illiceità della causa, come pure una giurisprudenza risalente ha concluso (106), ma dovrebbe partire dalla constatazione che laddove la permanenza di uno *status* dipenda anche dal diritto potestativo dell'altro coniuge di domandarne o meno la diretta incisione, legittima dovrebbe essere considerata l'attività negoziale volta alla regolamentazione delle conseguenze derivanti(107).

Pertanto, rispetto allo *status*, tutti i provvedimenti giudiziali configurabili in materia di separazione e divorzio, lungi dall'aver natura costitutiva, non svolgono altra funzione se non quella di accertare l'esistenza dei presupposti di legge ed, in presenza di accordi tra i coniugi, potrebbero semplicemente integrarne l'efficacia, all'interno di fattispecie processuali "a formazione progressiva", che iniziano con l'espressione di una libera determinazione rispetto ad uno *status*, trovano regolamentazione anche esclusivamente al di fuori del processo, attraverso la determinazione degli obblighi legali, ed infine confluiscono in un provvedimento finale, che dichiara la sussistenza dei requisiti di legge o conforma tali accordi ad essi.

Analogamente a quanto avviene nell'ambito dei contratti di lavoro subordinato, dove la legge pone obblighi legali cogenti, di carattere patrimoniale e personale, in capo al soggetto economicamente più forte, l'attività determinativa di tali obblighi è pienamente lecita, la loro stessa esistenza dipende da quella dell'obbligo legale e la loro efficacia è debole, potendo essere sottoposti ad una verifica ed integrazione in sede giudiziale, qualora le circostanze concrete siano mutate. L'autonomia negoziale può, quindi, esplicarsi entro i limiti minimi inderogabili previsti dalla legge, oltre i quali le pattuizioni sono da considerare non nulle ma inefficaci ed integrabili in sede giudiziale, per ricondurre l'accordo, pienamente valido e vincolante, all'interno del parametro legale.

(105)Sul negozio determinativo dell'obbligo legale si veda E.Russo, op.cit. in nota 97, p.421 ss.

(106)Tra tutte Cass. Sez.I, 14 Giugno 2000 n.8109, criticata da E.Russo, op.cit. in nota 97, p.422 ss.

(107)Suggerisce l'utilità di accordi relativi al contegno processuale da osservare nei procedimenti di separazione e divorzio E.Russo, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità*, in Riv.dir.fam., 1989, p.1104.

La necessità di abbandonare il tradizionale atteggiamento di diffidenza verso tali forme di autonomia negoziale in ambito coniugale dovrebbe scaturire anche da un altro piano di riflessione. In primo luogo è cambiato il modello matrimoniale di riferimento e si è passati dal matrimonio della vita ad una vita di matrimoni e famiglie c.d. ricostituite, le quali vivono in successione e sovente si fondono. L'abbandono dell'indissolubilità del vincolo matrimoniale e la presenza di mutevoli forme di convivenza basata sugli affetti determinano il venir meno della centralità della famiglia basata sul matrimonio. Può quindi verificarsi la successione nel tempo di diverse famiglie, in una progressione di formazioni sociali regolabili attingendo, a seconda delle circostanze, alle disposizioni sul matrimonio, sulla filiazione naturale, così come alle sentenze nelle more intervenute rispetto al caso concreto ed ai principi giurisprudenziali affermatasi in materia di convivenza *more uxorio*. La valorizzazione degli accordi sulle condizioni di separazione e divorzio consentirebbe, quindi, di garantire sia il coniuge che i figli di fronte al diritto potestativo dell'altra parte, anche in previsione di eventuali e prevedibili nuovi rapporti *latu sensu* familiari.

In secondo luogo, verso tale valorizzazione sembra essere andata anche la riforma del 2006, sotto certi profili non ancora pienamente compresa ed attuata. La Legge n.54/2006, con la quale è stato introdotto l'affido c.d. condiviso, ha radicalmente modificato gli artt.155 ss. c.c., prevedendo che ciascun genitore provveda in via diretta al mantenimento e versi eventualmente un assegno c.d. perequativo, solo "ove necessario". Tale rilettura del contributo al mantenimento dovuto in favore dei figli, rispetto al quale sono previsti esplicitamente dall'art.155 c.4 c.c. "accordi liberamente sottoscritti dalle parti", è in piena armonia con il principio della c.d. "bi genitorialità" e con il diritto-dovere di entrambi i genitori, anche in separazione, di mantenere rapporti equilibrati e continuativi con i figli⁽¹⁰⁸⁾. Nonostante nella stesura finale del testo della riforma sia stata espunta l'inciso riferito al mantenimento "in via diretta", l'intervento del giudice appare come residuale e con funzioni riequilibratrici, laddove le pattuizioni appaiano in contrasto con il principio, espressamente richiamato dall'art.155 c.4 c.c., della contribuzione in misura proporzionale al reddito.

(108)Si veda per un attento commento della riforma A.Arceri, L'affidamento condiviso, in Nuovi percorsi di diritto di famiglia, a cura di M.Sesta, Milano, 2007, p.149 ss.

Resta fermo l'interrogativo sui margini di negoziabilità tra i coniugi in materia di mantenimento dovuto per il soddisfacimento dei bisogni dei figli, tenuto conto di tutte le loro esigenze, aspirazioni e inclinazioni, come imposto dall'art.148 c.c.. La dottrina si divide sul poterdovere del giudice di intervenire sul contenuto di tali accordi, qualora violativi del principio di proporzionalità (109), ma non si può non rilevare come la riforma non abbia modificato l'art.158 c.c. e l'art.4 u.c. l.div., norme che prevedono il potere del giudice di modificare e integrare, proprio come sopra si illustrava, le intese raggiunte consensualmente ma in violazione dell'interesse dei figli (110).

Tralasciando per esigenze di sintesi il tema, che condurrebbe lontano dalle riflessioni sull'autonomia coniugale nella crisi della famiglia, dei criteri indicati dal legislatore della riforma per quantificare l'eventuale assegno c.d. perequativo, ovvero avente funzioni di riequilibrare le contribuzioni cui entrambi i coniugi sono chiamati, non vi è dubbio che le nuove norme impongano di rifuggire da qualsiasi automatismo e prassi giurisprudenziale e sollecitino le "parti", questo esattamente il termine "contrattuale" usato nell'art.155 c.4 c.c., alla determinazione dei contenuti dell'obbligo in parola in sede negoziale.

(109)Sul punto tra tutti, L.D'Avack, L'affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice, in Aa.Vv., L'affidamento condiviso, a cura di S.Patti e L.Rossi Carleo, Milano, 2006, p.17 ss.; M.Sesta, L'affidamento condiviso, Milano, 2007, p.23 ss.; V.Di Gravio, Gli accordi tra genitori in sede di separazione, in Aa.Vv., L'affidamento condiviso, op.cit., p.56 ss.

(110)Per una rivendicazione, alquanto criticabile per l'esiguità della motivazione, del fondamentale ruolo del giudice, si veda la recente Cass.Sez.I, 20 gennaio 2012 n.785, dove si legge che "l'assunto del ricorrente secondo il quale con la riforma del 2006 il contributo diretto da parte di ciascuno dei genitori costituirebbe la regola, come conseguenza diretta dell'affido condiviso, non può essere accolto", in quanto "(...)l'art.155 c.c. riformato, nello stesso secondo comma (...) dispone che il giudice fissi "altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento", così conferendo allo stesso giudice un'ampia discrezionalità, sempre ovviamente "con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale" della prole", con nota di M.Maglietta, Guida al dir.13/2012, p.58 ss.

4. I rapporti con i figli. Gli accordi in materia di affido condiviso.

Secondo alcuni Autori, l'art.155 c.c., nella formulazione precedente alla riforma del 2006 sull'affidamento condiviso, attribuiva al giudice investito della separazione poteri di portata ridotta, finalizzati all'individuazione del genitore affidatario in via esclusiva, alla fissazione delle modalità di visita dell'altro coniuge ed infine alla quantificazione di un assegno di mantenimento, che rappresentava modo e misura della contribuzione da parte del genitore non affidatario. L'introduzione del nuovo art.155 c.c. avrebbe assegnato invece al giudice, secondo questa ricostruzione, un ruolo ben più pregnante, dovendo dare piena attuazione alla "bi genitorialità" attraverso il provvedimento giurisdizionale⁽¹¹¹⁾. Invero il secondo comma dell'art.155 c.c. individua con chiarezza il contenuto che la sentenza dichiarativa della separazione deve avere, facendo espresso riferimento ai seguenti elementi: determinazione della forma di affidamento e dei tempi e modi della presenza dei figli presso ciascun genitore, in ogni caso, quindi anche nelle ipotesi residuali di affido c.d. esclusivo; individuazione della misura e del modo della contribuzione dovuta da entrambi i genitori, considerando non solo i costi, ma anche la cura, istruzione ed educazione; presa d'atto degli accordi intervenuti tra i coniugi, "se non contrari all'interesse dei figli"; assunzione di tutti i provvedimenti "relativi alla prole" necessari rispetto al caso concreto.

