La nozione allargata di famiglia

Fino alla legge n. 76 del 2016 esistevano due **nozioni di famiglia** e cioè la famiglia di diritto, quella società naturale fondata sul matrimonio di cui all'art. 29 Cost., e la famiglia di fatto, cioè la convivenza stabile e duratura nell'ambito della quale si faceva rientrare sia l'unione eterosessuale che quella omosessuale;

- in ogni caso la famiglia di fatto, salvi alcuni sporadici interventi normativi, era priva di regolazione giuridica, soprattutto con riferimento all'assenza degli specifici doveri di assistenza e mantenimento che invece caratterizzano il modello matrimoniale tradizionale;
- la legge n. 76 del 2016 ha certamente innovato un po' l'intera materia perchè, accanto al modello familiare tradizionale fondato sul matrimonio eterosessuale, ha preso in considerazione e disciplinato due fenomeni: quello delle unioni civili, riservato alle coppie omosessuali e costruito sulla falsariga dell'atto matrimoniale, e quello delle convivenze di fatto, caratterizzato semplicemente da soggetti che convivono stabilmente;
- cosa è cambiato allora con la legge del 2016 ? è cambiato che quelle convivenze che un tempo erano del tutto prive di regolazione normativa, adesso ricevono una compiuta disciplina, in quanto le coppie omosessuali (che prima rifluivano semplicemente nelle famiglie di fatto) adesso possono formalizzare l'unione mediante atto pubblico dinanzi all'ufficiale di stato civile e godere di una disciplina più o meno puntuale predisposta dal legislatore; e le convivenze di fatto, formate da soggetti di qualsiasi sesso che però non vogliono formalizzare la loro unione, ricevono comunque una disciplina di protezione dai commi 36 a 65 dell'art. 1 della predetta legge;
- certo è che se il legislatore con questi interventi ha mostrato chiaramente di venire incontro alle istanze sociali di assegnare una disciplina a queste formazioni sociali (cui va riconosciuta dignità ai sensi dell'art. 2 Cost.), è anche vero che ci dobbiamo interrogare se il tradizionale concetto di famiglia si è corrispondentemente allargato, se cioè esista ad oggi un unico modello familiare allargato idoneo a ricomprendere anche questi fenomeni, cioè il quesito è se esista un unico modello familiare che ricomprende tutti e tre i fenomeni, o se concettualmente siamo al cospetto di famiglie di natura differente;
- qualcuno propende per la nozione allargata valorizzando gli spunti provenienti dalla Cedu: l'art. 8 Cedu prevede il diritto al rispetto della vita privata e familiare e l'art. 12 prevede il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, laddove, secondo l'interpretazione costante della Corte Europea, tali incisi devono essere interpretati come comprensivi anche della libertà di scelta del modello familiare (quindi un modello familiare fondato non più solo sul matrimonio, ma anche su un'unione same sex ed una convivenza di fatto);
- la questione però in questo modo è forse mal posta: forse a livello concettuale possiamo anche dire che siamo al cospetto sempre dello stesso concetto di famiglia, ma quello che conta è andare il regime legislativo per vedere se la risposta è esatta.

Andiamo ad esempio a guardare come funziona il **regime patrimoniale**:

- per quanto riguarda la famiglia regolata dal codice civile, il regime si fonda regolarmente sulla comunione ex art. 177 c.c., a meno che mediante un contratto endofamiliare (c.d. convenzione matrimoniale) i coniugi non decidano di adottare un modello differente (ad esempio la separazione o il fondo patrimoniale);
- per quanto riguarda le unioni civili, le cose funzionano più o meno allo stesso modo, tanto è vero che il comma 13, prevede che il regime dell'unione è la comunione dei beni, salva diversa convenzione;
- per quanto riguarda le convivenze di fatto, il comma 50 prevede che i conviventi di fatto possono disciplinare i loro rapporti economici con la stipula di un contratto di convivenza mediante il

richiamo alla disciplina della comunione dei beni (e qui indubbiamente c'è qualche differenza rispetto agli altri due regimi, in quanto innanzitutto a differenza degli altri modelli qui il regime della comunione non è automatico ma va adottato con un contratto e poi è molto dubbia la possibilità di adottare fin dall'inizio un regime diverso visto che la norma fa riferimento solo al regime della comunione).

Per quanto riguarda la posizione **successoria**, anche qui dobbiamo operare un confronto:

- nel matrimonio civile e nelle unioni civili, le cose tutto sommato funzionano allo stesso modo: quindi il coniuge assume la posizione di legittimario e si applicano tutte le norme che riguardano il coniuge come ad esempio le cause di indegnità, la collazione, l'azione di riduzione (l'applicazione delle norme sul patto di famiglia);
- invece per le convivenze di fatto il legislatore non ha assegnato al convivente la posizione di legittimario e quindi è chiaro che tutto è rimesso al testamento che però può operare con l'attribuzione di una quota di eredità o al limite con i legati ma sempre nell'ambito della quota disponibile (l'unica norma dettata a proposito è il comma 44 che prevede la possibilità del convivente superstite di succedere nel contratto di locazione della casa familiare stipulato dall'altro convivente).

Ancora differente è la disciplina riguardante **la filiazione**: lasciando per un attimo da parte la questione delle unioni civili che è un po' più complicata, la differenza tra famiglia civile e convivenze di fatto va colta riflettendo su quella che è la differenza tra filiazione legittima (figlio nato nel matrimonio) e filiazione naturale (o meglio figlio nato fuori dal matrimonio);

- per quanto riguarda la filiazione legittima, tutto il sistema disegnato dalla legge 154 del 2013 (che ha fortemente modificato l'originario impianto della filiazione) è improntato su una doppia presunzione e cioè che (a parte il noto principio secondo il quale la madre è sempre certa) ciò che consente di saldare la paternità è una presunzione e cioè che il figlio è o concepito o è nato durante il matrimonio (anche se è stato concepito in precedenza non rileva) per cui verificandosi tale condizione scatta la presunzione di cui all'art. 231 per cui il padre del figlio è il marito della madre;
- in questo sistema ovviamente non ha alcuna logica parlare di riconoscimento del figlio perchè il figlio è automaticamente legittimo se ricorrono queste condizioni e l'unica cosa che si può verificare è l'esatto contrario, cioè il disconoscimento che mira a superare la presunzione di paternità (in tal caso per la disciplina dell'azione di disconoscimento vedi l'art. 244 c.c.);
- la situazione concernente i figli nati fuori dal matrimonio (e quindi eventualmente nell'ambito di una convivenza di fatto) qui la presunzione di paternità non opera e quindi occorre un apposito riconoscimento per far conseguire al soggetto lo status di figlio e questo riconoscimento avviene o attraverso un atto del genitore naturale o attraverso un'apposita azione da parte del figlio ove manchi il riconoscimento del genitore (dichiarazione giudiziale di paternità e maternità), azione che addirittura in passato doveva essere preceduta anche da un giudizio preliminare di ammissibilità (nel senso che occorreva instaurare un preliminare giudizio nel quale si operava un'indagine sommaria sulla serietà dell'azione di merito: in pratica il figlio doveva addurre circostanze serie che facessero apparire giustificata la proponendo azione);
- tale giudizio preliminare di ammissibilità provocava però vari inconvenienti e prestava il fianco a rischi di abusi (il figlio poteva iniziare l'azione con qualche documento e farsela rigettare e poi ricattare il genitore dicendo che se non gli offriva qualcosa ripresentava l'azione con ulteriori documenti);
- a seguito di un primo intervento legislativo (che ha previsto che il decreto del tribunale debba essere motivato e sia reclamabile), alla fine è intervenuta la Corte Cost. (n. 50/2006) che ha

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero art. 274 ritenendo il giudizio di ammissibilità un ostacolo irragionevole (non realizza la ragionevole durata del processo ed ostacola l'accertamento della paternità naturale e quindi la parificazione tra figli naturali e figli legittimi);

- comunque, una volta che attraverso il riconoscimento viene conseguito lo status di figlio, la cosa importante da notare è che mentre prima della legge del 2013 la qualifica di figlio naturale riconosciuto metteva quest'ultimo comunque su un piano differente rispetto al figlio legittimo (ad esempio il figlio naturale non instaurava alcun legame di parentela con i parenti del genitore naturale; al figlio naturale era preclusa la facoltà di commutazione concessa dal 573 ai figli legittimi), con la riforma del 2013 (che per la verità è cominciata con la legge n. 219 del 2012) viene introdotto il concetto cardine dell'unicità dello status di figlio senza più alcuna distinzione o differenziazione sicché dall'entrata in vigore di questa legge tutte le espressioni figlio legittimo e figlio naturale contenute nel codice civile vengono sostituite semplicemente dal termine figlio.

La situazione della **filiazione per le coppie omosessuali** (sia che si tratti di unioni civili che di famiglie di fatto) è enormemente più complicata e questo non perché vi sia una preclusione giuridica ad instaurare un rapporto di filiazione (in quanto ormai da tempo si è diffusa nella coscienza sociale l'idea dell'ampia idoneità delle coppie omosessuali ad accogliere, crescere ed educare i figli) ma per ragioni del tutto naturali: sia che si tratti di due madri che di due padri è indispensabile ricorrere al materiale genetico di un terzo attraverso una tecnica di PMA che teoricamente sarebbe pure disciplinata nel nostro ordinamento dalla legge n. 40 del 2004 (nel caso delle due madri serve un donatore e quindi sarebbe necessario ricorrere ad una fecondazione eterologa; nel caso dei due padri servirebbe una gestante per conto altrui, il c.d. utero in affitto, la c.d. surrogazione di maternità): in entrambi i casi la giurisprudenza ha individuato dei limiti insormontabili per queste coppie omosessuali che intendano ricorrere alla PMA;