Il provvedimento del giudice deve quindi conformarsi ai parametri normativi descritti e, più in generale, all'obiettivo indicato dalla riforma, applicabile anche in caso di filiazione naturale, consistente nel garantire ai figli minori "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo" con ciascun genitore e di ricevere da entrambi "cura, educazione e istruzione", conservando "rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale"⁽¹¹²⁾. Il legislatore sembra chiedere, quindi, al giudice di non limitarsi al solo dato economico e di effettuare un'attenta valutazione, rispetto alla quale potrebbe anche non avere le dovute competenze, per individuare la migliore gestione delle dinamiche familiari, in funzione degli interessi sopra descritti. Il compito appare piuttosto gravoso e, soprattutto, poco compatibile con il numero di contenziosi che ciascun giudice è chiamato a trattare.

(111)Per tutti, M.Sesta, L'affidamento condiviso, op.cit. in nota 109, p.20.

(112)Riflessioni sulla presenza del termine "cura" in sostituzione di "mantenimento", in una lettura della contribuzione in termini funzionali rispetto ai compiti di cura, sia consentito rinviare a I.Cenni, op.cit. in nota 47, p.49.

Così facendo, la rivoluzione copernicana che ha visto il passaggio dal modello genitoriale manicheo, dove sostanzialmente le mogli proseguono nel loro ruolo educativo ed i mariti erogano le somme dovute, al ben più evoluto regime della condivisione di compiti e responsabilità, rischierebbe miseramente di naufragare, come purtroppo in talune sedi di tribunale sta avvenendo. Il motivo è facilmente individuabile, ma in esso si rintraccia anche la possibile soluzione.

L'errore sta infatti nell'aver preteso di accollare al giudice il compito di disciplinare, in modo più dettagliato rispetto al passato, come i due coniugi, per altro in conflitto, debbano esercitare la potestà genitoriale, ricorrendo a categorie sfuggenti come le "decisioni di maggior interesse" e quelle "su questioni di ordinaria amministrazione". Non vi è dubbio che il ruolo del giudice non possa e non debba essere questo. L'elemento sintomatico che porta a rivedere la tesi dell'ampliamento dei poteri sta proprio nella circostanza che, nella nuova formulazione dell'art.155 c.c., il giudice deve non più "tener conto" ma "prendere atto" degli accordi sottoposti alla sua attenzione dalle parti, senza contare l'eliminazione del comma 7, secondo il quale i provvedimenti emanati dal giudice potevano "essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice".

Le scelte terminologiche compiute, forse non troppo consapevolmente se si ha riguardo ai lavori parlamentari, portano a concludere che agli "accordi sottoscritti" dai coniugi in materia di gestione della genitorialità il legislatore abbia riservato un particolare *favor*, nella logica di una tendenza sottesa alla soluzione stragiudiziale del conflitto, cui in effetti anche l'art.155 *sexies* c.c. opera un riferimento, prevedendo una sospensione del giudizio per consentire ai coniugi di esperire la mediazione familiare. Resta tuttavia la necessità di superare il filtro del controllo giurisdizionale, che potrebbe in astratto disattendere le intese raggiunte alla luce di una differente valutazione circa l'interesse dei figli(113).

La riflessione può infine giungere a verificare se, dato per acquisito un certo potere di intervento del giudice, chiamato a dichiarare la separazione e a "conformare" gli accordi al parametro legale, come in materia di mantenimento, la libertà negoziale possa trovare un limite invalicabile nel principio di "bi genitorialità", sulla cui disponibilità dibatte la dottrina più attenta(114).

(113)Vede nel giudice il "principale protagonista della decisione" M.Sesta, op.cit. in nota 109, p.23.

(114)Esclude la piena disponibilità V.Di Gravio, Gli accordi tra genitori in sede di separazione, in Aa.Vv., L'affidamento condiviso, op.cit. in nota 109, p.55.

Il dato testuale sembra sottrarre ai coniugi la possibilità di eludere il ruolo di preminenza riservato all'affidamento condiviso, dal momento che la disposizione che impone al giudice di "prendere atto" degli accordi conclusi tra i genitori segue quella riguardante l'affidamento e le sue modalità di espressione. Non sembra tuttavia che aver sottratto, come risulta, la scelta sul regime di affidamento alla piena disponibilità delle parti sia una limitazione irragionevole, perché l'alternativa poteva contribuire a vanificare in concreto la stessa portata innovativa della riforma e consentire surrettizie reintroduzioni dell'affidamento in via esclusiva, percepito oggi come regime non funzionale ad una crescita equilibrata del minore e da riservare a casi del tutto eccezionali⁽¹¹⁵⁾.

Ancora una volta appare utile ricorrere alla figura del negozio determinativo dell'obbligo legale, in quanto l'inderogabilità in commento non esclude certamente la possibilità per i coniugi di disciplinare l'assetto di interessi conseguente alla crisi coniugale, pattuendo anche in via preventiva tempi e modi dell'affidamento. Tali accordi potranno essere considerati validi e vincolanti, oltre che sempre sottoponibili al vaglio del giudice, il quale è chiamato a verificarne sia la conformità rispetto ai parametri legali sia l'adeguatezza nei confronti delle circostanze concrete, mutevoli nel tempo. In attesa che si compia tale verifica, i coniugi potrebbero e dovrebbero attenersi a quanto concordato, scongiurando in tal modo i pericoli connessi alla totale assenza di regolamentazione, che sovente precede il deposito del ricorso per separazione, soprattutto giudiziale, e l'emanazione dei provvedimenti temporanei ed urgenti, di cui all'art.708 c.p.c.

(115) Interessante l'analisi di G.De Marzo, L'affidamento condiviso. Profili sostanziali, in Foro it., 2006, V, 92.

1. Profili generali. Riflessioni sul disegno di legge in materia di patti prematrimoniali e di “divorzio breve”.

Se si pone l'attenzione alle conseguenze sul piano patrimoniale derivanti dalla separazione personale dei coniugi, cui si è fatto cenno nella sezione precedente, la problematica della validità degli accordi conclusi prima, nel corso e dopo il verificarsi della crisi coniugale ed aventi ad oggetto la regolazione degli interessi connessi, vede da un lato la pressoché costante declaratoria in sede giurisdizionale della nullità per illiceità della causa, mentre dall'altro l'affermazione dell'ammissibilità di tali intese in sede dottrinale. La giurisprudenza ha quasi unanimemente rilevato come tali espressioni dell'autonomia negoziale siano in aperto contrasto con il principio della libertà in ambito matrimoniale, siano forme di illegittimo condizionamento della volontà dei nubendi o dei coniugi e vadano ad incidere sui contenuti indisponibili derivanti dallo *status* in questione. L'unica timida apertura si registra con riferimento agli accordi sottoposti al vaglio del giudice in sede di presentazione del ricorso per divorzio congiunto, in quanto espressamente presi in considerazione dal legislatore nell'art.4 c.13 l.div.

La dottrina più attenta, cui si è fatto cenno nel capitolo terzo della parte seconda, ha operato sottili distinzioni tra ambiti disponibili e aspetti intrinsecamente pertinenti allo *status* matrimoniale, isolando una serie di rapporti, soprattutto di natura patrimoniale, validamente disciplinabili in sede negoziale. Tali intese godrebbero di una efficacia debole, essendo comunque soggette alla clausola “*rebus sic stantibus*”, e troverebbero nell'inevitabile filtro giurisdizionale la sede eletta per la loro eventuale conformazione rispetto al parametro legale, attraverso un meccanismo di integrazione sul modello dell'art.1339 c.c. e di conservazione dell'intero accordo per i profili non contestati (106).

Abbandonato l'iniziale orientamento incardinato sulla declaratoria di nullità, come forma di miglior tutela per il coniuge più vulnerabile, forzata al punto da escluderne l'invocazione da parte del coniuge obbligato a determinati comportamenti favorevoli nei confronti dell'altro(107), la giurisprudenza degli ultimi anni sta finalmente iniziando a prendere atto del processo di “privatizzazione” della famiglia.

(106)Comunque, si registrano anche autorevoli voci dottrinali discordi, tra tutti Bianca, Diritto Civile, 2, Milano, 2001, p.18, secondo il quale “anche quando consistono in atti bilaterali i negozi familiari non sono comunque inquadrabili nella categoria dei contratti in quanto hanno ad oggetto rapporti giuridici non patrimoniali”; Analogamente Donisi, Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia, in Fam. e circ.giur., Milano, 1997, p.28; Utilizza invece il termine contratto qualora vengano regolati rapporti familiari aventi carattere patrimoniale Rescigno, Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma, in Matrimonio e famiglia, Torino, 2000, p.5.

(107)Per tutte Cass.Sez.I, 14 Giugno 2000 n.8109, criticata da E.Russo, op.cit. in nota 97, p.422 ss.

Rilevata l'assoluta inadeguatezza dello strumento processuale rispetto alla risoluzione dei conflitti endo-familiari⁽¹⁰⁸⁾, sono state registrate alcune aperture, ben rappresentate nella sentenza della Corte di Cassazione, Sez.I, 6 febbraio 2009 n.2997⁽¹⁰⁹⁾. In una fattispecie concreta che aveva visto due coniugi separati di fatto sottoscrivere una scrittura privata allo scopo di regolare i loro rapporti economici, anche con riguardo ai figli maggiorenni, disattesa poi dal marito che aveva chiesto la dichiarazione di nullità dell'accordo per effetto della presupposizione (motivata dalla circostanza della trasformazione del procedimento da consensuale in giudiziale), la Corte ha ordinato che fosse dato puntuale adempimento alle prestazioni contenute nelle intese precedentemente raggiunte. Il collegio ha infatti osservato che "l'interpretazione del contratto e degli atti di autonomia privata costituisce un'attività riservata al giudice di merito", il quale nel caso di specie aveva congruamente e logicamente argomentato. Conseguentemente, è stato chiarito che "l'accordo stipulato dai coniugi in vista della futura separazione, se interpretato dal giudice di merito quale intesa volta a eliminare possibili controversie su questioni patrimoniali estranee alla separazione, anche riguardanti i rapporti con i figli, è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale, ovvero per vizi di motivazione(...)".