- nel caso delle due madri legate in unione civile l'ostacolo insormontabile è che l'art. 5 condiziona l'accesso alle tecniche di PMA a persone di sesso diverso e che se è vero che la Corte Cost. con sentenza 162 del 2014 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4 nella parte in cui vietava l'eterologa, lo ha fatto solo ed esclusivamente con riferimento al caso in cui sia diagnosticata una causa di sterilità o infertilità assoluta ed irreversibile; ed allora proprio sulla base di queste osservazioni, la Cass. di recente con sentenza n. 8029 del 2020 ha negato la possibilità di rettificare l'atto di nascita di una minore nata all'estero con il ricorso alla PMA da parte di una delle due madri, osservando che l'infertilità fisiologica della coppia omosessuale non è paragonabile a quella della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive, l'unica che secondo la Corte starebbe alla base della possibilità di ricorrere all'eterologa;
- analogo nei risultati è il discorso del doppio padre: qui infatti senza molte discussioni vi è l'art. 12 comma 6 che prevede il divieto di surrogazione di maternità quindi vieta proprio quel contratto col quale una donna estranea alla coppia si impegna ad ospitare il concepimento altrui, norma che secondo SU n. 12193 del 2019 esprime un principio di ordine pubblico in quanto non solo mira a tutelare la verità biologica e genetica dell'individuo ma anche di tutelare la dignità della gestante che attraverso questa pratica riceverebbe un'offesa intollerabile ai propri diritti fondamentali;
- ed allora ci si deve domandare se il riconoscimento che ormai da tempo vi è per i diritti delle coppie omosessuali, fenomeno meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost., ed anche il teorico riconoscimento dell'idoneità della coppia same sex di accogliere, crescere ed educare i figli, trovi nel caso di specie un vulnus insormontabile;
- in realtà il vulnus non è proprio insormontabile;
- innanzitutto vi è lo spazio che nel 2016 la sentenza della Cass. aprì con la sentenza n. 19599 (anche se alla luce dell'orientamento del 2020 il relativo principio andrebbe forse rivisto) con riferimento al caso delle due madri entrambe le quali avevano collaborato alla nascita col

materiale genetico, l'una prestando gli ovuli e l'altra portando avanti la gravidanza: in questo caso la Corte ha detto che non vi era nè un problema di surrogazione di maternità (in quanto la donna operava una gestazione per sè e non per altri), nè un problema di eterologa (dove normalmente il feto non è legato geneticamente a nessuno dei due genitori);

- in secondo luogo resta sempre la possibilità della stepchild adoption nel caso in cui uno dei soggetti conviventi o uniti civilmente sia genitore biologico: si tratta dell'art. 44 lett. d) della legge 184 del 1983, cioè l'adozione in caso particolari (qui l'adozione ordinaria non è possibile perchè manca lo stato di abbandono) a causa della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, locuzione che va interpretata secondo le indicazioni fornite dalla Cass. come ipotesi che ricorre non solo nei casi di impossibilità di fatto, come quando tale affidamento inizia ma non viene concluso con successo, ma anche di diritto, allorché, come in questo caso, manchi il presupposto dell'adozione e cioè lo stato di abbandono;
- anche se, come notato da una parte della giurisprudenza questa forma di adozione non attribuisce la genitorialità all'adottante, non crea legami parentali con i congiunti dell'adottante ed esclude il diritto a succedere nei loro confronti (quindi abbiamo una sorta di downgrade o declassamento della relazione genitoriale e dello status filiationis) e poi nemmeno garantisce il requisito della tempestività trattandosi di un procedimento che richiede un lungo e complesso iter decisionale (anche se la Corte Cost. con sentenza n. 33 del 2021, convenendo sulla possibilità di applicare questa norma ad un caso di doppio padre, ha affermato che le criticità indicate dalla giurisprudenza potrebbero essere superate solo con un intervento del legislatore).

Alla fine di questo discorso, si può anche convenire sul fatto che solo dal punto di vista concettuale con il termine famiglia possiamo ricomprendere tutti i fenomeni affettivi stabili che si creano a livello della vita di relazione ma è innegabile che, quanto alla disciplina, residuano delle differenze;

- dal punto di vista dei rapporti patrimoniali e successori, infatti, famiglia civile ed unioni civili sono molto simili tra loro, ma le grosse differenze vi sono con le convivenze di fatto;
- dal punto di vista della filiazione, grosse analogie vi sono tra i figli nati nel matrimonio e quelli nati nell'ambito di una convivenza di fatto, ma a questo punto grandi sono le differenze con il fenomeno della filiazione rispetto alle unioni civili o comunque rispetto alle famiglie same sex.

Rapporti personali tra i coniugi

I rapporti personali tra i coniugi **sono ispirati** ad un principio di assoluta parità: è quanto si desume dall'art. 143 che prevede al secondo comma gli obblighi reciproci di fedeltà, coabitazione, assistenza materiale e morale e collaborazione nell'interesse della famiglia:

- il problema è che natura giuridica hanno questi obblighi e che cosa succede in caso di loro inosservanza e che succede se da questa inosservanza derivano addirittura dei danni;
- qui in realtà se è vero che vi è un negozio a monte, in realtà quel negozio non è la causa in senso stretto della nascita degli obblighi endofamiliari, ma è semmai la causa della nascita di una comunità familiare nella quale ciascuno ha il diritto di esprimere liberamente i propri diritti della personalità: quindi gli obblighi che vengono imposti a ciascuno trovano la propria giustificazione nella tutela dei diritti della persona che si giustificano in ambito familiare;
- se ad esempio vi è una violazione del dovere di fedeltà, è scorretto dire che vi è l'inadempimento di un obbligo che deriva dal negozio; vi è semmai la lesione di un sentimento che si verifica a livello endofamiliare;

- quindi siamo al cospetto di un illecito non contrattuale ma aquiliano che prende specificamente il nome di illecito endofamiliare che il più delle volte cagiona un danno non patrimoniale a carico dell'altro coniuge;
- quanto alle sanzioni, in passato si riteneva che il diritto di famiglia fosse un sistema chiuso rispetto agli altri settori del diritto civile e soprattutto autosufficiente per quanto riguarda le misure sanzionatorie degli inadempimenti dei doveri derivanti dal matrimonio (la separazione ed il divorzio, l'addebito della separazione, la sospensione dei doveri di assistenza in caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare ex art. 146; gli ordini di protezione mediante i quali il giudice, in caso di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale dell'altro coniuge o convivente, ordina la cessazione della condotta, l'allontanamento dalla casa familiare o il divieto di avvicinarsi ai luoghi frequentati dai familiari ai sensi dell'art. 342 bis ss. c.c.);
- successivamente però, si è detto che queste misure incidono solo al fine di impedire che le condotte si protraggano, si atteggiino sostanzialmente o come sanzioni o come inibitorie, ma resta in piedi la questione dei danni che se vi sono vanno risarciti ai sensi dell'art. 2059 c.c.;
- e però la giurisprudenza attuale se è sostanzialmente concorde con questa affermazione, pone però una condizione fondamentale per la risarcibilità di questo danno: ad esempio con riferimento alla violazione del dovere di fedeltà, Cass. n. 6598 del 2019 ha affermato che <<La natura giuridica del dovere di fedeltà derivante dal matrimonio implica che la sua violazione non sia sanzionata unicamente con le misure tipiche del diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, ma possa dar luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., sempre che la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o all'onore o alla dignità personale>>;
 - quindi la giurisprudenza ci sta dicendo tre cose: innanzitutto che la sanzione dell'addebito non è esaustiva, potendovi anche essere il risarcimento; che per il risarcimento occorre che vi sia un danno evento (e quindi la lesione della salute o dell'onore o della dignità personale); e che occorra verificare anche le modalità di questa violazione;
 - se le prime due condizioni sono scontate, non lo è anche la terza: perchè la giurisprudenza pone l'accento sulla valutazione delle modalità (si potrebbe rispondere che le corna sempre corna sono ...);
la ragione è che alcuni comportamenti che integrano l'illecito endofamiliare e quindi degli inadempimenti potrebbero essere benissimo connotati dal cambiamento di sentimento da parte del coniuge e quindi è necessario trovare un bilanciamento tra la necessità di consentire a ciascuno di liberarsi da una gabbia che non sopporta più e la necessità di tutelare l'interesse del soggetto leso da questo comportamento;
 - ed allora la linea di confine tra ciò che è lecito e ciò che è illecito viene ravvisata soprattutto dall'aver tenuto, con dolo o colpa, una condotta non necessaria al raggiungimento dello scopo, aver fatto qualcosa che fa trasmodare quel comportamento (che manifesta un cambiamento del sentimento) in qualcosa che offende più del dovuto.

Rapporti patrimoniali

Il regime patrimoniale legale è quello della **comunione** che si applica cioè automaticamente in assenza di una diversa convenzione (che opti ad esempio per il regime della separazione, o per il fondo patrimoniale);

- la comunione è principalmente una comunione degli acquisti come si ricava dall'art. 177 che estende la *vis attractiva* della comunione a tutti gli acquisti operati insieme o separatamente dai

coniugi dopo il matrimonio, ad esclusione dei beni indicati nell'elenco dell'art. 179 che restano invece beni personali (beni di proprietà esclusiva acquistati prima del matrimonio, acquisti successivi al matrimonio per testamento o donazione, beni di uso strettamente personale e beni che servono all'esercizio della professione, i beni acquistati col ricavo della vendita di beni personali purchè ciò risulti dall'atto di acquisto)

Quanto alla **natura giuridica** di questa comunione, la posizione espressa in più occasioni dalla Corte Cost. è chiarissima: qui siamo in presenza di un fenomeno veramente diverso dalla comunione ordinaria, siamo al cospetto di quella che si chiama comproprietà solidale di tipo germanico "a mani riunite" ed è una comunione senza quote mentre quella ordinaria è una comunione per quote;

- nella comunione ordinaria ciascun comproprietario è titolare di una quota e può disporne o alienarla liberamente ai sensi dell'art. 1103 c.c.; nella comunione tra coniugi, invece, durante la comunione ciascuno è titolare dell'intero (ecco perchè viene fatto un pò il paragone con il fenomeno della solidarietà), le quote non sono cedibili semplicemente perchè non vengono proprio in rilievo se non al momento finale dello scioglimento della comunione legale, allorchè i beni andranno divisi in ragione della metà;
- a parte questo poi ci sono tantissime altre differenze: essa può sussistere solo tra persone coniugate; l'oggetto può essere costituito principalmente dagli acquisti (mentre nella comunione ordinaria può cadere qualsiasi diritto reale); lo scioglimento avviene tassativamente nei casi previsti dall'art. 191 mentre per la comunione ordinaria l'art. 111 conferisce ad ogni comproprietario il diritto potestativo di domandare lo scioglimento;
- queste differenze rendono chiaro che l'unico punto di contatto tra la comunione legale tra coniugi e quella ordinaria sta nel concetto di fondo che troviamo in entrambi i casi, e cioè che vi è una situazione nella quale il diritto soggettivo sui beni appartiene a più soggetti (contitolarità del diritto soggettivo), ma a parte questo, è diversa la struttura e la disciplina tra i due fenomeni.