In altre parole, non è stato ritenuto operante l'istituto della presupposizione, invocato dal marito, in quanto dalla scrittura non emergeva che la separazione consensuale fosse il presupposto comune e tale circostanza presupposta, per sua natura in ogni caso, non poteva certamente essere ritenuta indipendente dalla volontà delle parti. Allo scopo, quindi, di riconoscere validità all'accordo preventivo, la Corte ha fatto applicazione di un principio consolidato in base al quale "le pattuizioni intervenute tra i coniugi anteriormente o contemporaneamente al decreto di omologazione della separazione consensuale, e non trasfuse nell'accordo omologato, sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di "non interferenza" – perché riguardano un aspetto che non è disciplinato nell'accordo formale e che è sicuramente compatibile con esso, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, ovvero perché hanno un carattere meramente specificativo – oppure in posizione di conclamata e incontestabile maggiore o uguale rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c."⁽¹¹⁰⁾.

(108)Sul nesso tra processo di privatizzazione della famiglia e valorizzazione dell'istituto della mediazione familiare si veda l'analisi di Rescigno, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della mediazione familiare*, in *Giur.it.*, 1995, IV, c.73 ss.

(109)Si veda il commento di M.Fiorini, *Dossier "Gli accordi tra coniugi prima e dopo la crisi"*, *Fam. e Min.* 5/2009, p.XI ss.

(110)Tra tutte, Cass. Sez.I, 20 Ottobre 2005 n.20290, con nota di G.Oberto, *Fam. e Dir.*, 2006, p.150; Cass. Sez.I, 24 Ottobre 2007 n.22329, in *Giust.civ.Massimario*, 2007, 10.

Nel caso citato, la Corte ha quindi riconosciuto rilevanza ai contratti conclusi tra coniugi durante la crisi matrimoniale, volti alla regolamentazione di questioni economiche anche rispetto ai figli maggiorenni, nella misura in cui essi operano su un piano diverso rispetto alla separazione personale, sia sotto il profilo dell'oggetto che della causa. Pur con le dovute cautele, sembra profilarsi la possibilità di un ampliamento, cui si è fatto cenno nella parte prima della presente ricerca, del significato attribuibile all'art.144 c.c., per arrivare ad interpretare la regolamentazione degli interessi in gioco nella fase della crisi coniugale ed in vista della futura separazione come un'espressione del principio dell'accordo sull'indirizzo della vita familiare.

Rispetto al contenuto degli obblighi legali nascenti dal matrimonio, ed il riferimento non può che essere a titolo esemplificativo al mantenimento del soggetto economicamente più debole, l'espressione dell'autonomia negoziale sarebbe quindi ammissibile purchè ad essi conforme, non potendo dispiegare su tali aspetti alcun effetto costitutivo, modificativo ed estintivo. In caso di violazione del contenuto inderogabile, il coniuge interessato ben potrebbe rifiutare l'adempimento e chiedere l'intervento integrativo da parte del giudice. Al contrario tutte le pattuizioni volte alla regolamentazione, determinazione e specificazione degli obblighi matrimoniali aventi contenuto patrimoniale, con riferimento alle aree potenzialmente ampie della piena negoziabilità, ben potrebbero seguire le norme generali sul contratto⁽¹¹¹⁾.

Accanto alle timide e talora non facilmente ricostruibili aperture della giurisprudenza, si verifica un discreto dinamismo in sede parlamentare, con la presentazione di due disegni di legge, il primo comunicato alla Presidenza il 18 Marzo 2011, contenente "Modifiche al codice civile e alla legge 1° Dicembre 1970, n.898, in materia di patti prematrimoniali", ed il secondo approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 23 Febbraio 2012, in materia di scioglimento del matrimonio e comunione tra i coniugi. La tendenza comune ad entrambi i testi normativi è quella di procedere con una anticipazione e velocizzazione degli effetti della crisi coniugale, nel perseguimento dell'obiettivo di "risolvere l'annoso problema dei tempi del processo di separazione e divorzio", deflazionare il carico di lavoro della magistratura, ridurre i costi e disincentivare le separazioni⁽¹¹²⁾.

(111)Sulla natura negoziale degli accordi ex art.144 c.c. e sul profilo della coercibilità, A.R.Gaglioti, Note in tema di coercibilità degli accordi di vita coniugale a favore dei figli, in *Diritto di famiglia*, 2003, 409.

(112)Così nella presentazione del ddl n.2629 dei senatori A.Filippi, M.Garavaglia e M.Mazzatorta, nel sito <http://www.senato.it>.

Il primo disegno di legge ricordato introduce, modificando l'art. 159 c.c., come regime patrimoniale legale dei coniugi, la separazione dei beni, imponendo al giudice della separazione e del divorzio di “tenere conto dei patti prematrimoniali di natura patrimoniale, eventualmente stipulati ai sensi dell'art. 162 *bis* c.c.”. In tale disposizione è espressamente disciplinata la possibilità per “i futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio” di “stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio”. Viene altresì richiesta la forma scritta *ad substantiam* e la formalità del deposito presso l'Ufficio del registro territorialmente competente⁽¹¹³⁾.

La norma introdurrebbe anche la possibilità di inserire nel patto prematrimoniale clausole derogatorie della disciplina sulla successione necessaria, con conseguenze piuttosto rilevanti dal punto di vista della tutela sul versante patrimoniale del coniuge separando, fatta salva esclusivamente l'applicazione della disciplina regolante i “rapporti tra genitori e figli”. Nessuna disposizione si rinviene invece circa le eventuali pattuizioni concluse dai coniugi separati in attesa ed in vista del divorzio, rispetto alle quali non sembrano sussistere motivi ostativi ad un'applicazione in via analogica delle norme sui patti prematrimoniali.

Rispetto al tema della tutela del coniuge più vulnerabile economicamente, i proponenti si premurano di sottolineare come le nuove norme non intendano scalfire l'idea che la famiglia si fondi sul principio di reciproca solidarietà, ma che con esse si voglia più semplicemente riconoscere la sostanziale parità tra i *partners* contrattuali, valorizzare la loro libera autodeterminazione, verso un temperamento in ogni caso tra interesse pubblico e privato. Senza contare che per effetto di tali convenzioni la tutela per il soggetto più debole potrebbe addirittura essere più ampia rispetto a quella potenzialmente riconoscibile in sede giudiziale.

(113)La norma sembrerebbe introdurre un onere di presentazione presso l'Ufficio menzionato, dalla cui violazione non dovrebbero derivare conseguenze sul piano della validità. Non è richiesta la forma dell'atto pubblico e, sotto tale profilo, l'adempimento dell'onere illustrato consentirebbe tuttavia di conferire alla scrittura privata la data certa, oltre a rendere più agevoli anche i conseguenti controlli di natura fiscale.

Dalla lettura del breve articolato scaturiscono una serie di interrogativi, rispetto ai quali *de iure condendo* potrebbe essere opportuno operare ulteriori approfondimenti, per evitare di calare dall'alto nell'ordinamento istituti tipici di altri sistemi giuridici, con tutti i pericoli conseguenti ad un innesto mal eseguito⁽¹¹⁴⁾. I proponenti richiamano la “necessità di introdurre” l'istituto dei “prenuptial agreements”, ricordando che tali accordi sono stipulati dai nubendi per regolare vari aspetti del matrimonio e dell'eventuale crisi coniugale, anche di natura non patrimoniale. Tuttavia, la disciplina contenuta nel disegno di legge riguarda al momento i soli aspetti patrimoniali conseguenti allo *status* di coniuge, circostanza che sollecita qualche perplessità stante l'esistenza di un “nocciolo duro” di rapporti di natura personale, aventi nel nostro ordinamento tutela costituzionale, caratterizzati dall'inderogabilità di cui all'art.160 c.c., in combinato disposto con gli artt. 143 e 144 c.c. La stessa affermazione circa l'oggetto non necessariamente patrimoniale di tali accordi non sembrerebbe neppure del tutto conforme all'esperienza anglosassone, cui probabilmente si intendeva fare riferimento.

Se poi si procede con l'analisi delle modifiche che, molto probabilmente, saranno a breve introdotte in materia di divorzio, per effetto della definitiva approvazione del disegno di legge sopra ricordato contenente modifiche alla legge 1° Dicembre 1970 n.898, le riflessioni non possono che trovare ulteriore stimolo. In primo luogo il periodo minimo di separazione personale richiesto come requisito per ottenere lo scioglimento definitivo del vincolo passerebbe da tre ad un anno, da computare dall'udienza presidenziale. Tale periodo sarebbe pari a due anni in caso di presenza di figli minori. Tralasciando il fatto che nel caso di prole portatrice di handicap dovrebbe mantenere operatività l'art.1 c.2 della L.n.54/2006 e così si potrebbe ritenere applicabile il biennio, l'art.2 del disegno di legge aggiungerebbe un nuovo comma all'art.191 c.c. del seguente tenore “La comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui, in sede di udienza presidenziale, il presidente autorizza i coniugi a vivere separati”.

(114)Il riferimento è ai c.d. “prenuptial agreements”, di cui offre una ricostruzione completa G.Oberto, I contratti della crisi coniugale, I, Milano 1999, p.485 ss.; ancora G.Oberto, “Prenuptial agreements in contemplation of divorce”, in Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale, a cura di F.Ruscello, Padova, 2006, p.105 ss.; E.Calò, Matrimonio à la carte, Milano 2009, p.233 ss., dove si ricorda che tali convenzioni sono comunemente riconosciute in Germania, dove i coniugi possono arrivare a derogare in tutto o in parte alla disciplina legale, il “divorce estate planning” è utilizzato nei Paesi Bassi come paradigma di accordo preventivo in caso di scioglimento del matrimonio, ed infine intese analoghe rappresentano una prassi assai diffusa in Spagna e negli Stati Uniti.

Al di là degli interrogativi posti dal generico riferimento all'udienza presidenziale, rispetto alla quale si dovrebbero chiarire alcuni aspetti meramente procedurali⁽¹¹⁵⁾, non si comprende come si possa realizzare sia la tutela del coniuge assegnatario della casa familiare sia la tutela degli eventuali terzi, in quanto i provvedimenti con i quali il Presidente autorizza i coniugi a vivere separati sono assunti nella forma di ordinanza, sono denominati "temporanei e urgenti" dall'art.708 c.p.c., non hanno contenuto decisorio e sono quindi privi della forma richiesta ai fini della trascrivibilità. La proposta del c.d. "divorzio breve" sembra poi non essere pienamente coordinabile con quella introduttiva dei patti prematrimoniali, in quanto la prima non muta il regime patrimoniale legale dei coniugi ma semplicemente anticipa il momento dello scioglimento della comunione, circostanza che, a giudizio di chi scrive, renderebbe ancora più utile la piena valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi.

La diffusione e la piena ammissibilità degli accordi in vista della separazione e del divorzio, se auspicabili per tutti i motivi fin qui accennati, dovrebbero essere supportate dall'introduzione di una disciplina ben più articolata di quella delineata e soprattutto in armonia con il resto delle norme applicabili. Il rischio di antinomie e di lacune finirebbe per determinare l'aumento del numero dei contenziosi, portando al tradimento dello scopo deflattivo sotteso. Basti pensare che negli Stati Uniti, terra d'elezione dei tanto discussi "prenuptial agreements", è stato emanato nel 1983 l'*Uniform Premarital Act*, adottato da ventisei stati. Anche in un sistema di *common law* quindi è stata percepita la necessità di introdurre una regolamentazione in materia, ai sensi della quale il contenuto di tali accordi è rappresentato dal regime patrimoniale prescelto, dalla disciplina degli aspetti patrimoniali in generale, dagli atti di disposizione in caso di separazione, dalla regolazione della successione. Il "premarital agreement" è tuttavia ineseguibile qualora si riesca a dimostrare una delle seguenti circostanze: un difetto di "giusta e ragionevole" informazione circa l'assetto patrimoniale delle parti, la presenza di clausola di esclusione del mantenimento con il risultato di dover "dipendere dalla pubblica assistenza", l'iniquità della convenzione al momento della stipula⁽¹¹⁶⁾.

(115)Solleva perplessità la circostanza che lo scioglimento della comunione possa scaturire automaticamente dal solo svolgimento di un'udienza nella quale il convenuto può essere contumace e scegliere di non comparire, con tutte le dovute riflessioni ancor più cogenti circa le problematiche connesse alle notifiche, ad eventuali rinvii d'udienza a scopo dilatorio, e più in generale alla verifica della piena integrazione del contraddittorio.

(116)Nella legislazione del Connecticut è prevista l'ineseguibilità anche laddove si dimostri che una delle parti non abbia avuto adeguata assistenza legale. Si veda E.Calò, op. cit. in nota 114, p.239 ss.

D'altra parte, non si può negare che anche in un ordinamento come quello statunitense, così incline all'utilizzo degli accordi in vista del divorzio, anche in via preventiva, la loro piena ammissibilità sia in realtà arrivata, dopo un secolo di giurisprudenza contraria per violazione del public policy⁽¹¹⁷⁾, solo verso la seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, in concomitanza con il superamento del principio della colpa nel divorzio ⁽¹¹⁸⁾.

(117)Per tutti si veda *Neddo v. Neddo*, 56 Kan.507, 44P. 1 [1896], dove la Corte Suprema del Kansas dichiarò la nullità dell' "antenuptial agreement" in quanto facilitava il divorzio e incoraggiava il marito a trascurare le sue "marital obligations".

(118)G.Oberto, op.cit., p.497, coglie il nesso tra tali accordi ed il carattere "melting pot" della società statunitense, in particolare con riferimento alla pratica israelitica del "*ketuvah*", ovvero un contratto di matrimonio che contiene previsioni in favore della moglie in caso di scioglimento del legame per ripudio. Lo stesso *Rabbinical Council of America* consiglia alcuni modelli di contratto, elaborati da autorevoli studiosi della materia.

2. La causa degli accordi traslativi in occasione della separazione personale e del divorzio. Brevi cenni.

Tra gli argomenti più dibattuti in dottrina nell'ambito dell'attività negoziale dei coniugi in occasione della separazione o nella fase di programmazione del divorzio, emerge quello dell'individuazione della causa in caso di accordi traslativi, con considerazioni estendibili all'intera categoria degli accordi sulla crisi coniugale. Superata l'originaria concezione della causa in astratto, in termini di funzione tipica dell'operazione contrattuale, la dottrina attribuisce oggi maggior rilievo agli interessi che, in concreto, le parti intendono soddisfare mediante l'accordo⁽¹¹⁹⁾. Tali contratti possono quindi essere analizzati confrontando le finalità delle parti sottese all'atto traslativo con gli interessi che, in astratto, caratterizzano lo schema contrattuale tipico, oppure ritenere operante la previsione di cui all'art.1322 c.c.

La giurisprudenza di merito più risalente ha classificato tali accordi come donazioni, suscitando non poche perplessità da parte della dottrina⁽¹²⁰⁾. Consideriamo quindi come esaustiva la definizione della causa della donazione come "trasferimento di un diritto od assunzione di una obbligazione produttivi di un arricchimento della controparte che, in quanto non correlati ad un qualsiasi "tipo" di utilità concretamente e seriamente apprezzabile sotto l'aspetto economico, trovano la propria esclusiva ragione giustificatrice (comune ad entrambe le parti) nella realizzazione dell'arricchimento medesimo"⁽¹²¹⁾.

Sul punto la dottrina ha osservato che gli accordi traslativi in parola non possono essere ricondotti al concetto di donazione, in quanto non si rinviene lo "spirito di liberalità", non essendo l'arricchimento del coniuge beneficiario la giustificazione ultima dell'accordo. L'attribuzione patrimoniale trova invece la propria ragion d'essere nell'interesse, comune ad entrambi i coniugi, di regolare i rapporti che derivano dalla crisi coniugale⁽¹²²⁾.

(119)Sui diversi orientamenti si veda, tra tutti, G.B.Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1968, p.74 ss.; Palermo, Funzione illecita e autonomia privata, Milano, 1970, p.61 ss.. Sul criterio della meritevolezza e della riconduzione dell'accordo al tipo negoziale, con una sostanziale coincidenza tra meritevolezza e liceità, tra tutti G.B.Ferri, op. cit., p.345 ss. e Gazzoni, Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in Riv.dir.civ., 1978, I, p.65 ss.

(120)Tra tutte, T.Santa Maria Capua Vetere, 19 Settembre 1972 n.1473; T.Alba, 27 Maggio 1978, richiamata da App.Torino, 9 Maggio 1980; Cass. 11 Maggio 1984 n.2887.

(121)Così in G.Doria, Autonomia privata e causa familiare, Milano, 1996, p.217 ss., il quale in nota 23 ricostruisce le riflessioni della dottrina in tema di donazione.

(122)Per le stesse ragioni viene esclusa la riconducibilità alla categoria degli atti di liberalità non donativi, come si evince in Cass. 25 Ottobre 1972, n.3299, in Dir.fam. e pers., 1973, p.60 ss.

Una diversa impostazione parte dalla considerazione che le convenzioni stipulate in occasione della separazione e del divorzio vertono su diritti disponibili e sono volti alla composizione di un conflitto, ragioni giustificatrici della collocazione nell'ambito dell'attività transattiva(123). Tale schema non è stato tuttavia ritenuto adeguato, stante l'efficacia "preclusiva" dello schema causale transattivo, in netto contrasto rispetto all'efficacia debole propria degli atti determinativi, ma anche, in altra prospettiva, alla luce della natura non pienamente disponibile dello *status* in tali negozi coinvolto (124).