Abbiamo detto che la forza attrattiva della comunione è una forza di gravità automatica che rileva per il solo fatto che è stato acquistato dopo il matrimonio un bene che non fa parte di quelli indicati nel 179: questo automatismo ha posto **vari problemi di coordinamento** con il diritto penale ed altri settori del diritto civile, come il campo dei diritti reali, delle successioni, delle donazioni o dei contratti.

Quanto alle possibili interferenze con il **diritto penale**, la Cass. n. 5424 del 2010 si è occupata del caso della confisca di beni di persona sottoposta a misura di prevenzione per sospetta appartenenza ad associazione mafiosa, i cui beni, provenienti da attività illecita, erano però caduti in comunione legale, sicchè l'altro coniuge invocava l'automaticità dell'acquisto ex art. 177 per sottrarsi alla misura della confisca;

- in questo caso, la Corte ha osservato che l'art. 177 non è proprio invocabile riguardo ai proventi di attività illecita e quindi la vis attrattiva non opera proprio, in quanto la ratio che sta alla base del 177 è la tutela della famiglia e non un mezzo per sottrarre a misure di prevenzione beni che costituiscono il provento di attività illecita, per cui la confisca può certamente operare a meno che l'altro coniuge non dimostri che quei beni sono stati acquistati solo da lui con proventi di attività lecita.

Con riferimento al tema dei **diritti reali**, una questione sulla quale Corte si sofferma numerose volte è il caso nel quale entrambi i coniugi costruiscano un immobile sul terreno che però appartiene

esclusivamente ad uno di essi: in questo caso di è posto il problema se la costruzione eseguita da entrambi costituisca un acquisto e quindi faccia ricadere l'immobile nella comunione;

- la Cass. da ultimo con sentenza n. 28258 del 2019 (confermando il principio di Sezioni Unite n. 651 del 1996) ha accolto la soluzione negativa, dicendo che l'immobile, una volta costruito, diviene di proprietà del proprietario del suolo: ciò perchè con il termine acquisti di cui all'art. 177 il legislatore ha voluto fare riferimento non a qualsiasi vicenda acquisitiva della proprietà, ma solo a quegli acquisti che hanno una genesi negoziale (mentre nel caso di specie non vi è alcun negozio, vi è solo l'attività costruttiva posta in essere da entrambi), sicchè nel caso di specie la proprietà si acquista per accessione ex art. 934 dal proprietario del suolo e se l'altro ha impiegato somme di denaro per la costruzione potrà ripeterle ex art. 2033 c.c. nei confronti dell'altro divenuto proprietario.

Un altro caso che si è verificato di recente in tema di comunione legale, ha riguardato il tema dei rapporti tra famiglia e **successioni**, allorchè un coerede, senza rispettare il diritto di prelazione spettante agli altri coeredi ex art. 732 c.c., aliena una quota di eredità ad un terzo che però è sposato ed in regime di comunione legale con un altro coerede;

- ora noi sappiamo che l'art. 732 c.c. prevede che quando un coerede aliena un bene ad un terzo estraneo alla comunione, senza offrire la prelazione agli altri coeredi, questi possono esercitare il retratto successorio, quindi possono praticamente agire nei confronti del terzo acquirente per riscattare la quota, restituendogli il prezzo pagato, e lo scopo di questa previsione è quella di evitare l'ingresso di un estraneo nella comunione ereditaria;
- con ordinanza n. 15271 del 2018 la Corte ha però osservato che nel caso in esame il bene, formalmente alienato ad un soggetto estraneo, è entrato automaticamente in comunione ex art. 177 con un altro soggetto che invece era erede, e siccome la comunione legale è una comunione indifferenziata e senza quote, non può dirsi che nel caso in esame si fosse verificata la vendita di una quota ad un estraneo: la quota ereditaria non è stata acquistata da un estraneo ma dalla comunione legale ex art. 177 di cui fa parte un coerede e quindi non vi sono gli estremi per far scattare il retratto previsto dall'art. 732 c.c..

Quanto alle interferenze con campo delle **donazioni**, la Cass. nel 2021 con ordinanza n. 20336 si è occupata di un altro caso abbastanza frequente, quello del soggetto che ha acquistato, durante il matrimonio, un bene immobile con il denaro che gli era stato fornito dal padre proprio per l'acquisto dell'immobile, per cui si trattava di vedere se questo acquisto, in quanto intervenuto durante il matrimonio, cadeva in comunione, oppure se si doveva dare rilievo al fatto che la somma impiegata per l'acquisto fosse stata oggetto di donazione (ed i beni acquistati per donazione sono beni personali ai sensi dell'art. 179);

- nel caso in esame la particolarità è che la donazione ha riguardato immediatamente il denaro e non l'immobile (che dunque dovrebbe ricadere in comunione) e però la Cass. ha fatto ricorso al fenomeno della donazione indiretta;
- si deve distinguere in fatti il caso in cui oggetto della liberalità sia solo il denaro e l'acquisto dell'immobile avvenga spontaneamente (ed allora si tratta di donazione diretta di denaro e l'immobile cade in comunione) dal caso di donazione finalizzata all'acquisto, perchè in tal caso il collegamento tra l'elargizione del denaro paterno e l'acquisto del bene immobile porta a concludere che si tratti di una donazione indiretta dell'immobile come tale rientrante nell'esclusione prevista dall'art. 179 c.c.;
- la stessa sentenza ha poi affrontato il problema di un negozio misto a donazione: il padre dona una somma al figlio per l'acquisto dell'immobile che poi viene acquistato sia con il denaro del padre ma anche con denaro del figlio, in tal caso che succede; succede che l'immobile per una

parte è stato oggetto di donazione indiretta e per una parte invece è stato acquistato solo da un coniuge, per cui per l'immobile (per la parte di valore corrispondente alla donazione indiretta) resta bene personale, mentre per il restante valore ricade in comunione.

Con riferimento al campo dei **principi contrattuali**, è accaduto nella pratica, che uno dei due coniugi acquisti un bene che sarebbe destinato a ricadere in comunione ma lo intesti fittiziamente ad un altro soggetto (quindi un caso di simulazione soggettiva relativa);

- in questo caso il bene cade o non cade in comunione? ovviamente il bene non cade in comunione perchè per effetto della simulazione relativa è intestato al terzo per cui l'altro coniuge deve necessariamente agire in giudizio per dimostrare la simulazione;
- la questione è che la prova della simulazione per le parti è limitata, in quanto è vietata la prova per testi essendo possibile solo la prova mediante la controdedichiarazione, mentre solo i terzi possono liberamente la prova per testi;
- ed allora nel caso in esame è chiaro, come specificato da Cass. n. 13634 del 2015, che il coniuge, che è terzo estraneo all'accordo simulatorio, potrà dimostrare la simulazione senza i limiti previsti dall'art. 1417 c.c. e quindi ricorrere alla prova per testi.

Sempre a proposito **dell'interferenza con i principi in materia contrattuale**, un'altra questione significativa riguarda la possibilità da parte dei coniugi di derogare le regole della comunione legale previste dal legislatore attraverso le c.d. convenzioni matrimoniali, con le quali i coniugi potrebbero, oltre ad adottare le regole della separazione o del fondo patrimoniale, modificare il funzionamento della comunione legale e quindi stabilire ad esempio che un bene che dovrebbe rientrare in comunione non vi debba ricadere:

- questa eventualità è presa in considerazione dell'art. 210 c.c. che prevede che le regole della comunione legale possono essere modificate ma entro determinati limiti:
- in primo luogo le regole relative all'amministrazione dei beni dell'art. 180 (atti ordinari amministrazione disgiuntiva ed atti straordinari amministrazione congiuntiva a pena di annullabilità se si tratta di beni immobili o mobili registrati ex art. 184);
- in secondo luogo prevede che attraverso la convenzione non si possono mai rendere comuni i beni personali di cui alle lettere c), d), e) dell'art. 179;
- infine non si può modificare l'uguaglianza delle quote riguardo ai beni che formerebbero oggetto di comunione legale e questa è la disposizione un po' più critica perchè impatta il problema è cioè se riguardo ad un bene che deve entrare in comunione le parti si possano accordare per dire che quel bene resti personale;
 - leggendo la norma si dovrebbe dire di no, ma vi è un'altra norma che disciplina lo stesso problema ed è l'art. 2647 c.c. che prevede che devono essere trascritte quelle convenzioni che escludono beni dalla comunione;
 - insomma il problema della latitudine di queste convenzioni resta un po' in piedi, perchè leggendo la prima norma sembra di capire che le quote relative ai beni che entrano in comunione non possono essere modificate (e quindi il bene che deve entrare in comunione ci deve entrare per intero e senza possibilità di attribuirne la proprietà ad uno solo), mentre l'altra norma consente di estromettere beni dalla comunione;
 - la tesi prevalente (Bianca), comunque, concilia queste due disposizioni, dicendo che quando un bene è comune deve entrare in comunione ma attraverso una convenzione trascritta possono estrometterlo una volta entrato.