Rispetto alle intese che realizzano il trasferimento dei beni tra coniugi, ampiamente condivisa è la tesi della funzione divisoria dei beni in comunione, in quanto lo stesso art.191 c.c. prevede atti risolutivi del regime di comunione legale, che i coniugi potrebbero decidere di programmare in una fase anticipata rispetto alla pronuncia della separazione personale(125). Secondo altri invece, tali trasferimenti troverebbero "causa esterna" nell'adempimento dell'obbligazione di mantenimento, cui il coniuge potrebbe essere tenuto in considerazione dell'inadeguatezza dei mezzi economici dell'altro(126). Tali accordi avrebbero quindi una "funzione solutoria", con causa remota (o esterna o *praeterita*), rispetto all'obbligazione preesistente di fonte legale, rappresentata appunto dal mantenimento. Tuttavia la tesi si presta a due distinti piani di osservazione critica: da un lato è molto raro che i coniugi facciano un richiamo espresso a tale causa esterna, ovvero dichiarino il proprio intento di adempiere all'obbligazione indicata, dall'altro l'accordo sarebbe nullo, per assenza della finalità solutoria, laddove il soggetto beneficiario non avesse diritto a tali attribuzioni. In tal caso il *tradens*, nei limiti della prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito, potrebbe richiedere la restituzione di quanto versato, dopo aver dimostrato che l'*accipiens* non versava nelle condizioni descritte dagli artt.156 c.c. o 5 l.div..

(123)Tra tutte, Cass. 15 Marzo 1991 n.2788, commentata in senso favorevole alla tesi prospettata sulla transazione da E.Del Prato, voce Transazione, in Enc. Del dir., XLIV, p.13.

(124)Così argomenta G.Doria, op.cit., p.247 ss.

(125)Così in Minervini, Divisione contrattuale ed atti equiparati, Napoli, 1990, p.178 ss.

(126)Sulla causa solutoria si vedano Mariconda, Il pagamento traslativo, in Contr. e impr., 1988, p.735 ss.; G.Oberto, op.cit., p.661 ss.

Teoria molto dibattuta e non condivisa dalla giurisprudenza è quella che, partendo dall'assoluta peculiarità dei trasferimenti in esame, arriva ad isolare una "causa familiare", caratterizzata non solo da ragioni esistenziali ed "affettive", ma anche da ragioni economico-patrimoniali ad esse collegate. Secondo tale configurazione del fenomeno, sarebbero proprio le ragioni "affettive" a connotare gli accordi in esame rispetto ai tipi negoziali comuni e dovrebbero rappresentare il "filtro" attraverso il quale può essere consentito l'ingresso della disciplina contrattuale. Il rapporto con lo *status* diventerebbe allora solo "esterno", un mero presupposto di efficacia, circostanza che collocherebbe gli atti negoziali traslativi su un piano di maggiore stabilità rispetto ai negozi determinativi con efficacia debole ed a quelli diretti alla modifica dello *status*(127).

Parimenti criticata la collocazione nell'ambito delle convenzioni matrimoniali, scelta da taluni in quanto la loro natura richiama quella dell'accordo e questo, quando ha ad oggetto rapporti giuridici patrimoniali, a sua volta attinge a quella del contratto. Tuttavia la dottrina ha rilevato che l'elemento caratterizzante dell'attuale nozione di convenzione matrimoniale, di cui all'art.159 c.c., è rappresentato dal legame con uno dei regimi patrimoniali della famiglia, mentre i contratti della crisi coniugale si riferiscono non ad un regime ma a specifici rapporti o beni.

Infine, ancor più interessante appare invece il riferimento che la Corte di Cassazione opera già nella sentenza n.1495 del 7 Giugno 1966, al "contratto atipico di cessione di immobile a titolo totale o parziale di mantenimento: contratto oneroso, lecito con causa lecita, rientrando nei fini propri dell'ordinamento giuridico che l'obbligo di mantenimento sia corrisposto nel modo più consono secondo la volontà e gli interessi di entrambe le parti(...)". Il tentativo può essere anche quello di ricondurre, quindi, tutta l'analisi sul profilo causale, all'art.1322 c.c., nei limiti della realizzazione degli "interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

(127)Si veda la tesi di G.Doria, op.cit., p.300 ss.

3.Autonomia coniugale e rapporti con la transazione e l'arbitrato.

Come sin qui delineato, i diritti ed i doveri derivanti dal rapporto matrimoniale sono contenuti in clausole generali, che necessitano di un'attività di specificazione di volta in volta, realizzabile proprio attraverso l'esercizio dell'autonomia privata. In questo senso si è fatto ricorso alla categoria concettuale del "negozio di accertamento", con il quale le parti "data come presupposto una situazione di incertezza intorno alla situazione giuridica preesistente tra loro, intendono fissare tale situazione giuridica con efficacia tra loro vincolante, determinando la esistenza o la inesistenza, il contenuto e i limiti di un determinato rapporto giuridico"(128). La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ne riconoscono l'ammissibilità (129) e ne individuano la causa nella eliminazione dell'incertezza rispetto a determinate situazioni giuridiche. A differenza della transazione, tale negozio non è caratterizzato dalle "reciproche concessioni"(130), non si verifica quindi l' "abbandono della pretesa e della contestazione originaria che vengono sacrificate per venire alla determinazione di un diverso assetto di interessi"(131).

Secondo questa ricostruzione, quindi, anche i coniugi possono concludere negozi di accertamento, per regolare i loro rapporti ed in particolare il dovere di contribuzione ai sensi dell'art. 143 c.3 c.c. e quello del mantenimento, previsto dall'art.156 c.c., ferma restando l'irrinunciabilità alla prestazione alimentare (132). Tali negozi, pur non essendo necessariamente funzionali alla risoluzione di eventuali controversie in materia, certamente richiamano all'ambito di applicazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi gli istituti della transazione e dell'arbitrato, che invece hanno tale specifica finalità.

Con il contratto di transazione, disciplinato dall'art.1965 c.c., le parti "facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro". Stante il contenuto patrimoniale delle prestazioni, i coniugi possono concludere un contratto di transazione in materia di obbligo di contribuzione e mantenimento del soggetto economicamente più debole.

(128)Tratto da Meneguzzo, Il negozio di accertamento, in Riv.dir.civ., 1987, II, p.644.

(129)Sull'inammissibilità rispetto ai diritti reali e più in generale per riflessioni molto critiche sul concetto stesso si veda, tra tutti, Coviello, Note critiche in tema di accertamento e di negozio d'accertamento, in Arch.giur."Filippo Serafini", Vol.XXXI, 1962, p.103 ss.; Furno, Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale, Firenze, 1948, p.29 ss.; Santoro Passarelli, L'accertamento negoziale e la transazione, in Riv. Trim.dir.proc.civ., 1956, p.4 ss.

(130)Meneguzzo, op. cit., p.649.

(131)A.Palazzo, La transazione, in Trattato di diritto privato diretto da P.Rescigno, Vol.13, Torino, 1985, p.304.

(132) Così in Angeloni, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1997, p.337.

Tuttavia, l'art.1966 c.c. impone alle parti di possedere la capacità per disporre dei diritti che formano oggetto della lite e sancisce la nullità se “tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti”. Si ritengono indisponibili “per natura” tutte le situazioni prive del requisito della patrimonialità, come la materia degli *status*, dei “diritti personali e personalissimi”, tra i quali quelli della personalità ed il diritto agli alimenti⁽¹³³⁾. Con riferimento all'ambito familiare, può essere oggetto di un contratto di transazione la risoluzione di controversie sui rapporti patrimoniali connessi allo *status* coniugale, “sia pure in modo rispettoso della indisponibilità di talune posizioni soggettive”, come precisato dalla giurisprudenza della Suprema Corte (134).

Ammissa la possibilità, secondo la ricostruzione proposta da alcuni Autori, di trovare soluzione alle controversie in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi anche mediante l'utilizzo della transazione, sono state oggetto di critica le tesi che hanno individuato dei negozi atipici non contrattuali negli accordi diretti a regolamentare le reciproche prestazioni tra coniugi separati, così come quelle che hanno individuato “cause familiari” tipiche, dirette a “fornire assetto e disciplinare le più svariate e differenti situazioni di natura personale e patrimoniale tra i coniugi rilevanti nella separazione o nel divorzio”⁽¹³⁵⁾. La tesi della piena disponibilità e derogabilità degli obblighi di natura patrimoniale sopra ricordati, fatta eccezione per la materia degli alimenti, comporta il rifiuto del dogma dell'intangibilità dei rapporti familiari in generale e della possibilità di porre in essere esclusivamente atti determinativi con efficacia “debole”, cui si è fatto cenno nella parte seconda della ricerca (136).

(133)Così ricostruisce Angeloni, op.cit., il quale rinvia a Carresi, La transazione, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F.Vassalli, Vol.IX, Torino, 1966, p.144.

(134)La citazione è tratta da Cass., 12 Maggio 1994, n.4647, in Vita not., 1994, p.1360, dove il riferimento è al diritto alla prestazione alimentare, come soglia minima di indisponibilità.

(135)La critica è di Angeloni, op.cit., nei confronti delle posizioni espresse in particolare da Doria, Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge, in Dir.fam.pers., 1992, p.226 ss e in Autonomia privata e “causa” familiare, Milano, 1996, p.242 ss.

(136)Così Doria, op.cit., p.246, che sottolinea la differenza tra la transazione, come contratto che risolve in via definitiva la controversia, ed il negozio determinativo, avente efficacia debole e quindi sottoposto al principio *rebus sic stantibus*.

Parimenti è stata affermata la tesi dell'arbitrabilità delle controversie riguardanti i rapporti patrimoniali, sia nella fase fisiologica che patologica del rapporto di coniugio, mentre rispetto ai diritti non patrimoniali si registrano aperture, "fatta tassativa eccezione per (le controversie) relative agli status coniugali, per quelle concernenti l'affidamento della prole, il diritto di chiedere la separazione e quello di difesa"(137).