Se è molto dubbio che attraverso le convenzioni matrimoniali i coniugi possano impedire ad un bene che rientra nel 177 di cadere in comunione, è ancora più dubbio ed anzi va escluso che un

singolo coniuge per sua scelta spontanea possa **rifiutare il coacquisto** e cioè possa dichiarare di non volere che un bene comune, acquistato dall'altro, rientri nella comunione;

- certo da un lato potrebbe richiamarsi il principio che domina nell'ambito delle promesse unilaterali e degli atti gratuiti secondo il quale nessuno può essere costretto contro la sua volontà a ricevere un beneficio (troviamo traccia di questo principio ad esempio nell'art. 1333) e certo potrebbe richiamarsi sempre il principio dell'autonomia negoziale;
- ma le SU già a partire dal 2009 hanno negato l'ammissibilità del rifiuto del coacquisto dicendo che il nostro ordinamento prevede che un coniuge possa intervenire all'acquisto compiuto dall'altro solo in maniera adesiva e non rinunciativa;
 - l'intervento c.d. adesivo è previsto dall'art. 179 comma 2 che prevede che quando un coniuge da solo acquista beni personali (lettere c, d ed f) e si tratta di beni immobili o mobili registrati, l'altro coniuge deve intervenire nell'atto: che significato ha questo intervento? non ha un significato costitutivo ma un significato solo ricognitivo e cioè egli intervenendo nell'atto dell'altro coniuge sta attestando che effettivamente quel bene è di uso strettamente personale, oppure serve all'esercizio della professione personale o è stato acquistato con denaro personale dall'altro coniuge;
 - quindi il legislatore prevede sì un intervento, ma solo ricognitivo e per escludere dalla comunione beni che per loro natura dovrebbero essere esclusi dalla comunione, mentre lo stesso intervento non sarebbe possibile riguardo a beni che dovrebbero entrare in comunione (come rifiuto di coacquisto), perchè questo intervento avrebbe natura costitutiva e quindi molto diverso da quello previsto dal 179 comma 2;
 - diverso è invece il problema dell'eventuale errore e cioè del coniuge che sul presupposto che si tratti di un bene personale effettua l'intervento adesivo, attesta che il bene è personale ma poi si avvede di un errore (e cioè che si tratta di un bene comune), fa retromarcia e pretende che il bene giustamente entri in comunione: in tal caso che può fare?
 - abbiamo detto che l'intervento è ricognitivo e non costitutivo, e quindi la sua partecipazione era necessaria ma non sufficiente per escludere il bene dalla comunione, è necessario anche che si tratti di un bene effettivamente personale ai sensi dell'art. 179;
 - in tal caso è chiaro, come ribadito anche da Cass. n. 20336 del 2021, che potrà esercitare un'azione di accertamento che si concluderà con una sentenza che accertata la natura del bene ne affermi la comunione (attenzione però perchè se il coniuge interventore non si era limitato ad una silente partecipazione, ma aveva anche attestato espressamente la sussistenza dei presupposti dai quali dipendeva la qualifica del bene come personale, dovrà prima revocare la confessione ex art. 2732 c.c. e poi esercitare l'azione di accertamento);
 - ma che succede se nelle more del giudizio di accertamento volto a riammettere il bene nella comunione il coniuge acquirente vende il bene al terzo? l'eventuale sentenza di accertamento che il bene era comune è opponibile o meno al terzo? qui dobbiamo dire che in realtà l'acquisto del terzo è teoricamente annullabile perchè per la vendita in realtà occorre il consenso di entrambi i coniugi, però è chiaro che occorre proteggere anche la buona fede del terzo che poteva non essere a conoscenza nè della necessità del consenso dell'altro coniuge nè dell'azione pendente: perciò tutto dipende dalla buona fede del terzo e quando si tratta di beni immobili dalla priorità della sua trascrizione rispetto alla trascrizione della domanda giudiziale.

La separazione ed il divorzio

La **separazione personale** può definirsi come la situazione di sospensione di alcuni dei doveri reciproci dei coniugi derivanti dal matrimonio in base all'art. 143, laddove lo scioglimento del

rapporto matrimoniale avviene solo con il divorzio (da ricordare che la separazione non è un istituto applicabile all'unione civile la cui crisi può essere regolata solo mediante il divorzio ai sensi del comma 24 dell'articolo unico della legge n. 76 del 2016); l'unica cosa che la separazione è in grado di sciogliere è la comunione legale tra i coniugi, in quanto a seguito della modifica dell'art. 191 comma 2 intervenuta con la legge del 2015 sul divorzio breve, lo scioglimento si verifica da quando il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separatamente (e l'ordinanza viene subito annotata a margine dell'atto di matrimonio);

- il fondamento della separazione personale è in generale un fatto che determina la intollerabilità della convivenza, laddove il legislatore ha disciplinato due tipi di separazione e cioè quella giudiziale che viene pronunciata con sentenza e quella consensuale che trova il suo fondamento nell'accordo delle parti sottoposto all'omologa del tribunale;
- in entrambi i casi, però, quello che rileva è la semplice volontà anche di un coniuge soltanto di sospendere il rapporto (il tribunale di regola non può sindacare se il fatto denunciato obiettivamente sia tale da rendere intollerabile la convivenza), in quanto il sindacato del tribunale è rivolto ad altri obiettivi;
- nella separazione consensuale c'è un accordo che dà l'avvio al procedimento che si conclude con l'omologazione del tribunale, e qui il tribunale deve verificare se l'accordo salvaguarda sufficientemente la posizione dei figli, anche se la giurisprudenza successiva ha affermato che il tribunale dovrebbe anche verificare che il trattamento del coniuge debole, per quanto concordato, non sia lesivo dei parametri di equità e sufficienza rispetto al generale dovere di mantenimento di cui all'art. 160 c.c.;
- nella separazione giudiziale, invece, l'accordo manca perché spesso uno dei due coniugi introduce il problema della colpa dell'altro e quindi chiede l'addebito della separazione, che produce una conseguenza sanzionatoria ma opera solo su un piano negativo, nel senso che il coniuge addebitato perde l'eventuale diritto al mantenimento (conserverà esclusivamente il diritto agli alimenti ossia ad una somma sufficiente al solo sostentamento minimale collegato ad esigenze vitali); ed inoltre in caso di addebito, il coniuge addebitato perde i diritti successori nei confronti dell'altro.

Il **definitivo scioglimento** del vincolo matrimoniale interviene col divorzio, disciplinato dalla legge n. 898 del 1970 che è mutata a seguito dell'intervento della legge n. 55 del 2015 sul c.d. divorzio breve che riduce notevolmente l'originaria tempistica ancorata sul triennio:

- in particolare ai sensi del nuovo art. 3 della legge n. 898 del 1970, fermo restando che il termine decorre dalla data della comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale in sede di separazione, il termine per proporre domanda di divorzio è di 1 anno nel caso di separazione giudiziale e di 6 mesi in caso di separazione consensuale;
- le novità in tema di divorzio breve vanno poi ad aggiungersi alle novità previste dal d.l. n. 132 del 2014 (conv. con modif. dalla legge 162 del 2014) che ha previsto due nuovi istituti applicabili in tema di separazione e divorzio: la negoziazione assistita da avvocati e la conclusione dell'accordo presso l'ufficio dello Stato civile (questa forma è preclusa alle coppie con figli minori), laddove il fine della norma è quella di raggiungere una soluzione rapida della crisi matrimoniale.

Ponendoci nell'ottica della separazione e del divorzio giudiziali (per le forme consensuali il tema è quello degli accordi), **gli aspetti più importanti** riguardano l'assegnazione della casa coniugale, il tema degli assegni, la posizione rispetto ai figli ed il problema degli accordi di separazione e divorzio.

Per quanto riguarda i problemi concernenti la **casa coniugale**, qui la norma da prendere in riferimento è l'art. 337 sexies che prevede che il godimento della casa coniugale è attribuito prioritariamente tenendo conto dell'interesse dei figli;

- la prima cosa che va detta è che l'assegnazione non ha una funzione assistenziale rispetto al coniuge più debole, ne consegue che nel caso in cui non ci sia un interesse dei figli da tutelare (ad esempio perchè non ci sono o hanno raggiunto la loro autosufficienza), se la casa è di proprietà di uno solo dei coniugi quello svantaggiato non ha alcun diritto di abitazione sulla casa familiare (a meno che ovviamente il coniuge proprietario non decida volontariamente di assegnare all'altro il diritto al godimento quale quota del diritto al mantenimento, tenendo conto del fatto che il coniuge debole dovrà pagare un affitto per trovarsi un'altra abitazione); se invece la proprietà è di entrambi, anche in tal caso nessuno dei due ha un diritto di abitazione esclusivo e dal punto di vista dell'assetto proprietario non resta che procedere alla divisione; insomma in entrambi i casi il giudice nulla deve disporre in materia di diritto di abitazione;
- che cosa succede invece se ci sono figli e quindi la casa va assegnata tenendo conto del loro interesse: di solito il giudice autorizza uno dei due genitori a vivere con i figli nella casa coniugale e quindi c'è una comunità familiare, adesso fatta da un genitore e dai figli, che continua ad abitare quella casa, ma che natura giuridica ha questo diritto di abitazione? al fine di stabilire la natura giuridica, ha detto che occorre andare a guardare proprio questa posizione preesistente al provvedimento di assegnazione;
- se la casa era invece di proprietà esclusiva del coniuge non assegnatario, oppure era di proprietà di entrambi i coniugi, allora è chiaro che il provvedimento giudiziale si va a sovrapporre ad una situazione già connotata in termini di diritto reale, per cui il diritto di abitazione si configura a sua volta come diritto reale che va a limitare il diritto di proprietà spettante all'altro o ad entrambi i coniugi: si tratta di un diritto reale che viene qualificato come diritto reale di godimento su cosa altrui e che ovviamente non è atipico trovando comunque espressa previsione nella legge nell'art. 1022 c.c. (abbiamo già detto che la Cass. trib. non è d'accordo e nel 2019 ha detto che si tratta di un diritto personale di godimento atipico e che quindi non devono pagarsi dall'assegnatario non proprietario le tasse sulla proprietà);
- se la casa non era di nessuno dei coniugi ma era condotta da entrambi in locazione, il provvedimento giudiziale funziona nel senso di determinare la concentrazione soggettiva del contratto in capo all'assegnatario (un fenomeno di successione ex lege nel contratto di locazione) e la posizione del conduttore resta analoga a quella precedente (si rimane nell'ambito del diritto personale di godimento);
- se la casa era stata data in comodato dal genitore del coniuge non assegnatario, la posizione è più delicata perchè ci si chiede fino a che momento deve durare questo comodato (sempre nel caso in cui ovviamente nel contratto il genitore non inserì un termine di scadenza);
- il problema è che se manca il termine, si potrebbe essere tentati di applicare l'art. 1810 c.c. che prevede che se il comodato non contiene la previsione del termine di cui all'art. 1809, il comodante può chiedere la restituzione ad nutum e quindi potrebbe, indipendentemente dal provvedimento di assegnazione (che non ha funzione costitutiva), richiedere la restituzione quando vuole;
- se nonchè le Su con due importanti sentenze abbastanza simili tra loro (2044 e n. 20448 del 2014) hanno affermato che nel caso di specie il comodato potrebbe essere non è un comodato senza termine ma un comodato che il termine lo ha anche se è indeterminato, allorchè la dazione venga operata dal genitore in modo che fin dall'inizio fosse chiaramente conformata da una finalità precisa che era quella di destinare l'immobile ad habitat familiare e cioè al luogo dove la famiglia nel suo complesso avrebbe dovuto stabilirsi;

- ed allora trova applicazione non l'art. 1810 ma l'art. 1809 dal quale si ricava che anche se manca un termine espresso, vi può essere un termine implicito, quello che deriva dallo scopo cui il contratto è preordinato, per cui in tal caso il contratto cessa solo quando il comodatario se ne è servito in conformità del contratto e quindi praticamente il comodato resta in piedi fino al che c'è una comunità familiare al suo interno (cioè l'ultimo dei figli non autosufficienti); in tal caso la restituzione è possibile solo se il comodante allega e dimostra un sopravvenuto ed urgente bisogno;
- quanto all'onere della prova, mentre il comodatario ha l'onere di dimostrare l'esistenza del preciso vincolo di destinazione (cosa ovviamente molto difficile nelle ipotesi in cui il contratto di comodato era stato stipulato ben prima delle nozze e ben prima della nascita dei figli minori), invece il comodante ha l'onere di fornire la prova contraria ovvero, ai fini di ottenere comunque la restituzione, la cessazione del vincolo di destinazione.

Altro problema connesso alla casa coniugale è che cosa succede se dopo l'assegnazione la casa coniugale **viene venduta dal proprietario al terzo**: il provvedimento di assegnazione è opponibile o no al terzo acquirente?

- l'art. 6 comma 6 della legge sul divorzio (ma la norma secondo la Cass. è applicabile anche nel caso di separazione SU n. 11096 del 2002) opera un rinvio all'art. 1599 e quindi applicando questa disciplina occorre distinguere: se il provvedimento di assegnazione non è trascritto è opponibile solo per nove anni, se è trascritto è opponibile anche oltre);
- successivamente però le SU con la sentenza n. 13603 del 2004 hanno precisato che tale disciplina riguardava solo le ipotesi nelle quali la proprietà da parte del terzo fosse stata acquistata dopo l'assegnazione della casa familiare, mentre nel caso in cui l'acquisto fosse stato anteriore il provvedimento giudiziale non avrebbe proprio potuto incidere sulla situazione di un soggetto completamente estraneo al giudizio nel quale è stata disposta l'assegnazione;
- e tale principio è stato richiamato da un'importante sentenza n. 9990 del 2019 nella quale è stato appunto precisato che per la prevalenza dell'assegnatario deve ricorrere la condizione indispensabile che il provvedimento preceda la vendita al terzo perchè solo in tal caso vale la regola dell'opponibilità infranovenale ed anche oltre ma solo se il provvedimento è stato trascritto anteriormente alla trascrizione dell'atto di vendita; se invece l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento da parte del terzo è precedente rispetto all'adozione del provvedimento di assegnazione, deve in ogni caso prevalere l'acquisto operato dal terzo semplicemente perchè antecedente;
 - ovviamente in quest'ultimo caso può benissimo accadere che l'immobile fosse stato concesso ai coniugi attraverso un contratto di comodato per cui il quadro si arricchisce: c'è un contratto di comodato, poi il comodante vende al terzo, infine il giudice assegna ad un solo coniuge; in tal caso tutto sta a vedere se il terzo sia o meno subentrato nel contratto di comodato, laddove la soluzione, salvo che non vi sia uno specifico accordo tra le parti che inseriscono nella vendita una clausola di rispetto, è che il contratto di comodato non è opponibile al terzo acquirente, in quanto al comodato secondo la giurisprudenza non è applicabile in via analogica l'art. 1599 (che invece prevede l'opponibilità all'acquirente del contratto di locazione), sicchè in tal caso deve ribadirsi la prevalenza del terzo acquirente perchè il suo acquisto è avvenuto in data anteriore al provvedimento di assegnazione;

Veniamo adesso **al tema degli assegni**: il legislatore ha previsto due assegni, quello di mantenimento per la fase della separazione e quello successivo di divorzio, tra i quali vi è un'enorme differenza.

Per quanto riguarda l'assegno di **mantenimento**, dobbiamo partire dal presupposto che per effetto della separazione non cessa il dovere di assistenza materiale intercorrente tra i coniugi; proprio per questa ragione Cass. n. 16809 del 2019 e da ultimo n. 2105 del 2021 ha precisato che esiste ancora il diritto del coniuge che si trovi in stato di inferiorità economica a conservare lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, per cui quando l'art. 156 afferma che il diritto spetta al coniuge che non ha redditi adeguati, tale adeguatezza va considerata proprio alla luce del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: quindi se il coniuge svantaggiato non dispone di redditi tali da continuare a godere dello stesso tenore di vita goduto durante il matrimonio grazie ai redditi dell'altro, è a carico di quest'ultimo che va corrispondentemente posto l'assegno di mantenimento (ovviamente qui si parla del mantenimento in favore del solo coniuge svantaggiato, perchè per i figli le cose ovviamente vanno considerate a parte);

- ovviamente l'assegno di mantenimento (disposto dal presidente del tribunale e definitivamente fissato dalla sentenza di separazione) può mutare quantitativamente quando intervengono dei fatti sopravvenuti (il beneficiario può chiedere un aumento o perchè è aumentato lo stato di bisogno o perchè sono peggiorate le proprie condizioni economiche; l'obbligato può chiedere una riduzione perchè si è ridotto il proprio reddito); il tribunale può ordinare al datore di lavoro di distrarre una parte della retribuzione in favore del coniuge separato.

Diversa è la storia che riguarda le **modalità di determinazione dell'assegno divorzile** tradizionalmente collegato al concetto di solidarietà postconiugale e che trova dunque il suo fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. e quindi nel dovere di solidarietà economica il cui adempimento è richiesto all'ex coniuge in favore della persona economicamente più debole;

- più nello specifico l'assegno divorzile trova il suo fondamento normativo nell'art. 5, comma 6, della legge 898 del 1970 (nel testo sostituito dalla legge n. 74 del 1987) che afferma che con la sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio, il tribunale dispone l'obbligo di somministrare l'assegno periodico quando il coniuge “non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive ed in tal caso tiene conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo dato alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi e valuta tutti questi elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio”;
- sull'interpretazione di questa norma si sono avvicendati tre indirizzi successivi in giurisprudenza culminati con l'importante sentenza delle SU;
- sull'interpretazione di questo concetto si pronunciarono per la prima volta le SU con le sentenze gemelle nn. 11490 e 11492 del 29.11.1990, le quali accolsero la teoria del “tenore di vita pregresso”, secondo cui il concetto andava riferito alla mancanza di redditi tali da consentire di mantenere un tenore di vita analogo a quello che aveva in costanza di matrimonio (quindi si afferma chiaramente che il coniuge richiedente ha un vero e proprio diritto a mantenere un tenore di vita analogo a quello matrimoniale e dunque l'assegno di divorzio svolge questa vera e propria funzione di riequilibrio);
 - siccome le SU si erano occupate solo di uno dei tanti profili evocati dalla norma, questo criterio venne precisato dalla Corte Cost. sent. 11 del 2005 dicendo che l'accertamento del diritto all'assegno divorzile si articola in due fasi, la prima nella quale il giudice verifica l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente a garantire un tenore di vita analogo a quello matrimoniale (come detto dalle SU), la seconda nella quale il giudice determina in concreto l'ammontare dell'assegno tenuto conto della condizione dei coniugi, della effettiva quantità dei patrimoni posseduti e delle capacità reddituali di ciascuno nonchè della durata del matrimonio;

- questa prima fase è durata fino al 2017 allorchè la sentenza n. 11504 della prima sezione civile (Lamorgese) ha posto in discussione il criterio di vita analogo, accogliendo la tesi della funzione assistenziale dell'assegno di divorzio: il criterio del "tenore di vita" non può essere adottato perchè fa riferimento ad un rapporto matrimoniale che ormai non esiste più e venne adoperato dalla giurisprudenza in un periodo nel quale esistevano ancora forti resistenze al divorzio in matrimoni per lo più anteriori alla riforma e quindi mossa dall'esigenza di adottare un modello patrimoniale che non rompesse in modo troppo traumatico con la tradizione; oggi quel criterio è anacronistico, in quanto dopo il divorzio qualsiasi legame con il matrimonio viene meno (e quindi la vita matrimoniale non può costituire nemmeno il punto di riferimento per l'assegno divorzile); dopo lo scioglimento del matrimonio ciascuno si colloca nuovamente nella vita di relazione e quindi domina il criterio dell'autoresponsabilità di doversi ricercare un'indipendenza economica; solo se il soggetto si trova nell'impossibilità oggettiva di procurarsi mezzi di sostentamento (e quindi non è economicamente indipendente per cause non imputabili), ha diritto all'assegno di divorzio che a questo punto diventa misura assistenziale perchè va parametrato nel quantum a quanto necessario per condurre una vita autonoma e dignitosa;
- la dirompenza di questa affermazione ha causato l'intervento delle SU con sentenza n. 18287 del 2018 (Acierno) il cui intento era quello di trovare un punto di incontro tra le due opposte visioni ma che in realtà ha introdotto una terza funzione dell'assegno quella c.d. perequativo-compensativa che si affranca completamente al criterio del tenore di vita e viene affiancato alla funzione assistenziale (quindi una visione composita dell'assegno divorzile): le SU riflettono sul fatto che la condizione principale dalla quale dipende il riconoscimento dell'assegno è la "mancanza di mezzi adeguati" che va parametrata all'esistenza di uno squilibrio economico tra i due ex coniugi che si viene a creare a seguito dello scioglimento, e questo è un pò il prerequisito dal quale dipende il riconoscimento dell'assegno;
- ma a questo punto bisogna ricercarne la causa di questo squilibrio che può essere sia dovuto semplicemente al fatto che il coniuge a seguito dello scioglimento per causa non imputabile non dispone di mezzi sufficienti per una vita autonoma e dignitosa ma questa mancanza può dipendere anche dal fatto che il coniuge svantaggiato non ha lavorato perchè si è dedicato alla famiglia ed in questo modo ha dato il suo contributo personale alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge": perciò se il giudice verifica che lo squilibrio è dovuto al sacrificio delle proprie aspettative professionali cagionate dall'assunzione di un ruolo consumato essenzialmente nella famiglia, cosa che ha consentito la formazione del patrimonio dell'altro coniuge, allora con l'assegno di divorzio va a compensare questo sacrificio (pensiamo ad esempio al coniuge che si è allontanato dal mercato del lavoro, sacrificando aspettative professionali, occupandosi solo della casa, e consentendo all'altro coniuge di lavorare e di mettere da parte dei risparmi);
 - quindi se si accerta l'esistenza di un dislivello reddituale tra i coniugi, causato dal contributo fornito dal coniuge più debole alla conduzione della vita familiare, l'assegno serve per riconoscere e quindi compensare tale contributo, per evitare che le sue scelte ed i suoi sacrifici rischino di rimanere senza effetti; cosa cambia con questa sentenza:
 - innanzitutto cambia fortemente il concetto di solidarietà postconiugale che fonda l'assegno di mantenimento: prima per solidarietà postmatrimoniale significava che occorreva garantire al coniuge lo stesso tenore di vita, adesso per solidarietà postconiugale deve intendersi la solidarietà del caso concreto, cioè quella solidarietà che risulta dal tipo di contributo che ciascuno ha dato per la vita familiare, sicchè quanto più il soggetto ha dato in termini di impegno per la famiglia, tanto più deve essergli poi riconosciuto;
 - cambia anche lo scopo della funzione riequilibratrice dell'assegno, in quanto non è più finalizzata a ricostruire il medesimo tenore di vita matrimoniale, posto che una vita

matrimoniale non c'è più, ma a riconoscere il contributo dato dal più debole alla formazione del patrimonio comune e dell'altro ex coniuge e quindi a compensare il sacrificio delle proprie aspettative professionali.