Dalla piena derogabilità e disponibilità del diritto alla contribuzione ed al mantenimento, viene fatta derivare la transigibilità delle controversie connesse e, per effetto dell'art.806 c.p.c., anche la loro arbitrabilità(138). La possibilità di ricorrere al compromesso ed alla clausola compromissoria, rispettivamente disciplinati dagli artt. 807 e 808 c.p.c., strumenti con i quali le parti non intendono "abbandonare alcunché delle loro pretese, ma, anzi, insistono su di esse in tutto e per tutto, solo che la decisione sulla controversia si sono accordate di demandare ad un giudice particolare (...) anziché al giudice ordinario"(139), si dovrebbe arrestare solo di fronte alle controversie relative allo *status* dei coniugi separati ed all'applicazione del principio della "bigenitorialità", oggetto di precedente analisi. L'art.806 c.p.c. sembrerebbe escludere l'arbitrabilità delle controversie relative alla sussistenza e conservazione dello *status* coniugale, ambito assolutamente non disponibile, così come l'individuazione del tipo di affidamento rispetto alla prole, stante la previsione in via generale dell'affido condiviso e la sua esclusione solo in caso di contrarietà all'interesse del minore. Nessuna limitazione, quindi, rispetto alle tematiche dei rapporti patrimoniali, quali la misura e la modalità della contribuzione a titolo di mantenimento del coniuge e della prole, con alcune precisazioni dettate dall'analisi della Legge n.54/2006. In primo luogo, l'intima connessione attualmente esistente tra i tempi di "cura" del minore ed entità del mantenimento, sollecita ad essere prudenti e ad ammettere la disponibilità, nei limiti di non interferenza con il diritto della prole ad un rapporto "equilibrato e continuativo" con entrambi i genitori.

(137)Si veda Angeloni, op.cit., p.348, che sostiene la negoziabilità dei rapporti personali, con le limitazioni indicate.

(138)Nel senso che disponibilità e derogabilità comportano l'arbitrabilità e che la transigibilità determina la possibilità di ricorrere all'arbitrato, si veda Cass.S.U. 30 Giugno 1951 n.1747, in Giur.compl.cass.civ., 1951, vol.XXX, III quadrimestre, t.I, p.462 e, più recenti, Cass. 19 Maggio 1989, n.2406, in Giust.civ., 1989, I, p.2609; Cass. 30 Agosto 1995, n.9155, in Mass.Foro it., 1995.

(139)La citazione è di Schizzerotto, Dell'arbitrato, Milano, 1988, p.53.

In secondo luogo, resta indiscussa l'indisponibilità del diritto che i figli in via autonoma vantano nei confronti del genitore, ancor più nel caso di soggetti maggiorenni non indipendenti economicamente, ai quali l'assegno (non essendo configurabile l'affidamento condiviso e quindi il mantenimento in via diretta come forma da ritenere privilegiata) "è versato direttamente", salvo diversa disposizione del giudice, ai sensi dell'art.155 *quinquies* c.c.

Pienamente arbitrabili appaiono, quindi, non solo le questioni relative alla quantificazione del mantenimento che ciascun coniuge deve nei confronti dell'altro e dei figli, ma anche quelle in materia di modalità di realizzazione del "rapporto equilibrato e continuativo" che i figli devono mantenere con ciascun genitore e ramo parentale nella fase della separazione personale. La consistente area di disponibilità è confermata dal rinvio che l'art.155 *sexies* c.2 c.c. opera all'art.155 c.c., che disciplina sia aspetti patrimoniali che personali del rapporto tra genitori e figli. Viene infatti espressamente prevista la possibilità per i coniugi, avvalendosi di "esperti", di "raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli", non demandando la decisione ad un terzo, ma in questo caso auto-definendola.

Ciò che rileva è che, proprio per effetto della nuova concezione di mantenimento, strettamente collegato ai compiti di cura e quindi alle modalità e tempi di frequentazione dei figli, prestazioni di natura patrimoniale e non patrimoniale si fondono necessariamente, non essendo possibile né ragionevole a questo punto scindere chirurgicamente, all'interno di una determinata regolamentazione, aspetti suscettibili ed insuscettibili di valutazione economica, in quanto gli uni giustificano reciprocamente gli altri. Parimenti non più utile appare distinguere tra le aree più o meno estese della patrimonialità, e quindi suscettibili di regolazione in sede contrattuale e gli ambiti che da tale sede restano esclusi, dal momento che l'art.808 bis c.p.c., introdotto dal D.Lgs.n.40/2006, consente alle parti di "stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati". In tal modo è stato rimosso il precedente divieto, di cui agli artt.806 e 808 c.p.c. e così l'istituto si apre alla regolamentazione di rapporti di vario contenuto, anche non contrattuale⁽¹⁴⁰⁾, tra i quali non sembra di poter escludere *a priori* quelli derivanti dal matrimonio o dalla crisi coniugale.

(140)Si pensi, a titolo esemplificativo, alle controversie in tema di risarcibilità dell'illecito extra-contrattuale, un tempo non compromettibili, la responsabilità precontrattuale, l'arricchimento indebito, la concorrenza sleale, la responsabilità da prodotto difettoso, le liti connesse all'utilizzo di beni comuni, i diritti degli associati nelle associazioni non riconosciute, le controversie in materia successoria tra eredi e legatari su rapporti giuridici che nascono dall'apertura

della successione, oggetto di analisi da parte di Zucconi Galli Fonseca, sub art.808 bis, in Carpi(a cura di), Arbitrato. Commento al titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile – artt.806-840, Bologna, 2008, p.152.

Sulle problematiche relative alla forma della convenzione di arbitrato in materia non contrattuale, prevale la tesi della forma scritta ad probationem tantum, come per la clausola compromissoria, con esclusione della forma scritta ad substantiam, come invece previsto per il compromesso su lite già insorta, come si vede in Ruffini, sub art.808 bis, in Comm.Consolo, Luiso, III, Milano,2007, 5709.

Dallo studio condotto sulla relativamente non vasta produzione dottrinale in tema di accordi sulla crisi coniugale, emerge chiaramente una preoccupazione di fondo, ovvero che dalla dichiarazione di ammissibilità e dalla stessa costruzione di un istituto siffatto possa derivare una spinta incontrollata verso la disgregazione del vincolo coniugale, già sufficientemente esposto alle insidie dei tempi correnti. Tuttavia, un primo beneficio che questi accordi regolatori di un passaggio così delicato sarebbero idonei ad apportare, potrebbe essere rappresentato da una maggiore certezza sulle posizioni giuridiche di base, circostanza che dovrebbe spingere verso una drastica riduzione dell'utilizzo dello strumento processuale e del diritto sostanziale per scopi ulteriori rispetto a quelli istituzionalmente previsti, in analogia a quanto sostenuto dalla dottrina e recentemente accolto anche dalla giurisprudenza rispetto alla tematica dell'abuso del diritto.

L'abbandono della rilevanza della colpa di uno dei coniugi, come presupposto per la separazione personale, unitamente alla ormai unanime affermazione del carattere assistenziale del mantenimento, hanno portato negli ultimi trent'anni ad un ripensamento della materia, che trova oggi nella riforma introduttiva dell'affidamento condiviso più conferme che smentite. Le timide aperture della Corte di Cassazione nella nota sentenza n.1305 del 6 Aprile 1977, dove si sanciva la disponibilità dell'assegno di divorzio limitatamente alla sua componente risarcitoria e compensativa, trovavano un'inversione di rotta nella giurisprudenza degli anni successivi, fondata sulla tesi alquanto discutibile dell'incidenza degli accordi regolativi della separazione sulla libertà della condotta processuale e sulla mercificazione dello *status* coniugale. La sanzione della nullità della causa per violazione dei principi di ordine pubblico o buon costume ha attraversato anche tutta la giurisprudenza degli anni Novanta, parzialmente superata da alcuni arresti interessanti degli ultimi anni.

Sembra aver perso ormai definitivamente importanza la tesi dell'assoluta indisponibilità del mantenimento, sulla cui natura assistenziale non sembrano proiettarsi particolari ombre, stante il venir meno di qualsiasi connotazione, come è stato illustrato, di tipo risarcitorio e compensativo. La stessa asserita limitazione della libertà di difesa nel procedimento di separazione e di divorzio, mal si concilia con le riflessioni proposte sulla posizione di diritto potestativo e di soggezione configurabili in capo a ciascun coniuge, che in ogni caso manterrebbe la possibilità di rappresentare al giudice investito della questione tutti gli elementi incidenti sull'idoneità dell'accordo a regolare situazioni di fatto mutevoli nel tempo, con i connessi interventi riequilibrativi.

Parimenti superabili appaiono le osservazioni sulla “commercializzazione” dello *status* di coniuge, dal momento che gli accordi in commento hanno ad oggetto non la conservazione della condizione di marito o di moglie per un certo periodo di tempo od a certe condizioni, ma più semplicemente la regolazione di un complesso assetto di interessi che, per altro, si muove all’interno di una griglia di norme cui necessariamente deve conformarsi. In altre parole, l’unica manifestazione di libertà, assoluta e scevra da qualsivoglia limitazione, da conservare con fermezza, appare essere quella relativa “all’ingresso ed all’uscita” rispetto allo *status* di coniuge, lasciando invece ai protagonisti la facoltà di dettare reciproche regole sulla gestione dei rapporti patrimoniali conseguenti ed anche, in una certa misura giustificata dalla intrinseca connessione, dei rapporti di natura non patrimoniale.

L’analisi condotta sino a questo punto si deve arrestare non con poco rammarico, per non aver potuto o saputo trovare tutte le risposte adeguate ed aver invece distribuito lungo il percorso una serie di interrogativi e talora preoccupate riflessioni. Probabilmente è lo stesso argomentare in termini giuridici che non sempre può condurre alla sensazione di possedere la materia “sino in fondo”, ancor più quando il diritto sostanziale appare particolarmente complesso ed in alcuni casi rarefatto. La sensazione sorprendente, all’esito delle considerazioni proposte, è contenuta nell’espressione stessa di “autonomia negoziale matrimoniale” e di “rapporto di coniugio”. Il *munus* presente nella radice del termine matrimonio è, nel suo primo significato, il dono che obbliga ad un successivo scambio, sino a comporre quella rete di reciproci apporti e relazioni che chiamiamo, dalla stessa radice, “comunità”. Nel termine “matrimonio” convivono i concetti dello scambio e del dovere con il termine “madre”, a sottolineare quale fosse il compito assegnato alla donna, in quanto genitrice ed investita della filiazione legittima, rispetto all’uomo, in quanto soggetto incaricato di provvedere al “patrimonium”.

Non vi è dubbio che rispetto alle suggestioni richiamate dall’etimologia e dal diritto romano, dove originariamente il matrimonio era una situazione di fatto dalla quale discendevano una serie di effetti civili, la forma attuale assunta dall’istituto sia radicalmente diversa, anche rispetto alle influenze del diritto canonico, non approfondite per esigenze di sintesi e di raccordo con l’impianto di fondo della ricerca. La lettura in termini giuridici dell’istituto, quindi, non può certamente prescindere dalla ricostruzione delle radici culturali, sociali, religiose ed economiche che su di esso hanno nel tempo impresso una traccia, più o meno visibile, ma l’urgenza percepita di calare la riflessione nel concreto è fortemente condizionante.

In questo senso, l’art.160 c.c. sembra dettare l’inderogabilità dei soli contributi minimi del rapporto di coniugio, ovvero il principio dell’accordo, dell’eguaglianza (anche nella sua accezione di disparità di trattamento, laddove questa ne determini l’effettività), dell’obbligo di

contribuzione in misura proporzionale alle proprie sostanze, del principio di solidarietà familiare.

All'autonomia negoziale delle parti può essere lasciata di volta in volta la regolazione delle concrete modalità di attuazione, anche rispetto alla delicata fase della crisi coniugale, dove il concetto di "indirizzo della vita familiare" può trovare un nuovo terreno di manifestazione. Rispetto a tali accordi, anche alla luce delle considerazioni che vengono dall'analisi comparata, si pone il problema della coincidenza tra liceità e meritevolezza, nella convinzione che la configurabilità di convenzioni atipiche richiede una verifica, in ogni caso, rispetto al perseguimento di finalità meritevoli di tutela, espressive della realizzazione individuale nell'ambito familiare, costituzionalmente garantita.

Molti livelli ulteriori di approfondimento sembrano dipanarsi dalla struttura centrale della ricerca, da quel modello di base rappresentato dall'assunto che i tempi sono maturi per una convinta valorizzazione dell'autonomia coniugale, anche ricorrendo alle categorie concettuali ed alla disciplina tipiche del contratto, non semplicemente nei suoi aspetti regolatori, ma anche nelle sue potenzialità riequilibratrici. La tensione profonda tra margini di derogabilità ed inderogabilità, tra interessi privatistici e diritti superiori, superindividuali, arricchisce la discussione più che in ogni altro ambito giuridico.

La materia dell'autonomia coniugale si presta di per sé a molteplici piani di lettura, sincronici e diacronici, all'interno della stimolante dialettica tra il *nomos* che sta al di fuori del soggetto e quello auto-prodotto, tra la norma superiore, calata dall'alto, "ottriata", e quella che nasce dal basso, dagli scambi e dalle relazioni, che utilizza il diritto per dare forma alla libertà stessa di decidere cosa, quando e come fare. La dottrina e la giurisprudenza sono spesso partite, come è stato evidenziato, da posizioni diametralmente opposte, per poi giungere talora a buoni compromessi, senza contare le infinite sfumature e le differenti posizioni interne a ciascuna.

La sensazione finale è che, rispetto al tema trattato, non esista una singola soluzione, affidata ad un determinato regime patrimoniale, ad una certa lettura più o meno radicale dell'art.160 c.c., all'applicazione integrale di strumenti giuridici nati in altri ordinamenti e variamente adattati a seconda delle esigenze. Appare ancor più necessario, all'esito delle ricostruzioni condotte, giungere all'elaborazione di soluzioni che non siano meramente acceleratorie dei fenomeni in corso, finalizzate a dare risposte semplici e di "pronto utilizzo", con il rischio di spostare il momento del sorgere del conflitto alla fase post-matrimoniale, quando diverse forme di famiglia si creano e si disfano, in un dinamismo difficilmente controllabile.

Preferibile appare, allora, anche alla luce dei delicati problemi di ordine morale che la materia suggerisce, assumere un atteggiamento più nobile nei confronti delle istanze provenienti

dalla collettività, che è chiamata a dare concretezza allo strumento giuridico. Si tratta di realizzare, con tutte le risorse che si sono viste, in termini di costruzioni dottrinali e di portato giurisprudenziale, invero non sempre all'altezza dei primi, un sistema coerente di norme e di istituti, pensati per dare risposte in armonia rispetto al sistema nel suo complesso. Senza forzature e senza scorciatoie, che nulla hanno a che fare con la complessità del pensiero giuridico.

BIBLIOGRAFIA

- A. LISERRE, Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato, RTDPC , 1975.
- A.ARCERI, L'affidamento condiviso, in Nuovi percorsi di diritto di famiglia, a cura di M.SESTA, Milano, 2007, p.149 ss.
 - A.C.JEMOLO, Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio, in Riv.Dir.Civ., 1967, II, pp.529-530.
 - A.C.JEMOLO, La famiglia e il diritto, in Annali del Seminario Giuridico, Napoli, 1949.
 - A.CILARDO, Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano, ESI, Napoli, 2002, p.279 ss.; Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, "I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia", in Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana, 5 Maggio 2005, consultabile sul sito http://host.uniroma3.it/pregetti/cedir/Eventi/MatrimCattol_Musulm.pdf;
 - A.CILARDO-F.MENNILLO, Due sistemi a confronto. La famiglia nell'Islam e nel diritto canonico, Cedam, Milano, 2009.
 - A.IANNINI, Guida alla nuova mediazione e conciliazione, Commento sistematico al D.Lgs.28/2010 e al D.M.180/2010, Nuova Giuridica, Avellino, 2010, p.75 ss.
 - A.JANNARELLI, L'assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi, FI, I, 1981, 1382-1393.
 - A.NARDONE, Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio, Famiglia, 2005.
 - A.PALAZZO, La transazione, in Trattato di diritto privato diretto da P.Rescigno, Vol.13, Torino, 1985, p.304.
 - A.PEPE, Convenzioni matrimoniali-Comunione convenzionale-Separazione dei beni, in Nuova Giur. Civile comm., 1991, II,p.233 ss.
 - A.R.GAGLIOTI, Note in tema di coercibilità degli accordi di vita coniugale a favore dei figli, in Diritto di famiglia, 2003, 409.
 - A.TRABUCCHI, Il nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma, RDC, II, 1987, 125-142;
 - A.ZOPPINI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo, 2002, I, pp.220 ss.
 - ALAGNA, Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto, Milano, 1979.

- ANGELONI, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1997, p.337.
- BARGELLI e BUSNELLI, Convenzione matrimoniale, in Enc.dir., Aggiornamento,IV, Milano, 2000
- BERGAMINI, Appunti sulla autonomia dei coniugi di disporre l'assetto dei loro rapporti patrimoniali in concomitanza ed in vista di un futuro divorzio, commento a Cass. 25 ottobre 1972 n.3299, in Giust. Civ., 1974, I, pp.173 ss.
- C.DIONISI, Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia, in Rass. Dir. Civ., 1997
- C.GANGI, Il matrimonio, Giuffrè, 1969, pp. 44 ss.
- C.M.BIANCA, Diritto Civile, II, Famiglia e successioni, Giuffrè, Milano, 1981, p. 18
- CARPI (a cura di), Arbitrato. Commento al titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile – artt.806-840, Bologna, 2008, p.152.
- CARRESI, La transazione, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F.Vassalli, Vol.IX, Torino, 1966, p.144.
- COVIELLO, Note critiche in tema di accertamento e di negozio d'accertamento, in Arch.giur."Filippo Serafini" Vol.XXXI, 1962, p.103 ss
- DORIA, Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge, commento a Trib. Potenza, ordinanza 14 marzo 1991, in Dir. fam. e pers., 1992, pp.219 ss.
- E.CALO', Matrimonio à la carte, Milano 2009, p.233 ss.,
- E.DEL PRATO, voce Transazione, in Enc. Del dir., XLIV, p.13.
- E.QUADRI, Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare, Famiglia, 2005.
- E.QUADRI, Famiglia e ordinamento civile, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 153 e ss.
- E.QUADRI, Le tecniche di riproduzione artificiale tra diritto vigente e possibili opzioni legislative, in Foro nap., 1995, p.251 ss.
- E.ROPPO, Convenzioni matrimoniali, in Enc.giur.Treccani, IX, Roma, 1988, p.3.
- E.RUSSO, Le convenzioni matrimoniali, in Commentario al codice civile, a cura di F.D.BUSNELLI, Milano, 2004, p.379 ss. c.c.
- E.RUSSO, Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti "matrimoniali" di separazione, di divorzio, di nullità, in Riv.dir.fam., 1989, p.1104.
- F. FINOCCHIARO, Del Matrimonio, in Commentario del Codice Civile, Scialoja – Branca, Zanichelli, Bologna, 1971.