Sempre in tema di assegno divorzile, le SU si sono recentemente occupate della questione se **l'instaurazione di una convivenza di fatto** stabile, instaurata dall'avente diritto, abbia una qualche incidenza sull'assegno di divorzio di cui gode:

- il problema si poneva perchè l'art. 5 comma 10 prevede come causa di cessazione dell'assegno divorzile solo il passaggio a nuove nozze, e questo avviene in via automatica senza possibilità di accertare la permanenza delle condizioni per beneficiare dell'assegno divorzile, e la ratio sottesa a questa norma è che l'instaurazione di una nuova famiglia, scioglie ogni connessione con il precedente legame matrimoniale e quindi fa cessare immediatamente il diritto senza possibilità per il giudice di operare altre valutazioni; la questione si pone per l'instaurazione della famiglia di fatto da parte dell'avente diritto e se diciamo che è identica alla famiglia di diritto allora l'assegno deve cessare con il medesimo automatismo previsto dall'art. 5, mentre se diciamo che è diversa dalla famiglia di diritto, allora bisogna comunque verificare in che modo ed in concreto l'instaurazione del nuovo vincolo abbia inciso sull'assegno di divorzio;
- le Su hanno risposto con sentenza n. 32198 del 2021 (Rubino) ed hanno esaminato l'esistenza di tre orientamenti sul punto: il primo, secondo il quale l'instaurazione della convivenza di fatto non cessa automaticamente, ma può essere eventualmente rimodulato dal giudice in considerazione di tale convivenza se da essa il coniuge trae dei benefici economici, ferma restando l'impossibilità di annullare completamente (ponendolo al di sotto di quanto necessario per assicurare una minima autonomia economica del coniuge), in considerazione del fatto che la situazione è precaria e non c'è nessuna garanzia circa la sua definitività; un secondo orientamento afferma che l'assegno divorzile rimane sospeso per tutta la durata della convivenza, entra in una sorta di quiescenza e può rivivere in caso di cessazione della convivenza di fatto; infine un terzo e più recente orientamento secondo il quale per una questione di autoresponsabilità di un coniuge e di affidamento dell'altro, il diritto all'assegno si estingue e non può rivivere nemmeno in caso di cessazione della convivenza di fatto;
 - rispetto a queste tre tesi, in primo luogo le SU fanno un primo chiarimento e dicono che nel caso in esame non trova applicazione l'art. 5 comma 10 con l'automatismo ivi previsto per il caso di passaggio a nuove nozze: la situazione di convivenza non è assimilabile al passaggio a nuove nozze nè sotto il profilo della tendenziale stabilità nè soprattutto per quanto le tutele che in caso di scioglimento si applicano nell'uno e nell'altro caso e del resto il dato normativo è chiaro nel fare riferimento al passaggio a nuove nozze; nè si può fare ricorso all'analogia, trattandosi, come detto, di situazioni tra loro eterogenee;
 - non potendosi pertanto accogliere la soluzione secondo la quale l'assegno di divorzio cessa automaticamente a seguito della convivenza di fatto del coniuge più debole, la soluzione deve essere ricavata semmai proprio dalle coordinate tracciate dalle SU del 2018 che avevano affermato che l'assegno di divorzio ha una funzione composita, assistenziale e perequativo-compensativa, serve per garantire un'esistenza libera e dignitosa ed in più a riconoscere il contributo fornito alla formazione del patrimonio comune e personale;
- ed è proprio tenendo conto di queste due funzioni che possiede l'assegno di divorzio, ci si accorge che la domanda è mal posta: la domanda non è se l'assegno di divorzio cessa, ma quale delle due funzioni viene a mancare quando si instaura una nuova convivenza, se vengono a mancare veramente tutte e due o ne viene a mancare una soltanto;
 - e la soluzione viene ricavata proprio dal testo sulle unioni civili e convivenze di fatto di cui alla legge n. 76 del 2016, il cui unico articolo al comma 36 nel dare nozione di "conviventi

di fatto” fa riferimento “due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale”: quindi nelle convivenze di fatto vi è il dovere di reciproca assistenza che è non solo un dovere ma addirittura un qualcosa che determina proprio la qualifica di convivenza di fatto;

- avendo instaurato un altro legame con un'altra persona, all'interno della nuova coppia, dal quale derivano reciproci obblighi di assistenza morale e anche materiale, l'ex coniuge non potrà quindi continuare a pretendere la liquidazione della componente assistenziale dell'assegno, perché il nuovo legame, sotto il profilo della tutela assistenziale, si sostituisce al precedente e si sostituisce definitivamente anche se poi quella convivenza di fatto viene meno: infatti, ai sensi del comma 65, in caso di scioglimento della convivenza di fatto, l'ex convivente che versa in stato di bisogno ha il diritto di ricevere un assegno alimentare, che ha appunto una funzione assistenziale (o meglio, rispetto alla convivenza di fatto, la funzione di proiettare i doveri assistenziali anche dopo la cessazione della stessa);
- ne consegue che anche se il coniuge più debole si trova in situazione di bisogno, questo bisogno deve essere soddisfatto dal convivente o nell'ambito della convivenza, in quanto ai doveri di assistenza a carico dell'ex coniuge, si sostituiscono quelli del nuovo partner;
- se queste considerazioni militano nel senso che per effetto dell'instaurazione della convivenza di fatto cessa la componente assistenziale dell'assegno di divorzio, non altrettanto può dirsi per la componente compensativa che serviva per compensare l'eventuale sacrificio compiuto dal coniuge a favore delle esigenze familiari: qui è ingiusto che il coniuge perda il diritto a questo compenso solo perché si è ricostruito una vita affettiva con il convivente di fatto;
- a perdita integrale del diritto all'assegno di divorzio si giustificherebbe solo aderendo alla tesi sostenuta dalla Cass. 2017 (Lamorgese) e cioè che l'assegno di divorzio ha solo una funzione assistenziale, ma finirebbe per trascurare la sentenza delle SU 2018 che invece ha ribadito l'esistenza della solidarietà postconiugale anche se in versione aggiornata (cioè come diritto a ricevere anche un contributo compensativo-perequativo);
- ne consegue, allora, che il coniuge onerato dall'assegno di divorzio ha diritto ad ottenere una revisione dell'assegno di divorzio già previsto, una revisione che depuri l'assegno dalla funzione assistenziale e liquidi esclusivamente quella compensativa;
- quali sono allora gli oneri probatori:
 - in base alla regola generale sulla ripartizione dell'onere della prova (2697 c.c.) è colui che agisce per la revisione dell'assegno (cioè il coniuge obbligato a versarlo) che deve provare l'esistenza di una convivenza stabile dell'altro e qui è chiaro che perché possa dirsi integrata questa prova occorre dimostrare la stabilità della convivenza in relazione alla sua durata, cosa che può essere abbastanza complicata perché non serve dimostrare semplicemente che è iniziata una convivenza ma quella convivenza assume i caratteri della stabilità perché è solo da quel momento che nascono i doveri di assistenza che fanno cessare quelli dell'ex coniuge: a tal fine potrà farsi riferimento, come indica il comma 37, alla dichiarazione anagrafica, se effettuata, o ad altri indici di stabilità in concreto (quali, a titolo esemplificativo, l'esistenza di figli della nuova coppia, la coabitazione, l'aver conti correnti in comune, la contribuzione di entrambi al *menage* familiare): una volta che venga accertata sulla base di questi parametri una stabile convivenza, allora la componente assistenziale cessa;
 - ma a questo punto chi deve provare l'esistenza della componente compensativa dell'assegno? la deve provare chi ne chiede il riconoscimento che quindi deve dimostrare tutto quello da cui dipende questa componente e cioè: preliminarmente il prerequisite fattuale e cioè la mancanza di mezzi adeguati da intendersi sempre come situazione di

squilibrio economico causato dal divorzio e poi che questa situazione di squilibrio dipende dalle scelte adottate in costanza di matrimonio di sacrificare le proprie aspettative professionali sì da consentire la formazione del patrimonio comune e di quello dell'altro coniuge;