- F. SANTOSUOSSO, Il regime patrimoniale della famiglia, in commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, Utet, Torino, 1983.
- F.ANGELONI, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, Padova, 1997
- F.GALGANO, Il negozio giuridico, Giuffrè, Milano, 1988, pp.486 e ss.
- F.MICHELOTTI - A.ROSSI, Il fondo patrimoniale, strumento di difesa e presidio del patrimonio familiare, Napoli, 2010, p.21 ss
- F.PARENTE, Il preteso rifiuto del coacquisto “ex lege” da parte di coniugi in comunione legale, nota Cass., 2 Giugno 1989 n.2688, in Foro it., 1990, I, c.608 ss
- F.RUSCELLO, I rapporti personali fra coniugi, Milano, 2000.
- F.SANTORO PASSARELLI, Saggi di diritto civile, Napoli, 1961.
- FALZEA, La separazione personale, Milano, 1943, p.127.
- G. ALPA – G.FERRANDO, Quaestio, in Questioni di diritto patrimoniale nella famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi, Cedam, Padova, 1989
- G.ALPA, Future of family contracts, comparative law and European law, predisposta per il seminario tenuto a Bruxelles il 12 Dicembre 2008
- G.AUTORINO STANZIONE, Autonomia negoziale e rapporti coniugali, in Rass.Dir. Civ., 2004.
- G.B.FERRI, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Milano, 1968, p.74 ss.;
- G.B.FERRI, Il diritto statutale e il suo doppio, in Oltre il diritto a cura di M.Costanza, Padova, 1994, p.28.
- G.B.FERRI, Il negozio giuridico tra libertà e forma, Rimini, 1987 e F.Galgano, Crepuscolo del negozio giuridico, in Contratto e Impresa, 1987, p.733 ss.
- G.BILO', Dalla genitorialità biologica alla genitorialità sociale: il regime giuridico delle famiglie ricostituite in Italia e Inghilterra alla luce delle recenti riforme, in Studi in memoria di Bruno Carboni, Napoli, 2010, p.45-74.
- G.DE MARZO, L'affidamento condiviso. Profili sostanziali, in Foro it., 2006, V, 92.
- G.OBERTO, Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica, nota a Cass. 20 marzo 1998 n. 2955, in Foro.it, 1999.
- G.OBERTO, I contratti della crisi coniugale, Milano, 1997.
- G.OBERTO, I trasferimenti mobiliari ed immobiliari in occasione di separazione e divorzio, in Fam. e dir., 1995, p.159 ss

- G.OBERTO, Le convenzioni matrimoniali: Lineamenti della parte generale, in Fam. e dir., 1995, p.596 ss
- G.OBERTO, Prenuptial agreements in contemplation of divorce e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, Riv. Dir. Civ., 1999.
- G.OBERTO, Volontà dei coniugi ed intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta, in Dir.Fam., 2000, p.771 ss.
- GAZZONI, Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in Riv.dir.civ., 1978, I, p.65 ss.
- I.CENNI, Dossier a cura di Cenni, Gentile, Maglietta : “Mantenimento dei figli : i modelli di calcolo – Strumenti statistici, applicazioni informatiche e previsioni normative”, in Famiglia e Minori, Ed. Il Sole24ore, 2009, p.46 ss.
- L. ROSSI CARLEO, Famiglia e successioni, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 17 ss.
- L.D’AVACK, L’affidamento condiviso tra regole giuridiche e discrezionalità del giudice, in Aa.Vv., L’affidamento condiviso, a cura di S.PATTI e L.ROSSI CARLEO, Milano, 2006, p.17 ss
- L.ROSSI CARLEO, Cause di scioglimento della comunione, in La comunione legale, a cura di C.M.BIANCA, II, Milano, 1989, p.863 ss.
- L.ROSSI CARLEO, Diritto di famiglia, in Trattato a cura di Bessone, I, p.195.
- L.ROSSI CARLEO, E.BELLISARIO, V.CUFFARO, Famiglia e successioni, Le forme di circolazione della ricchezza, Torino, 2009, p.45 ss.
- M. SALA, La rilevanza nel consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto, RTDPC, 1996
- M.C.ANDRINI, L’Autonomia negoziale dei coniugi nella riforma del diritto internazionale privato con particolare riguardo alla modifica delle convenzioni matrimoniali e dei patti conseguenti alla separazione consensuale, 1996.
- M.COMPORTI, Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio, in Foro it., 1995, V, p.105 ss.
- M.DOGLIOTTI, La separazione giudiziale, in Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G.BONILINI e G.CATTANEO, I, Famiglia e matrimonio, Torino, 1997, 474 ss.
- M.FIORINI, Dossier “Gli accordi tra coniugi prima e dopo la crisi”, Fam. e Min. 5/2009, p.XI ss.
- M.SESTA, L’affidamento condiviso, Milano, 2007, p.23 ss

- MARELLA, Gli accordi tra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno consultabile al sito <http://www.giudit.it/documentiline/Marella-1.htm>
- MARICONDA, Il pagamento traslativo, in Contr. e impr., 1988, p.735 ss.
- MENEGUZZO, Il negozio di accertamento, in Riv.dir.civ., 1987, II, p.644.
- MINERVINI, Divisione contrattuale ed atti equiparati, Napoli, 1990, p.178 ss.
- MORELLI, Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia, in Fam. e dir., 1994.
- MOSCARINI, Parità coniugale e governo della famiglia, Milano, 1974.
- P. RESCIGNO, Persona e comunità, Il Mulino, Bologna, 1966, pp. 6 ss.
- P. ZATTI, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, III, Utet, Torino, 1982
- P.PERLINGIERI, Rapporti personali nella famiglia, Napoli, 1982
- P.RESCIGNO, Appunto sull'autonomia negoziale, GI, IV, p. 113 ss.
- P.RESCIGNO, Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della mediazione familiare in Giur. it. 1995, I, c.78.
- P.STANZIONE – G.AUTORNINO, Autonomia privata e d accordi coniugali, in Accordi sulla crisi di famiglia e autonomia coniugale, a cura di F. Ruscello, Cedam, Padova, 2006.
- PALERMO, Funzione illecita e autonomia privata, Milano, 1970, p.61 ss..
- RAMANZINI – GIACOMIN, Le convenzioni tra coniugi in vista di annullamento del matrimonio come contratti innominati, in Foro Pad., 1968, I, pp.1002 e ss.
- RESCIGNO, Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma, in Matrimonio e famiglia, Torino, 2000, p.5.
- RODOTA', Il diritto privato nella società moderna, Bologna, 1971, p.211 ss.
- S. PUGLIATTI, I fatti giuridici, Revisione e aggiornamento di A. Falzea, Giuffrè, Milano 1996, pp. 139 ss.
- S.ALAGNA, Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto, Milano, 1983, p.156 ss
- S.PULEO, Famiglia, II, Disciplina privatistica in generale, in Enc. Giur. Treccani, XIV, Roma, 1989, p.8.
- SANTORO PASSARELLI, Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio, in commentario al diritto italiano della famiglia, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, II, Padova, 1992.
- SANTORO PASSARELLI, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, in Saggi di diritto civile I, Jovene, Napoli, 1961 p.381 ss.

- SCHIZZEROTTO, Dell'arbitrato, Milano, 1988, p.53.
- T.AULETTA, Il fondo patrimoniale, artt.167-171, in Cod.Civ.Commentato Schlesinger, Milano, 1992, p.12
- V.CARBONE, Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi), nota a Cass. 22 gennaio 1994 n.657, in Fam. e dir., 1994, p.141 ss.
- V.DI GRAVIO, Gli accordi tra genitori in sede di separazione, in Aa.Vv., L'affidamento condiviso, op.cit., p.56 ss

RINGRAZIAMENTI

Un sincero ed affettuoso ringraziamento al Prof. Avv. Nicola Corbo, tutor paziente e comprensivo, che ha saputo in ogni occasione ascoltare e condividere le mie iniziative e dal quale ho imparato molto in questi anni.

Un pensiero a tutti i colleghi del XXIII e XXIV ciclo del Dottorato in “Diritto dei Contratti Pubblici e Privati”, con i quali non sono mai mancate le riflessioni stimolanti e la condivisione delle esperienze.

Un ringraziamento particolare alla Dott.ssa Maria Elena Mazzetti, alla Dott.ssa Simona Santicchia ed al Dott. Marco Bracoloni, con i quali ho collaborato nei tre anni trascorsi, per porre in essere iniziative e progetti interessanti.

Infine, ma non per importanza, un sentito e doveroso ringraziamento ai miei genitori, nonni insostituibili, che hanno saputo brillantemente supplire alle mie assenze.