- a questo punto però il giudice, nel determinare quantitativamente questa componente compensativa dovrà fare due cose (e queste indicazioni valgono in ogni caso, anche quando c'è da quantificare la funzione compensativa indipendentemente dall'instaurazione di una famiglia di fatto): in primo luogo verificare la durata di questo sacrificio (la scelta abdicativa fatta per un breve periodo non è poi così penalizzante) tenendo conto anche della durata del matrimonio; e poi verificare se il coniuge ha già ricevuto delle attribuzioni o degli introiti che hanno soddisfatto tale esigenza compensativo-perequativa;
- una volta integrati questi presupposti si pone poi il problema delle modalità di corresponsione di un assegno che abbia esclusivamente questa funzione compensativa:
 - qui le Su osservano che la corresponsione di un assegno avente solo funzione compensativa mal si concilia con una periodicità a tempo indeterminato tanto più che, a differenza dei casi nei quali l'assegno ha anche una funzione assistenziale, qui il calcolo è proiettato esclusivamente verso il passato e non anche verso il futuro in quanto si tratta esclusivamente di monetizzare il contributo fornito dal coniuge durante la vita matrimoniale e di compensare il valore delle rinunce (senza considerare anche il fatto che l'erogazione a tempo indeterminato costringe gli ex coniugi a tenere in piedi un rapporto obbligatorio il cui perdurare finisce per essere fonte di un futuro contenzioso e perpetuare la situazione di dipendenza economica);
 - sarebbe allora più funzionale l'attribuzione all'ex coniuge debole una somma equitativamente determinata in una sola soluzione a somiglianza della prestation compensatoire del modello francese (liquidazione dell'assegno di divorzio una tantum) o al massimo distribuita in un limitato numero di anni sottoforma di assegno temporaneo, ma il problema è che il nostro ordinamento non sembra consentirlo in quanto l'art. 5 comma 8 legge div. prevede esclusivamente la somministrazione periodica a tempo indeterminato e quindi non può essere imposto dal giudice in diverse modalità proprio perchè manca una diversa previsione legislativa: non solo, ma l'attribuzione di una somma una tantum farebbe perdere il 40% della quota di TFR e la pensione di reversibilità, che spettano solo all'ex coniuge che godeva dell'assegno di divorzio (e quindi si presuppone che l'assegno sia periodico, se è una tantum si finiscono per perdere queste possibilità);
 - ed allora l'unica soluzione in questo caso è porre l'accento sul comportamento proattivo dei coniugi, magari a seguito di un suggerimento (e non di un'imposizione) dei giudici, oppure degli avvocati o dei mediatori professionali, che si adoperino per incrementare questo tipo di accordo, cioè quello sulla corresponsione in un'unica soluzione o solo temporanea dell'assegno che abbia solo funzione compensativa, ed in questo senso potrebbe farsi ricorso proprio al meccanismo delineato da SU n. 21761 del 2021 che ha riconosciuto la validità degli accordi di separazione consensuale o di divorzio congiunto che contengano il trasferimento della proprietà di beni immobili, mobili o altri diritti reali, che potrebbero appunto avere la funzione di soddisfare in una sola soluzione l'assegno divorzile avente solo funzione compensativa.

La posizione dei figli

A seguito della separazione o del divorzio restano intatti i doveri dei genitori rispetto ai figli per cui un assegno di mantenimento è loro dovuto indipendentemente dal fatto che un assegno di mantenimento o di divorzio venga liquidato a favore del coniuge più debole;

- la disciplina più compiuta a questo proposito è contenuta nell'art. 337-ter (richiamato anche per il divorzio) e prevede che il giudice in sede di separazione, dopo aver determinato i tempi e le modalità della presenza dei figli presso ciascun genitore, fissa la misura ed il modo in cui ciascuno di essi deve contribuire alla cura, al mantenimento e all'istruzione dei figli;
- ovviamente ciascuno dei due coniugi dovrà provvedere al mantenimento in proporzione alle proprie sostanze, per cui è chiaro che il giudice, quando liquida l'assegno in favore dei figli, deve tenere conto non solo dei tempi di permanenza di essi presso ciascuno dei genitori (e quindi della possibilità che durante ciascun periodo ciascuno provveda nella forma del mantenimento diretto), ma anche delle condizioni economiche di ciascuno, per cui alla determinazione dell'assegno di mantenimento si provvede tanto nel caso scontato (quanto cioè i figli convivono prevalentemente con il coniuge più debole), tanto nel caso meno scontato e raro (quello dei pari tempi di permanenza, in quanto in questo caso è chiaro che se si applica in prevalenza il mantenimento diretto, ci sono delle spese che vanno spalmate per forza su entrambi ed in ogni caso le condizioni economiche tra i due genitori possono non essere uguali).

Ma per quanto tempo dura questo obbligo di mantenimento dei figli? Questo porta naturalmente a considerare la figura dei **figli maggiorenni non ancora autosufficienti** per i quali occorre vedere fino a che momento esiste questo diritto al mantenimento e quindi anche al godimento della casa familiare;

- il problema si fa qui abbastanza difficile perchè occorre conciliare varie esigenze: innanzitutto potrebbe accadere che la disoccupazione del figlio possa essere in qualche modo giustificata dal fatto che egli non ha ancora trovato un'occupazione confacente alla propria formazione professionale (percorso universitario e scolastico); dall'altro occorre certamente scoraggiare atteggiamenti di vero e proprio parassitismo di figli ex giovani che rifiutano sistematicamente di trovare un'occupazione; infine occorre pur sempre trovare in ogni caso un limite al mantenimento il quale non può essere protratto entro limiti ragionevoli;
- sulla questione è recentemente intervenuta una sentenza che ha fatto un certo clamore (I civile n. 17183 del 2020) che è partita dall'indagine di alcuni precedenti giurisprudenziali: ad esempio è stato negato il diritto al mantenimento allorchè il figlio abbia ormai formato un proprio nucleo familiare, in quanto in tal caso tale circostanza denota il raggiungimento di una maturità affettiva e personale; è stato negato che il mantenimento debba permanere sol perchè il genitore si trovi in ottime condizioni economiche; è stato negato il c.d. mantenimento di ritorno, cioè il riacquisto del diritto al mantenimento che si era perduto a causa dell'avviamento al lavoro che poi è stato perduto (in tal caso il figlio ha dimostrato il raggiungimento di un'adeguata capacità lavorativa, per cui a seguito della perdita del lavoro il mantenimento non risorge); e la stessa cosa è stata affermata anche in materia di assegnazione della casa familiare (Cass. n. 16134 del 2019) dove si è detto ad esempio che l'assenza prolungata dalla casa familiare interrotta solo da rientri saltuari dimostra la raggiunta autosufficienza del figlio e quindi il diritto al godimento della casa familiare non risorge più;
- ebbene, da tutti questi episodi giurisprudenziali, la Corte desume la progressiva emersione in giurisprudenza di un principio importante che sta alla base del mantenimento dei figli e cioè l'esistenza del principio di autoresponsabilità: mentre questo principio non rileva proprio quando viene in considerazione la posizione dei figli minori, perchè fino al raggiungimento della

maggior età il mantenimento costituisce un dovere posto dagli art. 147 e 315-bis c.c., invece per quelli maggiorenni l'art. 337-septies significativamente prevede il mantenimento in favore di quelli non indipendenti economicamente, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto;

- cosa si ricava da questa norma: si ricava che mentre nel caso dei figli minori l'obbligo di mantenimento si correla al fatto che il genitore è ancora titolare di poteri rappresentativi e disciplinari, invece nei confronti del maggiorenne il genitore è completamente privo di qualsiasi potere di indirizzo e di controllo, per cui tutto è rimesso alla condotta del figlio e dal suo personale impegno nella formazione personale e successivamente nella ricerca dell'occupazione;
- ecco perchè siamo in una fase completamente dominata dal principio di autoresponsabilità: è vero che il figlio non autosufficiente ha diritto al mantenimento, ma è anche vero che la condizione dalla quale dipende questo diritto è un fatto che dipende da circostanze che sono sotto la sua sfera di controllo; e quindi è chiaro che se c'è un diritto ma le condizioni della permanenza di questo diritto dipendono dal titolare, il limite è quello dell'abuso del diritto (cioè il diritto è esercitabile senza però abusare delle libertà e soprattutto del portafoglio altrui): si tratta cioè di valutare la condotta del figlio maggiorenne secondo un criterio di correttezza e buona fede, nel senso che la sua situazione economica (cioè il mancato raggiungimento dell'indipendenza) non sia frutto di scelte irragionevoli e semplicemente volte a perpetuare un regime di assistenzialismo, nel completo disinteresse della ricerca dell'indipendenza economica;
- in concreto, ad esempio, il diritto al mantenimento andrà riconosciuto quando la condizione di disoccupazione è dovuta ad una situazione di minorazione o debolezza; quando dalla prosecuzione degli studi ultraliceali si desume l'esistenza di un iter che dimostri impegno e risultati adeguati; il breve tempo trascorso dalla fine degli studi, laddove nella valutazione di tale elemento, secondo la Corte, il giudice di merito può operare una rilevazione statistica, da cui risulti il tempo medio, in un certo momento storico, per il reperimento dell'occupazione a seconda del grado di preparazione conseguito; infine lo stato di disoccupazione causata da tutti i possibili tentativi di ricerca dello stesso, sia o no confacente alla propria specifica preparazione professionale;
 - ne consegue, poi, sotto il profilo probatorio, che la prova di versare in una di queste condizioni è a carico del figlio che reclama il mantenimento, trattandosi di fatti costitutivi del suo diritto, sicchè mancando una di queste prove, si riepanda il principio generale secondo il quale deve presumersi che con il raggiungimento della maggior età il soggetto abbia acquistato la capacità lavorativa e quindi abbia raggiunto la possibilità di essere economicamente autosufficiente;
 - ovviamente nella parte finale la Corte fa due precisazioni importanti e cioè che non è in discussione ovviamente la possibilità di un'assunzione volontaria dell'obbligo di mantenimento da parte dei genitori, pur non sussistendone le condizioni, come pure non è in discussione che nei casi in cui il maggiorenne non abbia diritto al mantenimento conserva pur sempre il diritto agli alimenti (che garantiscono però solo i mezzi necessari per la semplice sussistenza) che permane in questa limitata misura finché dura lo stato di bisogno;
 - ovviamente queste osservazioni valgono sia per il mantenimento sia per la questione della verifica del diritto di abitazione nella casa familiare, sicchè ove questa sia di proprietà di un terzo, legittimamente quel terzo la potrà reclamare dicendo che è cessato l'obbligo di mantenimento.

Gli accordi in sede di separazione e divorzio

Cominciando dagli accordi in sede di separazione, si tratta del cardine di quella che chiamiamo separazione consensuale che appunto si basa su un accordo che è sottoposto al controllo omologatorio del tribunale e qui il problema principale riguarda il **contenuto degli accordi di separazione** e ciò perchè la prassi dimostra come accanto ad un contenuto essenziale, compaiano altri contenuti c.d. eventuali:

- il contenuto essenziale è dato dalla volontà di vivere separati e su questo contenuto essenziale è precluso ogni sindacato da parte del giudice (si dà cioè massimo spazio alla volontà espressa dalle parti);
- il contenuto eventuale riguarda i rapporti patrimoniali ed il mantenimento dei figli (si chiama eventuale perchè può pure essere rinviato ad un momento successivo ovvero le parti possono chiedere al giudice di provvedere sul punto) ed è proprio questo contenuto eventuale ad essere sottoposto al controllo omologatorio del tribunale;
 - va però sottolineato che anche qui il controllo omologatorio subisce delle limitazioni, e questo perchè se l'accordo su tali aspetti è ritenuto in contrasto con l'interesse dei figli, il giudice non può modificare d'ufficio questo contenuto, ma può solo evidenziarne le criticità invitando i coniugi a rimodulare l'accordo in senso più conforme (in caso di rifiuto delle parti, il giudice può però rigettare la richiesta di omologazione).

Per quanto riguarda gli **accordi in tema di divorzio**, qui è fondamentale una distinzione ribadita di recente da Cass. n. 11012 del 2021 tra accordi in vista del divorzio ed accordi in sede di divorzio; per gli accordi in vista del divorzio, il punto in discussione concerne l'ammissibilità di patti con i quali, durante la fase matrimoniale o anche semplicemente al momento della separazione, i coniugi stabiliscano in via preventiva la regolazione dei rapporti patrimoniali per il caso di un futuro ed eventuale divorzio;

- premesso che l'accordo non impegna in alcun modo i coniugi a divorziare, perchè in tal caso l'accordo sarebbe un accordo su uno status (cioè mirerebbe ad incidere negativamente su uno status, quello coniugale, che in quanto tale è indisponibile), per cui tale accordo sarebbe sicuramente nullo in quanto afferente a diritti indisponibili;
- nonostante questa premessa, la Cassazione tende ad applicare il medesimo regime di nullità anche riguardo agli aspetti concernenti il profilo economico e la sentenza più importante dalla quale partire è la n. 1810 del 2000 (ma in senso conforme vi è anche la più recente Cass. n. 2224 del 2017 e Cass. n. 11012 del 2021);
 - in questa sentenza, relativa ad un accordo stipulato in sede di separazione, si dice chiaramente che gli accordi diretti a regolare il regime patrimoniale in vista del futuro divorzio sono nulli per illiceità della causa, perchè comunque vanno a violare il principio della indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale che sono posti dall'art. 160 c.c.
 - infatti tale violazione è sicuramente visibile nel caso in cui vadano a limitare o ad escludere il diritto del coniuge più debole al conseguimento dell'assegno di mantenimento, secondo quelli che sono i criteri adottati dalla giurisprudenza per la relativa determinazione;
 - ma anche nel caso in cui tali accordi dovessero soddisfare pienamente queste esigenze, prevedendo un assegno di mantenimento del tutto congruo ed allineato ai criteri giurisprudenziali di quantificazione, si corre seriamente un grosso pericolo e cioè che tale determinazione congrua venga fatta al fine di ottenere la non opposizione alla domanda di divorzio e quindi si tratterebbe di una previsione sicuramente idonea a minare la libertà del consenso (o meglio a catturare il consenso dell'altro), tanto è vero che nel caso preso in considerazione dalla Corte era proprio quello che era stabilito in favore della moglie il diritto alla casa coniugale ma se si fosse opposta alla domanda di divorzio sarebbe stata obbligata a rilasciarlo entro 10 giorni dalla richiesta).

Per quanto riguarda gli **accordi in sede di divorzio**, si tratta di quegli accordi con i quali i coniugi che presentano una domanda congiunta di divorzio, regolamentano i relativi assetti economici qui si è storicamente posto un problema preliminare e questo perchè con il procedimento di divorzio presenta innegabili differenze rispetto alla separazione, atteso che innanzitutto con il divorzio si verifica la cessazione di uno status (a differenza della separazione dove si ha solo la sospensione di alcuni doveri derivanti dal matrimonio) e poi perchè nel divorzio vi sono maggiori aspetti connotati dal carattere dell'indisponibilità (ad esempio la proposizione della domanda di divorzio non è libera ma occorre attendere il tempo minimo previsto dal legislatore a decorrere dalla data della separazione);

- queste circostanze hanno per la verità indotto la dottrina e la giurisprudenza tradizionali a dubitare che il divorzio consensuale sia un vero e proprio procedimento consensuale venendo in rilievo un procedimento pubblicistico riguardante uno status, con la conseguenza che se il divorzio consensuale è possibile ciò che è impossibile è arricchire questa domanda congiunta con ulteriori accordi, atteso che questi accordi costituirebbero una sorta di transazione sugli status (nulla proprio perchè riguardante diritti indisponibili);
- in realtà la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno invece ammesso tali accordi, contestando in toto tali argomentazioni ed affermando che nel caso in esame non vengono in rilievo accordi sullo status ma accordi concernenti semplicemente gli aspetti economici che derivano dal divorzio e pertanto l'autonomia negoziale deve ritenersi completamente libera per una soluzione consensuale di tali aspetti (insomma la scure di nullità ricadrebbe solo su quegli accordi con i quali le parti stabiliscono preventivamente di divorziare, ma non di quegli accordi che accompagnano la domanda congiunta e che si occupano semplicemente degli aspetti di natura patrimoniale);

Sempre nell'ambito degli accordi di separazione e di divorzio spesso è dato rintracciare un particolare tipo di clausole tra le quali quella più importante è il **trasferimento di un immobile in favore del coniuge (o eventualmente solo la promessa a trasferirlo)**, e la difficoltà è quella di individuare la causa di tale trasferimento:

- più in particolare dottrina e giurisprudenza tradizionali erano contrarie all'ammissibilità dei predetti trasferimenti immobiliari ponendo la questione specialmente sotto il profilo della causa: ci si trovava cioè al cospetto di un'alternativa tra ritenerlo una donazione nulla per difetto di forma o di una compravendita priva del corrispettivo e quindi ugualmente nulla; stesse perplessità con riferimento al caso della promessa di trasferimento: non si potrebbe ricorrere allo schema della promessa unilaterale atteso che le promesse sono soggette al principio di tipicità ex art. 1987 c.c.; inoltre, siccome da questo atto sorgeva un obbligo di dare, il trasferimento dell'immobile, avvenuto dopo l'omologa, doveva considerarsi privo di causa, proprio perchè la sua causa non era interna ma andava rinvenuta all'esterno del negozio di trasferimento;
- tali argomenti sono stati progressivamente sconfessati dalla dottrina prevalente:
 - con riferimento agli accordi che contemplano il trasferimento immobiliare, è stato osservato che a seguito dell'avvento della teoria della causa in concreto non è giusto dichiarare la nullità di un negozio sol perchè manca lo spirito di liberalità oppure perchè manca il corrispettivo (e quindi non può essere inquadrato nei tipici contratti di donazione o vendita), in quanto quello che va valutato è semplicemente l'esistenza di una causa sufficiente a fondamento del negozio e che quella causa sia meritevole di tutela: nel nostro caso se è vero che il trasferimento non è una donazione e nemmeno è una vendita, lo scopo potrebbe essere pur sempre quello di assolvere i doveri derivanti dal mantenimento conseguenti alla separazione, per cui è chiaro che esso ben può mirare ad una sistemazione

solutorio-compensativa dei rapporti patrimoniali derivanti dalla separazione (e quindi mira in definitiva ad adempiere un obbligo legale); quindi siamo al cospetto di un negozio oneroso atipico che è perfettamente valido dal punto di vista causale;

- se poi il trasferimento venisse solo promesso, da un lato nessun problema vi sarebbe sotto il profilo dell'art. 1987, in quanto non è vero che le promesse sono tipiche come dimostrato dall'art. 1333 c.c., e poi dal punto di vista del collegamento tra la promessa ed il negozio esecutivo sarebbe sufficiente l'expressio causae e a garantire la riferibilità causale dell'atto a valle al negozio a monte;
- ma il problema dei trasferimenti immobiliari non è solo un problema di causa ma anche di forma: con ordinanza n. 3089 del 2020 la Prima Sezione Civile ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, osservando che la norma che determina il contrasto interpretativo è contenuta nell'art. 29 della legge n. 52 del 1985 (come modificata dalla legge 122 del 2010) che prevede che ogni atto di trasferimento di immobili deve contenere a pena di nullità tutti i documenti che consentono l'identificazione catastale dell'immobile e la verifica della conformità dello stato di fatto a quanto risulta dai dati catastali e dalle planimetrie e che tale documentazione può essere sostituita dall'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato; prima della stipula del contratto il notaio deve individuare gli intestatari catastali e la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari;
 - come si vede questa norma prevede la nullità dell'atto solo se non contiene i documenti catastali o se non contiene l'attestazione di conformità del tecnico abilitato, ma non prevede poi alcuna nullità in relazione alla necessità del successivo controllo da parte del notaio;
 - ecco perchè allora è sorto il dubbio: ferma restando la necessità che, in sede di omologa, i coniugi presentino la documentazione catastale o la dichiarazione di conformità, è necessario realmente questo successivo controllo di conformità e se si dice di sì esso può essere fatto anche dal giudice in sede di omologa oppure è necessario per forza l'intervento del notaio?
 - tanto più che con riferimento alla negoziazione assistita (che come vedremo è una delle possibili modalità attraverso le quali è consentito ricorrere per il divorzio), l'art. 5 della legge 162 del 2014 prevede la soluzione più blanda possibile, in quanto prevede che se le parti concludono in sede di accordo uno degli atti di cui all'art. 2643 c.c. (compreso quindi un trasferimento immobiliare), l'accordo va trascritto ferma restando la necessità dell'autentica delle firme da parte di un pubblico ufficiale (la norma fa capire che in questo caso particolare non occorre alcun intervento del notaio ma basta l'autentica di firma da parte di un pubblico ufficiale), per cui trasponendo queste coordinate al caso dell'omologa della consensuale basterebbe semplicemente l'autentica delle firme da parte del giudice.

SEZIONI UNITE N: 21761 del 2021

Le clausole dell'accordo di separazione consensuale o di divorzio a domanda congiunta, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni - mobili o immobili - o la titolarità di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi o dei figli al fine di assicurarne il mantenimento, sono valide in quanto il predetto accordo, inserito nel verbale di udienza redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è stato attestato, assume forma di atto pubblico ex art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo il decreto di omologazione della separazione o la sentenza di divorzio, valido titolo per la trascrizione ex art. 2657 c.c., purché risulti l'attestazione del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui all'art. 29, comma 1-bis, della l. n. 52 del 1985, come introdotto dall'art. 19, comma 14, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010, restando invece irrilevante l'ulteriore verifica circa gli intestatari catastali dei beni e la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari.