

Accordi in occasione di divorzio

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 20 agosto 2014, n. 18066 – Pres. Vitrone – Rel. Dogliotti

La clausola di trasferimento di immobile tra coniugi ovvero da uno dei genitori al figlio minore recepita dalla sentenza di divorzio, anche sulla base di conclusioni uniformi, è valida tra le parti e nei confronti dei terzi. Essa può essere oggetto di annullamento per vizio di volontà in un autonomo giudizio di cognizione e non può costituire motivo di impugnazione della sentenza di divorzio.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., sez. I, 20 novembre 2003, n. 17607
Difforme	Cass., sez. I, 19 giugno 1996, n. 5664

Svolgimento del processo

Con sentenza non definitiva in data 03.11.2010, il Tribunale di Treviso dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario tra R.G. e F.E.

Con sentenza definitiva in data 16.05.2012, su conclusioni comuni delle parti, il Tribunale affidava il figlio minore Ri. ad entrambi i genitori, con collocazione presso la madre, determinava il regime di visita del padre, disponeva che la casa coniugale venisse trasferita in proprietà al figlio, con obbligo per il R. di procedere al trasferimento stesso, e di corrispondere alla moglie la somma di Euro 2.500 mensili di cui Euro 700, quale assegno divorzile ed Euro 1800 per contributo al mantenimento del figlio.

Con ricorso depositato in data 11.07.2012, il R. impugnava la sentenza definitiva, chiedendo, in parziale riforma, l'aumento delle possibilità di visita al minore, la riduzione del contributo per il mantenimento del figlio e l'esclusione dell'assegno divorzile.

Costitutosi il contraddittorio, la F. eccepiva la inammissibilità dell'appello e ne chiedeva il rigetto, con conferma della sentenza di primo grado; in subordine, proponeva appello incidentale condizionato, chiedendo la riduzione delle visite paterne e l'aumento dell'assegno divorzile.

La Corte di Appello di Venezia, con sentenza in data 23.01.2013, dichiarava inammissibile l'appello principale e quello incidentale.

Ricorre per cassazione il R., che pure deposita memoria difensiva.

Resiste con controricorso la F.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, il ricorrente lamenta violazione degli artt. 5 L. Divorzio, 100, 112 c.p.c., in quanto la sentenza poteva essere impugnata, anche indipendentemente dalla soccombenza delle parti.

Con il secondo, violazione degli artt. 100, 112, 132 c.p.c. in ragione della sussistenza di diritti indisponibili, per i quali l'interesse ad impugnare prescinderebbe dalla condotta processuale delle parti.

Con il terzo, violazione degli artt. 100, 112, 132 c.p.c., in quanto il trasferimento immobiliare a favore del figlio delle parti, non assicurava il suo interesse alla conservazione dell'habitat domestico.

Con il quarto, violazione degli artt. 155 quater, 1021, 1022, 2643, 2645 c.c., non essendo stata disposta la assegnazione della casa coniugale al genitore, collocatario del figlio.

Con il quinto, violazione degli artt. 1173, 1174, 1321, 1325, 1987 c.c., per nullità della clausola relativa al trasferimento della abitazione al figlio, essendo l'impegno del padre giuridicamente irrilevante.

Con il sesto, violazione dell'art. 1478 c.c., per nullità della predetta clausola, stante la necessità di una delibera assembleare della società proprietaria, per autorizzare la vendita.

La sentenza impugnata dichiara inammissibile l'appello principale, sostenendo che, ai sensi dell'art. 100 c.p.c., per far valere una domanda in giudizio e per proporre impugnazione, occorre avervi interesse, e che difetta totalmente in capo al R. tale interesse, non essendo egli risultato soccombente per alcuna delle domande proposte nel primo grado, con le conclusioni definitive da lui rassegnate. Non rinviene il giudice a quo clausole nulle nell'accordo raggiunto tra le parti, non essendovi violazione alcuna di diritti indisponibili, né contrasto con l'interesse del minore: valido il trasferimento immobiliare a suo favore della casa coniugale, con impegno del padre all'acquisto della proprietà e al predetto trasferimento, che garantirebbe al minore stesso la permanenza nell'habitat domestico.

Va condivisa, seppur con alcune doverose precisazioni, l'affermazione della pronuncia impugnata, per cui non è ammessa impugnazione se la parte o entrambe le parti, a seguito di accordo, risultino soccombenti.

La fattispecie in esame (conclusioni comuni nell'ambito di un procedimento di divorzio originariamente contenzioso) è assimilabile a quella inerente ad un procedimento di divorzio congiunto. È bensì vero, come afferma il ricorrente, che l'art. 5, comma 5, L. Divorzio prevede, apparentemente senza eccezione, la possibilità di impugnazione, da parte di ciascun coniuge, ma, per il

divorzio congiunto, tale previsione riguarda situazioni particolari: il primo giudice non ha recepito o ha recepito solo parzialmente l'accordo tra le parti, magari precisando che erano in questione diritti indisponibili o l'accordo stesso appariva in contrasto con l'interesse del minore, ovvero non era "congrua" la corresponsione una tantum di somma, escludente, per il futuro l'assegno divorzile.

In tali casi ovviamente, ciascuno dei coniugi od entrambi potrebbero impugnare la sentenza.

Il Pubblico Ministero, ai sensi del art. 5, comma 5, predetto, può impugnare limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli.

Va interpretata in senso lato tale previsione, con riferimento al patrimonio del minore, al suo mantenimento, ai trasferimenti (immobiliari o mobiliari) che lo riguardano, ecc. E impugnazione potrebbe esservi, da parte di un curatore speciale del minore, in caso di conflitto di interessi con i genitori (questione estranea alla presente fattispecie, non essendovi stata, in corso di causa, istanza alcuna di nomina di un curatore).

Si diceva della affermazione condivisibile, per cui non vi è interesse ad impugnare, senza soccombenza, ma, nella specie, vi è una ragione ulteriore per escludere l'impugnazione.

Nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, ma pure in caso di precisazioni comuni che concludano e trasformino il procedimento contenzioso di separazione e divorzio, si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale (tra le altre, Cass. n. 17607 del 2003), che, frequentemente, per i profili patrimoniali si configura come un vero e proprio contratto. Non rileva che, in sede di divorzio, esso sia recepito, fatto proprio dalla sentenza: all'evidenza tale sentenza è necessaria per la pronuncia sul vincolo matrimoniale, ma, quanto all'accordo, si tratta di un controllo esterno del giudice, analogo a quello di separazione consensuale.

Com'è noto, nell'accordo tra le parti, in sede di separazione e di divorzio, si ravvisa un contenuto necessario (attinente all'affidamento dei figli, al regime di visita dei genitori, ai modi di contributo al mantenimento dei figli, all'assegnazione della casa coniugale, alla misura e al modo di mantenimento, ovvero alla determinazione di un assegno divorzile per il coniuge economicamente più debole) ed uno eventuale (la regolamentazione di ogni altra questione patrimoniale o personale tra i coniugi stessi).

Tradizionalmente gli accordi "negoziali" in materia familiare, erano ritenuti del tutto estranei alla materia e alla logica contrattuale, affermandosi che si perseguiva un interesse della famiglia trascendente quello delle parti, e l'elemento patrimoniale, ancorché presente, era strettamente collegato e subordinato a quello personale. Oggi, escludendosi in genere che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati, dei singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela, là dove essa non contrasti con l'esigenza di

protezione dei minori o comunque dei soggetti più deboli, si afferma con maggior convinzione.

Nei verbali di separazione consensuale o in quelli recepiti dalla sentenza di divorzio congiunto, sono assai frequenti le clausole contenenti promesse di trasferimenti, ma pure trasferimenti effettivi di proprietà o altri diritti reali su beni immobili o mobili da un coniuge all'altro. Intenti modalità, contenuti possono essere i più diversi: regolamentazione di tutti o di alcuni rapporti reciproci tra i coniugi, magari anche al fine di prevenire possibili controversie, con un sistema più o meno complesso di concessioni, compromessi, risarcimenti, riconoscimenti, ecc, attribuzioni ed assegnazioni reciproche, talora anche di portata divisoria, ma pure di adempimento dell'obbligo ex lege di mantenimento (o comunque di assistenza) a favore del coniuge economicamente più debole.

Questa Corte da tempo ritiene che la clausola di trasferimento di immobile tra i coniugi, contenuta nei verbali di separazione o recepita dalla sentenza di divorzio congiunto o magari, come nella specie, sulla base di conclusioni uniformi, è valida tra le parti e nei confronti dei terzi, essendo soddisfatta l'esigenza della forma scritta (tra le prime pronunce al riguardo, Cass. 11 novembre 1992, n. 12110 e, ancora recentemente, Cass. n. 2263 del 2014), così come il trasferimento o la promessa di trasferimento di immobili, mobili o somme di denaro, quale adempimento dell'obbligazione di mantenimento (o assistenziale) da parte di un coniuge nei confronti dell'altro (tra le altre, Cass. 17 giugno 1992, n. 7470). Ma pure questa Corte ha sostenuto la ammissibilità, a titolo di contributo per il mantenimento del figlio minore, del trasferimento di un immobile a suo favore, quale contratto atipico e gratuito, che si perfeziona per effetto del mancato rifiuto (Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500).

Va altresì precisato che gli accordi omologati (ovvero recepiti dalla sentenza di divorzio) non esauriscono necessariamente ogni rapporto tra i coniugi o tra genitori e figli). Si potrebbero ipotizzare (e nella prassi ciò accade frequentemente) accordi anteriori, contemporanei o magari successivi alla separazione o al divorzio, nella forma della scrittura privata o dell'atto pubblico.

Al riguardo, la giurisprudenza di questa Corte è variamente intervenuta, con particolare riferimento agli accordi extragiudiziali, in occasione della separazione, attraverso una complessa evoluzione verso una più ampia autonomia negoziale dei coniugi. Dapprima si affermava che tutti i patti intercorsi tra i coniugi, in vista della separazione, anteriori, coevi o successivi, indipendentemente dal loro contenuto, dovevano essere sottoposti al controllo del giudice che, con il suo decreto di omologa, conferiva ad essi valore ed efficacia giuridica. Successivamente si cominciò ad effettuare distinzione sul contenuto necessario ed eventuale delle separazioni consensuali, sui rapporti tra i genitori e figli, riservati al controllo del giudice, e tra coniugi, che, almeno tendenzialmente, rimanevano nell'ambito della loro discrezionale ed autonoma determinazione, in base alla valutazione delle rispettive convenienze, fino a sostenere

successivamente l'autonomia negoziale dei genitori, anche nel rapporto con i figli, purché si pervenga ad un miglioramento degli assetti concordati davanti al giudice (tra le altre, Cass. 22 gennaio 1994, n. 657; n. 23801 del 2006).

Al contrario, la giurisprudenza di questa Corte è rimasta tradizionalmente orientata a ritenere gli accordi assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale, in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli status e dello stesso assegno di divorzio (tra le altre Cass. n. 6857 del 1992).

(Sono stati invece ritenuti validi accordi in vista di una dichiarazione di nullità del matrimonio, in quanto correlati ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità matrimoniale, fuori da ogni potere negoziale di disposizione degli status: tra le altre Cass. N. 348 del 1993). Giurisprudenza più recente ha sostenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico: più specificamente il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole, e l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo (al riguardo, Cass. n. 8109 del 2000).

Questa Corte più recentemente (Cass. n. 23713 del 2012; ma v. pure Cass. n. 19304 del 2013), pur escludendo che nella specie si trattasse di accordi prematrimoniali in vista del divorzio, ha avuto modo di precisare che tali accordi sono molto frequenti in altri Stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili, e pure ha sottolineato le critiche di parte della dottrina all'orientamento tradizionale, che trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi del diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale, ferma ovviamente la tutela dell'interesse dei figli minori.

Come si è detto, l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora da vita ad un vero e proprio contratto.

Ma, anche se esso non si configurasse come contratto, all'accordo stesso sarebbero sicuramente applicabili alcuni principi generali dell'ordinamento come quelli attinenti alla nullità dell'atto o alla capacità delle parti, ma pure alcuni più specifici (ad es. relativi ai vizi di volontà, del resto richiamati da varie norme codicistiche in materia familiare dalla celebrazione del matrimonio al riconoscimento dei figli nati fuori di esso) (al riguardo, ancora, Cass. n. 17607 del 2003).

Tornando alla fattispecie in esame, si deve affermare che i coniugi, in quanto parti dei predetti accordi, non possono impugnare un decreto di omologa o la sentenza che li abbia recepiti.

Lo potrebbero, come si diceva, il Pubblico Ministero per gli interessi patrimoniali dei minori ovvero un curatore speciale, nominato dal giudice, in nome e per conto dei minori stesso.

Ove l'accordo (o il contratto) sia nullo, tale nullità potrebbe essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, e dunque anche da chi abbia dato causa a tale nullità. Ed esso potrebbe essere oggetto di annullamento da parte del soggetto incapace o la cui volontà risulti viziata (ad es. da un errore pure sulla sussistenza dell'interesse del minore, ma si dovrebbe ricordare che se nell'accordo sia preminente una causa transattiva, non rileverebbe ai sensi dell'art. 1969 c.c., errore di diritto). Ma nullità o annullamento non potrebbero costituire motivo di impugnazione dei soggetti dell'accordo da cui essi sono vincolati, ma dovrebbero essere fatti valere in un autonomo giudizio di cognizione (In termini generali n. 17607 del 2003).

Vi sono peraltro alcuni equivoci da chiarire, in relazione alla fattispecie dedotta in giudizio. È vero che l'accordo (o il contratto) collegato alla crisi familiare, potrebbe violare diritti indisponibili. Si pensi ad es. ad una clausola che escluda in perpetuo la possibilità, per il coniuge, di un assegno di mantenimento o divorzile ovvero che impedisca, sempre e comunque, un controllo del genitore sull'esercizio della potestà (oggi "responsabilità") esercitata dall'altro, o magari, addirittura, che limiti la possibilità o vincoli le parti al divorzio. Ma al di là di tali clausole "estreme", che ben difficilmente nella prassi vengono stipulate, i coniugi possono, con reciproche concessioni, raggiungere un accordo sull'affidamento dei figli e modalità di visite genitoriali nonché su ogni altra questione (personale o patrimoniale) della vita familiare.

Altrimenti... non vi sarebbe spazio alcuno per separazioni consensuali, divorzi congiunti o conclusioni comuni. Quanto all'interesse del minore, si è detto che la giurisprudenza conosce e ha ritenuto pienamente valida la clausola di trasferimento immobiliare da un coniuge al figlio, anche a scopo di mantenimento, utilizzando lo schema del contratto a favore di terzo e/o di quello con obbligazione per il solo proponente, ai sensi dell'art. 1333 c.c. (Cass. n. 2500 del 1987). Ne rileverebbe la circostanza che l'immobile in questione non sia di proprietà del genitore obbligato.

Si tratterebbe, in sostanza, di fattispecie analoga a quella di vendita di cosa altrui, ai sensi dell'art. 1478 c.c. ss.: l'obbligato dovrà acquistare l'immobile e trasferirlo al beneficiario; in caso di inottemperanza, egli sarà tenuto al risarcimento del danno. Il trasferimento immobiliare supererebbe la necessità di assegnazione della casa coniugale al genitore collocatario del minore. D'altra parte, essendo il R. titolare del contratto di locazione della casa coniugale, con il divorzio, si potrebbe configurare una successione del coniuge, convivente con il figlio minore, nel rapporto locatizio, ai sensi dell'art. 6 L. n. 392 del 1978, sulla locazione degli immobili urbani. E se il proprietario facesse valere i suoi diritti sull'immobile, sarebbe sempre possibile richiedere, in sede di modifica delle condizioni di divorzio, un'elevazione dell'assegno a favore

del coniuge collocatario del figlio, per permettergli di rinvenire una nuova sistemazione abitativa.

Non si ravvisa dunque né violazione di diritti indisponibili né contrasto alcuno con l'interesse del minore.

Va pertanto rigettato il ricorso. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in Euro

6000 per compensi, Euro 200 per esborsi, oltre spese forfettarie e accessori di legge.

Ai sensi del art. 13, comma 1 quater, D.P.R. n. 115 del 2002, dà atto dell'insussistenza dei presupposti per il versamento del contributo unificato, a norma del comma 1 bis, predetto articolo.

In caso di diffusione del presente provvedimento, omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 d.lgs. n. 196 del 2003, in quanto imposto dalla legge.

GLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE ALLA LUCE DELL'INTERESSE AD IMPUGNARE: UNA NUOVA PRESA DI POSIZIONE DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ'

di Camilla Filauro (*)

Con la pronuncia in epigrafe la S.C. ritorna sull'attuale dibattito in merito all'ammissibilità di accordi stipulati tra i coniugi in occasione del divorzio, offrendo l'occasione per fare il punto su taluni punti fermi e talaltri ancora oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza. La questione viene affrontata secondo una logica innovativa, ovvero alla luce dei requisiti dell'interesse ad impugnare un provvedimento giurisdizionale ove lo stesso recepisca un accordo tra privati, come accade nella sentenza di divorzio pronunciata su ricorso congiunto dei coniugi. Questa prospettiva consente di fornire alcuni chiarimenti in merito al rapporto, da sempre controverso in giurisprudenza, tra il provvedimento giudiziale e il contenuto dell'accordo raggiunto dai coniugi e conseguentemente di risolvere talune questioni applicative di non scarso rilievo.

1. Il caso all'esame della Suprema Corte

Il caso oggetto della sentenza in epigrafe riguarda un giudizio di cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario nell'ambito del quale il competente Tribunale ha assunto gli opportuni provvedimenti relativamente all'affidamento, alla collocazione del figlio minore della coppia, ai diritti di visita, nonché statuito in merito agli aspetti economici relativi all'assegno divorzile e a quello per il mantenimento del figlio stesso. Nell'assumere tali provvedimenti il Tribunale ha tenuto conto degli accordi raggiunti dai coniugi aventi ad oggetto, tra l'altro, la previsione del trasferimento della proprietà dell'immobile allora adibito a casa familiare da parte del padre e a favore del figlio. La pronuncia è stata oggetto di gravame in via principale da parte del padre del minore, il quale ha contestato tanto le statuizioni relative ai diritti di visita quanto quelle concernenti gli aspetti economici; è stata altresì appellata in via incidentale

da parte della madre la quale ha richiesto che fosse dichiarata l'inammissibilità del gravame proposto dall'ex marito nonché, in via subordinata, un aggravio dei provvedimenti a carico dell'appellante principale (riduzione dei diritti di visita e aumento dell'importo dell'assegno di mantenimento e di quello divorzile). La Corte di Appello ha ritenuto entrambi gli appelli inammissibili per difetto di interesse in capo agli appellanti, poiché sarebbe difettata una situazione di soccombenza rispetto alla sentenza impugnata che sola avrebbe giustificato la proposizione del gravame. L'appellante principale ha proposto ricorso per Cassazione avverso la sentenza di appello deducendo vizi sia di carattere processuale che di tipo sostanziale.

Per quanto riguarda le violazioni di norme processuali, i motivi di ricorso ruotano intorno al concetto di interesse ad impugnare e censurano la sentenza di merito nella parte in cui la stessa l'ha ritenuto mancante. Sotto il profilo sostanziale, al contrario, il ricorrente contesta la validità del trasferimento del-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

l'immobile disposto dal Tribunale a favore del figlio sulla base dell'accordo raggiunto dai coniugi stessi. Come si avrà modo di vedere nel decidere il ricorso la Suprema Corte ha rilevato una forte compenetrazione tra i profili processuali e quelli sostanziali sicché pare opportuno soffermarsi prima sugli uni e successivamente sugli altri al fine di cogliere gli aspetti innovativi che derivano dalla pronuncia in commento.

2. I procedimenti di divorzio

Il procedimento di divorzio è disciplinato dalla L. 1 dicembre 1970, n. 898 (di seguito L. div.) (1). Fino al 1987 il procedimento di divorzio era di natura esclusivamente contenziosa e poteva essere avviato su iniziativa di ciascuno dei coniugi il quale intendesse ottenere la cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario ovvero lo scioglimento di quello civile. La L. 6 marzo 1987 n. 74 ha riformato *in parte qua* la L. div. introducendo una distinzione nell'ambito del procedimento di divorzio a seconda che i coniugi siano o meno concordi nel richiedere al giudice di pronunciare il divorzio: nel caso in cui detto accordo manchi si parlerà di divorzio contenzioso (art. 4, comma 1, L. div.), in caso contrario di divorzio su domanda congiunta (art. 4, comma 16, L. div.).

Il procedimento contenzioso è disciplinato agli artt. 4, c.c. 1-15 e 5 L. div. Si tratta di un procedimento articolato in due fasi: la prima – la cui natura contenziosa dovrebbe essere affermata alla luce dell'obbligatoria assistenza del difensore – si svolge dinanzi al Presidente del Tribunale, il quale tenta una conciliazione dei coniugi e verifica l'irreversibilità della situazione di crisi coniugale; la seconda – di natura sicuramente contenziosa – si svolge dinanzi al giudice istruttore secondo le modalità proprie del procedimento ordinario di cognizione (a partire dai termini e dalle preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c.) e si conclude con una sentenza resa dal Tribunale in composizione collegiale (ex art. 50 bis c.p.c., giusta l'obbligatorio intervento del P.M.) la quale detta i provvedimenti relativi ai rapporti personali (si pensi alla perdita del cognome del marito da parte della moglie) e patrimoniali tra i coniugi nonché, ove esistente, alla prole. La legge prevede

altresì la possibilità per il Tribunale, all'esito dell'istruttoria, di pronunciare sentenza provvisoria relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, e di proseguire il giudizio al fine di determinare l'assegno di mantenimento a carico del coniuge obbligato. La sentenza conclusiva del procedimento, secondo parte della dottrina, avrebbe un contenuto complesso, in parte di natura costitutiva (nella parte in cui determina lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio), in parte di condanna (nella misura in cui condanna un coniuge all'adempimento degli obblighi patrimoniali in confronto dell'ex coniuge e dei figli) e in parte caratterizzata dai tratti propri dei procedimenti di volontaria giurisdizione (si pensi ai provvedimenti relativi all'affidamento dei figli) (2). Il contenuto dei provvedimenti assunti dal Tribunale con la sentenza in parola è definito nel dettaglio dal successivo art. 5 il quale, tra l'altro, ne prevede il regime di impugnazione, sul quale occorrerà soffermarsi diffusamente nel prosieguo.

Il procedimento di divorzio su domanda congiunta, a differenza di quello contenzioso, non è stato disciplinato in modo compiuto da parte del legislatore, essendosi lo stesso limitato a prevedere che il procedimento in questione debba essere introdotto con ricorso presentato da entrambi i coniugi al Tribunale il quale lo tratterà in camera di consiglio (art. 4, comma 16, L. div.); il ricorso, inoltre, deve contenere le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici tra i coniugi: si tratta della principale differenza rispetto al procedimento di divorzio contenzioso, la quale sembra imprimere al procedimento in parola un'impronta di natura consensuale. La norma prosegue specificando che il Tribunale definisce la procedura con sentenza, dopo avere sentito i coniugi, verificato l'esistenza delle condizioni di legge e valutato la rispondenza dell'accordo all'interesse dei figli. Ove l'accordo dovesse essere giudicato contrario agli interessi della prole, il Tribunale sarebbe tenuto a disporre il mutamento del rito e il passaggio alla procedura contenziosa disciplinata dal c. 8 del medesimo art. 4 della L. div., con contestuale nomina del giudice istruttore e fissazione dell'udienza di comparizione e trattazione davanti a questi. Occorre precisare come la giurisprudenza, alla quale la sentenza che si annota aderisce, equipara

(1) Per una trattazione completa del procedimento di divorzio sia consentito rinviare a M. Dogliotti - A. Figone, *I procedimenti di separazione e divorzio*, a cura di M. Dogliotti, Giuffrè, 2011; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, IX ed., 116 ss.; G. Bonilini - F. Tommaso, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004; F. Cipriani e

E. Quadri, *La nuova legge sul divorzio*, Napoli, 1988; F. Cipriani, *La riforma dei processi di divorzio e separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 398; A. Trabucchi, *Il nuovo divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 2, 125;

(2) A. Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Torino, 1997, 100 ss.

sotto il profilo disciplinatorio il procedimento di divorzio su domanda congiunta dei coniugi a quello contenzioso nel cui ambito tuttavia i coniugi abbiano raggiunto conclusioni comuni (3).

Dall'esame di tale disposizione emergono almeno quattro distinzioni rispetto al procedimento contenzioso sopra esaminato: 1) l'introduzione della procedura mediante ricorso congiunto dei coniugi; 2) la presenza di un accordo dei coniugi in merito alle condizioni del divorzio; 3) la trattazione in camera di consiglio; 4) l'assenza della fase presidenziale volta a tentare la conciliazione dei coniugi, la quale risulterebbe vana giusta la richiesta congiunta di divorzio (4).

La dottrina discute in merito alla natura del procedimento di divorzio su domanda congiunta, confrontandosi sul tema due diverse opzioni interpretative: da un lato, quella volta a qualificarlo come procedimento contenzioso, dall'altro quella che lo inquadra nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione. Il dubbio sorge poiché il legislatore, nonostante abbia previsto che il procedimento si svolga secondo il rito camerale (artt. 737 ss. c.p.c.), tipico dei procedimenti non contenziosi, ha previsto anche che lo stesso si concluda con sentenza. Parte della dottrina, argomentando sulla base della progressiva estensione del rito camerale a procedimenti contenziosi, ritiene che il procedimento in questione partecipi della medesima natura di quello contenzioso. La distinzione tra i due procedimenti, infatti, secondo la dottrina maggioritaria è di tipo meramente procedimentale e non anche sostanziale, dal momento che il giudice in entrambi i casi è chiamato a verificare la sussistenza dei requisiti stabiliti dalla legge all'art. 3 L. div.: il consenso, nello specifico, non costituisce autonoma ragione di divorzio, a differenza di quanto accade nell'ambito della separazione consensuale, e ciò poiché la legge esclude ogni disponibilità dell'oggetto sostanziale (5). La proposizione di una domanda di divorzio congiunto garantisce esclusivamente una riduzione dei tempi del giudizio mentre non importa una differenza sostanziale rispetto al divorzio c.d. conten-

zioso. Tale circostanza sarebbe confermata dalla fungibilità tra i due riti, quale risulta dalla previsione dell'art. 4, comma 16, ultima parte (la quale rinvia al comma 8 del medesimo art. 4) nonché dalla facoltà per il presidente ovvero il g.i. di disporre il passaggio del procedimento contenzioso alle forme camerali ove sopravvenga l'accordo dei coniugi (6).

Secondo altra parte della dottrina, al contrario, la presenza dell'accordo alla base del ricorso comporterebbe la natura non contenziosa del procedimento di cui trattasi il quale, in particolare, costituirebbe un procedimento camerale unilaterale, senza che per tale ragione le parti risultino private dei propri poteri processuali (7). La tesi in parola tende ad avvicinare il procedimento di divorzio su domanda congiunta al procedimento di separazione consensuale di cui agli artt. 158, comma 2, c.c. e 711 c.p.c. il quale è considerato pacificamente alla stregua di un procedimento di giurisdizione volontaria (8). In senso critico può osservarsi come se è vero che entrambi i procedimenti di cui trattasi si svolgono in camera di consiglio, vero è anche che il procedimento di separazione consensuale si conclude con un decreto di omologa dell'accordo raggiunto dai coniugi (art. 711, comma 4, c.p.c.), laddove il procedimento di divorzio su domanda congiunta con una sentenza. Al riguardo parte della giurisprudenza ha osservato come, nonostante l'art. 23 della L. n. 74/1987 abbia previsto che al procedimento di separazione consensuale – fino all'entrata in vigore nelle nuove norme del codice di rito – possano applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 4 L. div., il decreto di omologa non possa in alcun modo equipararsi a una sentenza (9). È noto, infatti, come i provvedimenti conclusivi dei procedimenti di volontaria giurisdizione siano privi dei caratteri di decisorietà e definitività propri dei provvedimenti che rivestono la forma della sentenza e, per tale ragione, non sono soggetti ai normali mezzi di impugnazione bensì al mero reclamo disciplinato dall'art. 739 c.p.c. (dal momento che la non definitività comporta una loro modificabilità in caso di sopravvenuto mutamento

(3) Si tratta di una prassi invalsa nei tribunali già all'indomani della riforma del 1987. Al riguardo cfr. Della Valle, *Primi orientamenti nell'interpretazione e applicazione della nuova legge sul divorzio (l'esperienza del Tribunale di Milano)*, in *Commentario alla riforma del divorzio*, Milano, 1987, 169.

(4) Esclude la sussistenza dell'obbligo di previo esperimento del tentativo di conciliazione G. Basilico, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 2, 253 ss.

(5) C. Mandrioli, cit., III, 132.

(6) F. Tommaso, cit.; M. Dogliotti - A. Figone, cit., spec. 137.

(7) F. Cipriani, *Il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio congiunto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 1, 603. L'A. critica la tesi sposata da F. Tommaso, *Il divorzio*, in *Commentario del diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, Padova, 1993, 308, il quale ritiene che il procedimento in oggetto sia bilaterale dal momento che le parti conservano i propri poteri processuali.

(8) C. Mandrioli, cit., 111.

(9) App. Bari 30 ottobre 1998, in *Dir. fam.*, 1999, 1167, con nota di L. Liberti.

delle circostanze). Parte della dottrina, d'altronde, come si avrà modo di mettere in luce nel paragrafo successivo, esclude che nei confronti del decreto di omologa sia proponibile lo stesso reclamo e ciò poiché non sarebbe possibile ravvisare una situazione di soccombenza, poiché l'omologazione consiste in un accoglimento della domanda comune (10).

La natura del procedimento di divorzio congiunto e, in particolare, la sua maggiore o minore affinità con il procedimento contenzioso piuttosto che con quello di separazione consensuale non sono prive di riflessi da un punto di vista pratico: l'assenza di una compiuta disciplina in merito al procedimento di divorzio su domanda congiunta dei coniugi, infatti, se da un lato giustifica il rinvio alle norme dettate con riguardo al procedimento di divorzio contenzioso, dall'altro impone una puntuale verifica di compatibilità giusta l'esistenza di un accordo tra i coniugi in merito alle condizioni del divorzio stesso. Costituisce questione particolarmente controversa, in particolare, il regime di impugnazione della sentenza emessa dal Tribunale all'esito del procedimento di divorzio congiunto, essendosi il legislatore occupato di definire il regime di impugnazione della sentenza di divorzio al comma 5 dell'art. 5 L. div. della cui applicabilità a entrambi i procedimenti di divorzio si discute.

Al fine di offrire risposta al quesito e di comprendere la risposta che la S.C. nella sentenza che si annota ha offerto allo stesso, occorre soffermarsi brevemente su disposto dell'art. 5, comma 5, L. div. e sulla nozione più generale di interesse all'impugnazione.

3. L'interesse ad impugnare con specifico riferimento alla sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio

Con il primo e il secondo motivo di ricorso il ricorrente ha censurato la sentenza di merito per violazione degli artt. 5 L. div., 100, 112 e 132 c.p.c. nella parte in cui la stessa ha dichiarato il suo appello inammissibile per difetto di interesse ad impugnare. Secondo il ricorrente la legge consentirebbe a entrambi i coniugi nell'ambito di un procedimento di divorzio di impugnare la relativa sentenza a prescindere dalla soccombenza; l'interesse ad impugnare, inoltre, discenderebbe in ogni caso dalla natura indisponibile dei diritti coinvolti. La Corte di Cassazione ha ritenuto entrambi i motivi di ricorso infondati, vuoi respingendo l'interpretazione dell'art. 5 della

legge sul divorzio (L. n. 898/1970) offerta da parte ricorrente, vuoi prendendo posizione sulla natura indisponibile dei diritti coinvolti nel procedimento a quo. Al fine di comprendere la decisione della Corte occorre fare alcune brevi considerazioni sul concetto di interesse a ricorrere in generale e nell'ambito del procedimento di divorzio in particolare.

Come noto il legislatore subordina l'azione in giudizio alla sussistenza di talune condizioni le quali devono ricorrere sia quando un soggetto agisce per la prima volta in giudizio sia quando intende introdurre una nuova fase di giudizio, come accade nei giudizi di impugnazione. Le condizioni dell'azione sono rappresentate dall'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) e dalla legittimazione all'azione. Nel giudizio di primo grado e in quello di impugnazione tali requisiti assumono un significato in parte divergente. Nel giudizio di primo grado l'interesse ad agire sussiste ove l'attore affermi la lesione attuale e concreta di un proprio diritto, laddove la legittimazione ad agire consiste nell'affermazione della titolarità del diritto che si fa valere in giudizio in capo a colui che agisce. Tale ultimo requisito, sebbene non trovi diretto riconoscimento a livello normativo, è ritenuto da parte degli interpreti implicito nella previsione di cui all'art. 81 c.p.c. la quale esclude che, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge di sostituzione processuale, alcuno possa fare valere in giudizio in nome proprio un diritto altrui.

Nel giudizio di impugnazione le condizioni dell'azione assumono una connotazione in parte divergente da quella esposta, poiché occorre tenere conto del fatto che si è svolta una precedente fase di giudizio. L'interesse ad agire, in particolare, è ravvisato dagli interpreti nel concetto di soccombenza: solo colui il quale abbia visto la propria pretesa in tutto o in parte rigettata da parte della sentenza di primo grado potrà dolersi della stessa innanzi al giudice superiore per grado; la finalità propria dell'impugnazione, infatti, è quella di ottenere la modificazione in tutto o in parte di un provvedimento giurisdizionale sicché ove dovesse mancare una insoddisfazione in confronto di tale provvedimento verrebbe meno la giustificazione stessa dell'azione (11). È opportuno chiarire come da tempo la dottrina abbia superato un concetto di soccombenza di tipo formale, ancorato al mero dato della corrispondenza tra ciò che la parte aveva chiesto al giudice e ciò che lo stesso le ha accordato con la pronuncia impugnata, per approdare a un concetto di soccombenza di tipo sostanziale (12). Da un punto di vista sostanziale la

(10) L. Liberti, *Sul passaggio in giudicato dell'omologa di separazione consensuale ai fini della domanda congiunta di divorzio*, in *Dir. fam.*, 1999, 4, 1167.

(11) C. Mandrioli, *cit.*, I, 397 ss.

(12) L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 374 ss.

soccombenza deve essere valutata in rapporto al margine di vantaggio obiettivo che la parte avrebbe potuto ottenere dalla sentenza impugnata: si pensi al rigetto di una questione pregiudiziale di rito ovvero alla declaratoria di estinzione del giudizio. La legittimazione ad impugnare, al contrario, deve essere ricercata nella qualità di parte del giudizio all'esito del quale è stata pronunciata la sentenza da impugnare, la quale presuppone come già accertata la titolarità del diritto che si è fatto valere (legittimazione all'impugnazione).

Tanto chiarito in ordine ai requisiti che devono sostenere l'impugnazione di un provvedimento giurisdizionale, occorre soffermarsi sulle specificità dell'interesse ad impugnare nell'ambito del procedimento di divorzio. Si è visto che il legislatore dedica al regime di impugnazione della sentenza di divorzio il comma 5 dell'art. 5 L. div. La norma in oggetto dispone che la sentenza di divorzio può essere impugnata in due casi: a) da ciascuna delle parti; b) dal Pubblico Ministero ex art. 72 c.p.c. ove la pronuncia pregiudichi gli interessi patrimoniali dei figli minori ovvero legalmente incapaci.

La disposizione in questione ha suscitato da sempre l'attenzione di dottrina e giurisprudenza. Mentre non vi sono particolari controversie in merito alla possibilità di impugnazione della sentenza da parte del P.M., si discute se la facoltà di impugnazione riconosciuta agli ex coniugi debba interpretarsi quale deroga al principio di soccombenza (quanto meno formale), ovvero sia quale possibilità per entrambi i coniugi di impugnare la sentenza a prescindere dal fatto che dalla stessa sia derivato loro un pregiudizio sostanziale. Secondo parte della dottrina la norma *de qua* derogherebbe al principio di soccombenza e tanto sulla scorta della ritenuta indisponibilità dell'oggetto del giudizio il quale, incidendo su uno status, sarebbe posto a tutela di interessi superiori quali quello del coniuge non economicamente autosufficiente o dei figli (13). Altra parte della dottrina, al contrario, ritiene che la

norma in questione non si sottragga al principio della soccombenza: se anche si volesse ritenere che l'art. 5, comma 5, L. div. introduca una deroga al principio di cui all'art. 100 c.p.c., la stessa dovrebbe essere temperata al fine di non dare luogo a soluzioni contraddittorie con lo stesso spirito della legge (14). Si osserva, da un lato, come la regola debba subire una eccezione quanto meno nel caso in cui la sentenza sia di rigetto e, dall'altro, come la ritenuta possibilità di impugnare sempre la sentenza al fine di conservare i diritti indisponibili derivanti dal matrimonio sembri contrastare con il superamento del principio del *favor matrimonii* posto in essere con la L. div. (15).

Costituisce ipotesi fortemente controversa la possibilità di impugnare la sentenza resa all'esito del procedimento di divorzio su domanda congiunta. Se non sussistono particolari difficoltà ad ammettere l'impugnabilità della sentenza di rigetto (la quale p.e. escluda la sussistenza delle condizioni per disporre lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero non accolga in tutto o in parte le determinazioni dei coniugi contenute nell'accordo), i dubbi interpretativi riguardano la sentenza di accoglimento. Si tratta di una tematica non largamente dibattuta tra gli interpreti, intorno alla quale nondimeno si sono contrapposti almeno due orientamenti ermeneutici.

Un primo orientamento interpretativo è favorevole a ritenere impugnabile la sentenza di divorzio su domanda congiunta. La tesi in parola è stata sostenuta facendo leva su tre diversi percorsi argomentativi.

Secondo una prima linea di pensiero l'impugnabilità del provvedimento in parola deriverebbe dall'applicabilità dell'art. 5, comma 5, L. div. al procedimento di divorzio su domanda congiunta.

Una parte della giurisprudenza (16) e della dottrina (17), in particolare, interpretano la norma di cui all'art. 5, comma 5, L. div., da un lato, come se la stessa derogasse al principio della soccom-

(13) In tal senso C. Mandrioli, cit., 128, L. Salvaneschi, *op. cit.*, nonché L. Montesano, *Le impugnazioni dei coniugi contro la sentenza di divorzio su domanda congiunta*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 1, 10.

(14) F. Tommaseo *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario al codice civile*, a cura di G. Bonilini e F. Tommaseo, Giuffrè, 2010.

(15) F. Tommaseo, cit., 754.

(16) Cass. civ., sez. I, 19 giugno 1996, n. 5664, in *Dir. fam.*, 1997, 543; cfr. anche Cass., sez. I, 30 ottobre 1984, n. 5538, in *Giust. civ.*, 1985, 1, 345, la quale, seppure pronunciata prima dell'entrata in vigore della L. n. 74/1987, ha affermato dei principi ai quali sembra essersi ispirata Cass. n. 5664/1996 nel riconoscere l'applicabilità dell'art. 5, comma 5, L. div. anche al divorzio su domanda congiunta. La S.C. in quella occasione

ha affermato che in un giudizio avente ad oggetto diritti indisponibili, quale è il procedimento di divorzio "la pronuncia che, accogliendo la domanda, viene ad incidere su diritti di cui la convenuta non può validamente disporre, determina oggettivamente la soccombenza di quest'ultima, indipendentemente dall'atteggiamento processuale dalla stessa tenuto di mancata contestazione o anche di adesione alle richieste dell'attore, esso non valendo ad escludere il pregiudizio che la pronuncia medesima ha provocato sulla sua posizione giuridica, ed il suo conseguente interesse ad impugnarla per rimuovere il detto pregiudizio".

(17) L. Montesano, *Le impugnazioni dei coniugi*, cit.; L. Salvaneschi, *op. cit.*

benza e, dall'altro, come se fosse dotata di portata generale, facendo leva principalmente su un triplice ordine di argomenti. In primo luogo sull'argomento letterale, dal momento che dalla lettera della norma non è consentito evincere una sua applicazione limitatamente ai procedimenti contenziosi. In secondo luogo, viene invocata la natura indisponibile dei diritti coinvolti nel procedimento di divorzio, i quali resterebbero tali pure a fronte della domanda congiunta dei coniugi e, in quanto tali, tutelati da parte del legislatore pur quando il relativo titolare intenda rinunciarvi. Si è infatti visto come secondo parte della dottrina il divorzio contenzioso e quello su domanda congiunta si differenzino esclusivamente in punto di introduzione del giudizio e di semplificazione del rito, non anche sotto il profilo sostanziale, essendo le posizioni giuridiche coinvolte sottratte alla disponibilità delle parti. Con l'art. 5, comma 5, L. div., pertanto, il legislatore avrebbe offerto alla parte debole del rapporto la possibilità di contestare le statuizioni contenute nella pronuncia di divorzio a prescindere dall'esistenza di una soccombenza in senso sostanziale e ciò a prescindere dal fatto che il divorzio sia stato chiesto da uno solo dei coniugi o da entrambi.

Il terzo argomento speso dall'orientamento in parola, infine, è di tipo logico. Ove si escludesse l'applicabilità dell'art. 5, comma 5, L. div. al divorzio su domanda congiunta, si giungerebbe ad affermare che la sola disposizione con la quale il legislatore ha inteso riferirsi al divorzio congiunto è contenuta all'interno dell'art. 4, comma 16, L. div. Che tale affermazione sia errata, nondimeno, si evince dalla circostanza che la norma citata non contiene una disciplina esaustiva del divorzio su domanda congiunta, sicché per gli aspetti non disciplinati sarà necessario rinviare ad altre norme della L. div. (18).

Secondo altra parte della giurisprudenza e della dottrina (19), al contrario, la sentenza di accoglimento del divorzio su domanda congiunta non sarebbe impugnabile da parte degli ex coniugi. Si fa leva su diversi ordini di argomenti, in parte atti-

nenti alla struttura del procedimento di divorzio di cui all'art. 4, comma 16, L. div., in parte sulla natura delle posizioni giuridiche coinvolte nel procedimento in oggetto.

In primo luogo chi ritiene che il procedimento di divorzio su domanda congiunta sia un procedimento camerale unilaterale privo di natura contenziosa, esclude che la sentenza resa all'esito del medesimo sia suscettibile di essere messa in discussione e tanto alla luce della natura di volontaria giurisdizione del medesimo, la quale implica l'assenza di parti in posizioni contrapposte tra loro (20).

In secondo luogo una parte degli interpreti esclude di potere invocare la disposizione di cui all'art. 5, comma 5, L. div. percorrendo due vie diverse a seconda che si ritenga che la norma in questione deroghi o meno al principio della soccombenza. Ove si ritenga che l'art. 5, comma 5, L. div. deroghi al principio della soccombenza, la norma sarebbe di stretta interpretazione e, come tale, suscettibile di applicazione solo a ipotesi accomunate dalla medesima ratio. Alla luce della ritenuta ratio del principio di cui all'art. 5, comma 5, prima parte, L. div. dovrebbe escludersi che la facoltà di impugnazione della sentenza che pronunci sulla domanda congiunta di divorzio sia illimitata e la si dovrebbe limitare all'ipotesi in cui siano lesi diritti indisponibili.

Ove invece si ritenga, in uno con la tesi maggioritaria, che l'art. 5, comma 5, L. div. sia ispirato al principio di soccombenza, la sua applicabilità al procedimento di divorzio su domanda congiunta sarebbe esclusa per effetto dell'assenza di una posizione di soccombenza di un coniuge rispetto all'altro, dal momento che le parti indicano di comune accordo le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici (art. 4, comma 16, L. div.).

Una parte della giurisprudenza che aderisce a tale orientamento, portando alle estreme conseguenze tali principi, giunge ad affermare che, alla luce della ritenuta impossibilità di impugnazione, la pronuncia nasce dotata dell'autorità di cosa giudicata (21). Si tratta nondimeno di tesi fortemente criticata in dottrina (22) e da altra parte della giu-

(18) Tale è l'opinione di L. Montesano, cit., il quale fa riferimento nello specifico alle norme di cui agli artt. 5, comma 2 e 10 L. div. con riferimento alla perdita del cognome del marito che la donna aveva aggiunto al proprio per effetto del matrimonio e all'obbligo di annotazione della sentenza da parte dell'ufficiale di stato civile.

(19) A. Graziosi, *La sentenza di divorzio*, Milano, 1997, 25 ss.; G. Basilio, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 2, 253 ss.

(20) In tal senso F. Cipriani, *Il passaggio in giudicato della*

sentenza di divorzio congiunto, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 603 ss., spec. 607, ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

(21) In questo senso, Trib. Bari 9 luglio 1987, in *Foro it.*, 1987, I, 2494 ss. Sia consentito rinviare a F. Cipriani, *Il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio congiunto*, cit., il quale critica Cass. 19 giugno 1996, n. 5664, cit., secondo la quale il passaggio in giudicato della sentenza di divorzio su domanda congiunta è assoggettato alle regole ordinarie previste dagli artt. 323 ss. c.p.c.

(22) M. Dogliotti - A. Figone, *I procedimenti di separazione e*

risprudenza (23) la quale ricorda, da un lato, come l'autorità di cosa giudicata sia propria solo dei provvedimenti non più suscettibili di impugnazione ai sensi dell'art. 324 c.p.c. e, dall'altro, come l'acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c. riguarda la sentenza e non la domanda proposta dall'altra parte, ragioni per le quali il passaggio in giudicato dipenderebbe pur sempre dal decorso del termine di legge.

Si discute al riguardo su quale sia il regime del passaggio in giudicato della sentenza in parola. Secondo una parte della dottrina, la sentenza di cui si discute passerebbe in giudicato una volta che sia decorso il termine c.d. lungo per impugnare, ovvero il termine semestrale di cui all'art. 327 c.p.c. (24). Si rileva come l'assenza di parti contrapposte non consentirebbe ad alcuno degli ex coniugi di notificare all'altro la sentenza ai sensi dell'art. 326 c.p.c., la quale sola consentirebbe di ottenere il passaggio in giudicato nel più breve termine di trenta giorni. Né si potrebbe manifestare acquiescenza alla pronuncia, dal momento che la stessa presuppone che vi sia una parte soccombente, assente nel caso di specie. Secondo altra dottrina, al contrario, la funzione acceleratoria svolta dall'art. 326 c.p.c. non consentirebbe di escluderne l'applicabilità per il solo fatto che non vi sono soccombenti: la norma assolverebbe ad uno scopo di natura meramente oggettiva (25). Va infine menzionata la tesi di quella parte della dottrina la quale facendo leva sulla struttura camerale del procedimento di divorzio su domanda congiunta, sostiene che la stessa debba soggiacere al regime previsto per i provvedimenti conclusivi del procedimento camerale e, in particolare, la previsione di cui all'art. 739 c.p.c. in forza della quale la sentenza passerebbe in giudicato una volta che sia decorso il termine di dieci giorni per proporre reclamo, decorrente dalla comunicazione della stessa (26).

La sentenza in commento non esclude la possibilità di applicare l'art. 5, comma 5, L. div. al procedimento di divorzio su domanda congiunta, bensì interpreta tale norma come se fosse ispirata al principio di soccombenza. Per tale ragione riconosce che la sentenza di divorzio pronunciata su ricorso comune dei coniugi - ovvero su conclusioni concordi degli stessi - possa essere impugnata solo ove rispetto ad essa entrambi i coniugi siano soccom-

benti. La presenza di un accordo, infatti, escluderebbe in radice l'esistenza di parti tra loro in conflitto, situazione la quale soltanto è idonea a radicare una posizione di soccombenza legittimante ai sensi dell'art. 100 c.p.c. Gli ex coniugi, in particolare, potrebbero dirsi soccombenti rispetto alla sentenza di divorzio in due casi: a) in caso di sentenza di rigetto della domanda di divorzio per mancanza dei presupposti di legge; b) a fronte di una sentenza di accoglimento che, pur dichiarando lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, non recepisca ovvero recepisca solo in parte l'accordo dei coniugi contenuto nel ricorso. Tale ultima circostanza potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui il Tribunale dovesse ritenere lesi diritti indisponibili, quale quello dei minori ovvero del coniuge economicamente più debole (come accade ove sia ritenuta non equa la corresponsione dell'assegno divorzile *una tantum*).

Ove, poi, dovessero essere lesi i diritti patrimoniali (indisponibili) dei figli minori ovvero legalmente incapaci la sentenza potrebbe essere in ogni caso oggetto di impugnazione da parte del Pubblico Ministero ai sensi del medesimo art. 5, comma 5, L. div.

Una precisazione si rende necessaria. I giudici di legittimità, pur riconoscendo che la sentenza di divorzio su domanda congiunta sia impugnabile solo a fronte di una situazione di soccombenza, la quale non potrà che essere comune agli ex coniugi, ammettono che l'impugnazione possa essere proposta anche da solo uno dei coniugi, con ciò respingendo quelle tesi le quali richiedevano per l'impugnazione la forma del ricorso congiunto. La ragione di tale affermazione sembra doversi giustificare sulla base del fatto che l'ex coniuge che decidesse di proporre impugnazione unilateralmente, lo potrebbe fare esclusivamente per ottenere la riaffermazione dell'accordo raggiunto. Ove, infatti, lo stesso intendesse rimettere in discussione il contenuto del predetto accordo, la sua impugnazione dovrebbe essere dichiarata inammissibile poiché gli si consentirebbe di incidere unilateralmente sul contenuto dell'accordo predetto.

Tale ragionamento sembra essere sotteso alla decisione della S.C. la quale, dopo avere escluso il difetto di soccombenza dell'ex coniuge per avere la sentenza recepito il contenuto dell'accordo del

divorzio; A. Finocchiaro, *La domanda congiunta di divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1, 508; F. Tommaseo, cit.

(23) Cass., sez. I., 19 giugno 1996, n. 5664, cit.

(24) A. Finocchiaro, cit., spec. 513.

(25) G. Nicotina, *Problemi processuali della nuova disciplina*

dei casi di scioglimento del matrimonio, in *Giust. civ.*, 1989, 2, 16.

(26) M. Dogliotti - A. Figone, cit., 141; U. Goldoni, *Separazione e divorzio*, Padova, 1991, 101.

quale egli era parte, ha individuato una ragione ulteriore a sostegno dell'inammissibilità del gravame: ove uno degli ex coniugi intenda rimettere in discussione il contenuto dell'accordo – recepito da parte della sentenza – non dovrà farlo gravando la sentenza bensì censurando direttamente l'accordo mediante un'azione di impugnativa contrattuale. Sotto questo profilo la pronuncia introduce una novità nel panorama giurisprudenziale, consentendo di analizzare la questione relativa all'interesse all'impugnazione alla luce della ammissibilità di contratti della crisi coniugale.

4. Gli accordi della crisi coniugale: ammissibilità, contenuto, rapporto con il controllo giudiziale e impugnazione

4.1. Autonomia negoziale e crisi coniugale

La questione relativa all'ammissibilità di accordi stipulati tra i coniugi in occasione della separazione o del divorzio ovvero in vista degli stessi è oggetto di un acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza (27). Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente le tappe del dibattito, nondimeno pare utile fare un poco di luce sullo stato dell'arte, cominciando con il risolvere talune questioni di carattere nominalistico e classificatorio.

Quando si parla di accordi della crisi coniugale è opportuno preliminarmente distinguere tra accordo sulla separazione o sul divorzio in senso stretto e in senso lato. L'accordo sulla separazione o sul divorzio in senso stretto costituisce il presupposto dei procedimenti di separazione consensuale e di divorzio congiunto e si traduce in una manifestazione di volontà in merito, rispettivamente, alla intollerabilità della convivenza o alla irreversibilità della crisi coniugale. Si è già detto che, stando alla tesi maggioritaria, l'accordo sul divorzio in senso stretto non ha lo stesso valore di quello relativo alla separazione. Mentre, infatti, l'accordo sulla separazione in senso stretto (art. 158, comma 1, c.c.) costituisce presupposto necessario e sufficiente della separazione consensuale tra i coniugi (fermo restando il

controllo del Tribunale sulle condizioni della stessa, del quale si dirà nel prosieguo), l'accordo manifestato all'interno della domanda congiunta di divorzio non è idoneo a determinare lo scioglimento del vincolo in mancanza della sussistenza delle condizioni di divorzio fissate dal legislatore. Tale distinzione ha indotto parte della dottrina a dubitare che il procedimento di divorzio su domanda congiunta abbia natura realmente consensuale, a differenza di quello di separazione ex art. 158, comma 2, c.c. (28). In senso contrario opina altra dottrina la quale osserva come alla base della domanda congiunta vi sia un consenso allo scioglimento del vincolo, il quale ha natura negoziale ancorché sia manifestato attraverso una domanda giudiziale (29). La divergenza di opinioni ha importanti ricadute di tipo pratico in quanto si riflette, come si avrà modo di vedere, sul rapporto tra il consenso dei coniugi e il controllo giudiziale sull'accordo che di quel consenso costituisce manifestazione.

L'accordo sulla separazione o sul divorzio in senso ampio, al contrario, ha ad oggetto le condizioni della separazione o del divorzio. Nell'ambito di tali accordi la dottrina e la giurisprudenza effettuano una distinzione tra c.d. contenuto necessario ed eventuale dell'accordo. Il contenuto necessario dell'accordo, in particolare, ha ad oggetto i diritti e i doveri che la legge prevede a carico e a favore dei coniugi e dei figli in conseguenza della separazione e del divorzio. Si tratta, nello specifico, della corresponsione dell'assegno di mantenimento a favore dei figli, dell'assegno di mantenimento ovvero divorzile a favore del coniuge avente diritto allo stesso, della assegnazione della casa familiare in presenza dei requisiti di legge, della regolazione dei diritti di visita dei genitori. Il contenuto eventuale, al contrario, investe ogni altra pattuizione dei coniugi in merito ai loro rapporti patrimoniali.

Circa l'ammissibilità di accordi sulla separazione in senso ampio in passato gli interpreti erano poco inclini a riconoscere uno spazio all'autonomia negoziale in una materia delicata come quella della separazione personale tra coniugi (30). Più di re-

(27) Tra i molti contributi provenienti dalla dottrina sia consentito fare rinvio a G. Obero, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2012, 69 ss. Tra le pronunce più recenti e significative nella giurisprudenza di legittimità si segnalano Cass., sez. I, 23 settembre 2013, n. 21736, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 2, 582; Cass., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Foro it.*, 2013, 3, I, 864, nonché Cass., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084, in *Dejure*. Per una significativa ricostruzione della disciplina nell'ambito della giurisprudenza di merito si veda Trib. Torino, sez. VII, 20 aprile 2012, ord., Pres. Tamagnone, in questa *Rivista*, 2012, 8-9, 803 ss.

(28) Si veda sul punto A. Trabucchi, *Il nuovo divorzio*, cit.

(29) G. Basilico, *Qualche osservazione in tema di divorzio su domanda congiunta*, cit., la quale richiama l'autorevole opinione di Trabucchi, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 2, 125.

(30) La tesi tradizionale contraria a riconoscere spazio all'autonomia negoziale nell'ambito del diritto di famiglia è stata sostenuta da A. Cicu, ne *Il diritto di famiglia*, Bologna, 1978, il quale ha sostenuto che la famiglia sia un organismo che trascende l'individuo al punto di inquadrare il diritto di famiglia nell'ambito del diritto pubblico. Un parziale superamento della

cente si è rilevato come non esista un interesse della famiglia trascendente quello dei suoi componenti, ben potendo i coniugi regolare i propri interessi personali e patrimoniali, fermo restando in questo caso il controllo (esterno) del giudice in merito al rispetto dei diritti dei figli (art. 158, comma 2, c.c.). L'ammissibilità di accordi sul divorzio è stata sancita dallo stesso legislatore nel momento in cui lo stesso ha introdotto il procedimento di divorzio su domanda congiunta, prevedendo la stessa debba contenere le statuizioni in merito alla prole e ai rapporti economici tra i coniugi stessi.

Molto si è discusso in merito al controllo del giudice sugli accordi di cui trattasi. Risulta preliminare a tal fine soffermarsi sul possibile contenuto degli accordi in parola, con specifico riguardo all'ipotesi in cui lo stesso investa diritti indisponibili.

4.2. Il contenuto degli accordi e l'interesse della prole: in particolare i trasferimenti immobiliari

Con gli ultimi tre motivi di ricorso il ricorrente ha chiesto la riforma della sentenza di merito nella parte in cui la stessa avrebbe recepito il contenuto dell'accordo di divorzio senza rilevare l'invalidità del trasferimento immobiliare effettuato da parte del padre e a favore del figlio. Il predetto trasferimento, a dire del ricorrente, non avrebbe assicurato al figlio la conservazione dell'*habitat* domestico, interesse al quale è preordinato, d'altronde, l'istituto della assegnazione della casa familiare. La sentenza, per tale ragione, sarebbe censurabile nella misura in cui la stessa non ha disposto l'assegnazione della casa familiare al coniuge presso il quale il minore è stato collocato secondo il disposto dell'art. 337-*sexies* c.c. (ex art. 155-*quater* c.c.). Anche a non voler ritenere che il trasferimento in parola fosse contrario agli interessi del minore, secondo il disponente lo stesso avrebbe dovuto essere qualificato come nullo, in via preliminare a causa della giuridica irrilevanza dello stesso e in via subordinata per effetto della violazione dell'art. 1478 c.c. per essere l'immobile di proprietà di terzi.

Si è detto che gli accordi della crisi coniugale possono avere ad oggetto vuoi l'adempimento di obblighi di legge (c.d. contenuto necessario), vuoi la sistemazione di ulteriori rapporti personali o patrimoniali tra i coniugi e tra i coniugi e i figli (c.d. contenuto eventuale). La parte dell'accordo sotto-

posto all'attenzione della S.C. è quella nella quale l'ex marito si è impegnato a trasferire al figlio minore della coppia la proprietà di un immobile di proprietà di terzi il quale era adibito a casa familiare in costanza di matrimonio. Prima di analizzare partitamente i diversi profili di censura sollevati dal ricorrente, pare opportuno interrogarsi in merito all'inquadramento della pattuizione in parola nell'ambito del contenuto necessario piuttosto che eventuale degli accordi di divorzio. La soluzione della questione, infatti, è rilevante al fine di stabilire se la decisione della Corte di ritenerla valida – sia pure in via di mero *obiter dictum* – sia o meno condivisibile.

È noto come a seguito della cessazione del vincolo coniugale derivino in capo ai genitori taluni doveri in confronto dei figli i quali, a seguito del d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 (attuativo della L. 10 dicembre 2012, n. 219 di riforma del rapporto di filiazione), sono disciplinati in modo organico agli artt. 337-*bis* - 337-*octies* c.c. Tali doveri sono volti a garantire ai figli nati dalla coppia l'assistenza morale e materiale della quale gli stessi godevano durante la fase fisiologica del rapporto di coniugio dei genitori. Per quanto concerne l'assistenza materiale, l'interesse dei figli deve essere soddisfatto mediante l'adempimento dell'obbligo di mantenimento, il quale graverà su entrambi i coniugi in proporzione ai propri redditi. Al fine di realizzare il predetto principio di proporzionalità – tenuto anche conto della collocazione prioritaria del minore presso uno dei due genitori – il giudice potrà disporre che un coniuge versi all'altro un assegno di mantenimento funzionale al soddisfacimento delle esigenze del figlio minore (art. 337-*ter*, comma 4, c.c.). L'assistenza morale, al contrario, sottende, oltre agli obblighi educativi, la possibilità per la prole di conservare relazioni con entrambi i genitori e i relativi parenti, nonché un rapporto significativo con l'ambiente domestico, ovvero con la c.d. casa familiare, a prescindere dall'esistenza di diritti proprietari in capo al coniuge con il quale il minore (ovvero il figlio maggiorenne non autosufficiente) sia collocato (art. 337-*sexies*). Nonostante la regola generale in tema di affidamento dei figli minori sia quella dell'affidamento condiviso, infatti, per evitare che il figlio debba sopportare continui spostamenti, il giudice può disporre che lo stesso

tesi tradizionale si rinviene in L. Barassi, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1940, 3 ss., secondo il quale ha inquadrato il diritto di famiglia nell'ambito del diritto privato, sia pure qualificando le relative norme alla stregua di disposizioni inderogabili. Nella stessa direzione si è orientato F. San-

toro Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 381 ss., il quale ammette la configurabilità di un negozio di diritto familiare; i cui effetti sarebbero nondimeno stabiliti dalla legge.

sia collocato presso uno dei genitori, regolando quindi i diritti di visita dell'altro. Si comprende pertanto come l'assegnazione della casa familiare a uno dei due coniugi non sia volta a soddisfare l'interesse dell'assegnatario – quasi che si trattasse di una modalità di adempimento dei doveri economici nei suoi confronti – quanto piuttosto quello del figlio a conservare con la stessa un rapporto significativo.

Nel caso sottoposto all'esame della S.C., l'accordo raggiunto dai coniugi in sede di conclusioni del procedimento di divorzio, prevedeva, da un lato, il trasferimento della proprietà della casa coniugale da parte del padre e a favore del figlio e, dall'altro, la corresponsione a favore della moglie, presso la quale il minore era stato collocato, di un assegno per il mantenimento del figlio minore pari ad Euro 1.800, nonché un contributo pari ad Euro 700 a titolo di assegno divorzile. Alla luce delle osservazioni svolte pare potersi concludere che il trasferimento del predetto immobile possa includersi nell'ambito del contenuto necessario dell'accordo di divorzio, in quanto volto a soddisfare l'interesse del figlio alla conservazione di un significativo rapporto con l'*habitat* domestico, il quale – in mancanza del trasferimento – sarebbe stato soddisfatto mediante l'istituto dell'assegnazione della casa familiare. Non sembra, al contrario, che il trasferimento sia stato concepito dai coniugi quale modalità alternativa di adempimento dell'obbligo di mantenimento del figlio in unica soluzione, vista la consistenza del contributo versato dall'ex marito a tale titolo. Si comprende, pertanto, come il trasferimento in parola non possa dirsi di per sé contrario agli interessi della prole. Si tratta di verificare se lo stesso possa dirsi anche valido.

Da tempo la dottrina (31) e la giurisprudenza (32) sono concordi nel ritenere che i coniugi in sede di separazione o di divorzio possano adempiere gli obblighi di legge mediante modalità alternative, in particolare mediante trasferimenti immobiliari. La dottrina (33) e la giurisprudenza (34) tradiziona-

li erano contrarie all'ammissibilità dei predetti trasferimenti immobiliari poiché ritenuti in contrasto con alcuni principi cardine del diritto dei contratti, in particolare: 1) il principio di necessaria causalità dei trasferimenti immobiliari (artt. 1325, n. 2 e 1418 c.c.); 2) il rispetto della forma scritta previsto per i trasferimenti di diritti reali immobiliari effettuato in mancanza di una causa di scambio (artt. 1325, n. 4 e 769 c.c.); 3) il principio di necessaria tipicità della promesse unilaterali (art. 1987 c.c.). I sostenitori dell'orientamento in parola ritenevano che non potesse trovare cittadinanza nel nostro ordinamento un contratto gratuito atipico avente ad oggetto obblighi di dare. Le modalità di trasferimento dei diritti reali, infatti, erano tipiche e si riducevano alla vendita o alla donazione (art. 922 c.c.); ogni atto di trasferimento che si fosse sottratto alla causa di scambio ovvero a quella liberale doveva ritenersi nullo per difetto di causa ovvero di forma. Ove fosse stato trasferito un diritto immobiliare in mancanza di un corrispettivo, infatti, solo il rispetto della forma avrebbe potuto sanare la debolezza causale; ove tale requisito fosse mancato poiché l'atto non era assistito da spirito di liberalità (*ex art. 769 c.c.*) lo stesso non avrebbe potuto trovare ingresso nell'ordinamento giuridico. Lo spirito di liberalità, in particolare, sarebbe mancato negli atti di trasferimento di diritti reali dai genitori ai figli in sede di separazione o di divorzio, posto che lo stesso di regola costituisce adempimento di obblighi di legge. Né tale trasferimento sarebbe potuto avvenire in virtù di un atto unilaterale, dal momento che le promesse unilaterali nel nostro ordinamento giuridico sono soggette al principio di tipicità (art. 1987 c.c.).

Tali argomenti sono stati progressivamente superati. Il primo argomento è stato sconfessato a seguito dell'avvento della teoria della causa in concreto, intesa quale sintesi degli interessi reali perseguiti dai contraenti e obiettivizzati all'interno del contratto (35). Il superamento della teoria della causa quale funzione economico-sociale del contratto,

(31) M. Costanza, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, in *Giust. civ.*, 1988, 1, 1237; G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999; G. Oberto, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in questa *Rivista*, 1999, 6, 601; G. Oberto, *Trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Famiglia*, 2006, 2, 181; V. Corriero, *L'abuso del diritto da parte dei coniugi separandi*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 3, 669.

(32) Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 2, 233; Cass., sez. II, 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, 2, 415; Cass., sez. I, 2 febbraio 2005, n. 2088, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; Cass. n. 21736/2013, cit.

(33) U. Carnevali, *La donazione modale*, Milano, 1969; A. Torrente, *La donazione*, in *Trattato*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1956; R. Sacco, in *Trattato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, 323, il quale rileva come la verifica circa la sussistenza dell'elemento causale si riveli sempre più difficile mano a mano che ci si allontana dall'esistenza di sacrifici economici immediati tra le parti.

(34) Si veda per tutte Cass. civ., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, 1, 1506, con nota di F. Caringella, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*.

(35) In dottrina manifestano adesione alla teoria della causa in concreto G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giu-*

infatti, ha consentito di riconoscere cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico alla causa c.d. esterna: si ammette la possibilità che la ragione giustificativa di una operazione economica si rinvenga in ulteriori rapporti tra le parti (si pensi all'adempimento di un obbligo, c.d. causa solutoria). Tale passo in avanti ha consentito di superare anche le obiezioni fondate sul necessario rispetto del formalismo: il trasferimento del diritto può essere assistito da una causa diversa da quella di scambio o di liberalità, sicché in mancanza della causa di scambio l'atto non deve in ogni caso rivestire la forma dell'atto pubblico ai sensi dell'art. 769 c.c. La differenza tra il contratto gratuito atipico e quello donativo, pertanto, è stata colta nel momento in cui si è abbandonata l'impostazione volta a fare coincidere il *proprium* del contratto di donazione con la forma piuttosto che con la causa (36) e si è recuperata l'indagine causale sullo spirito di liberalità, rispetto al quale la forma riveste una funzione meramente garantistica (37). Quanto all'ultimo argomento, lo stesso è stato superato da parte di coloro i quali hanno ritenuto che l'addentellato normativo per un simile atto è da ricercarsi nell'art. 1333 c.c. La norma in questione, infatti, secondo parte degli interpreti disciplinerebbe un negozio giuridico unilaterale il quale è stato inserito nella *sedes materiae* del contratto al fine di farlo soggiacere al principio causale (art. 1324 c.c.): le promesse al pubblico sono tipiche in quanto acasuali, laddove le promesse individualizzate possono essere atipiche in quanto causali (artt. 1325 e 1333 c.c.) (38).

Certo la decisione di adempiere gli obblighi imposti dalla legge con modalità diverse rispetto a quelle legalmente imposte (si pensi al trasferimento della proprietà dell'immobile adibito a casa fa-

miliare in luogo della mera assegnazione la quale non modifica il titolo del trasferimento e, quindi, l'assetto proprietario) non è priva di conseguenze. Ove infatti il genitore intenda soddisfare gli obblighi di legge nei confronti dei figli (obbligo di mantenimento, diritto alla conservazione dell'*habitat* domestico) mediante atti atipici, questi ultimi perderanno il proprio connotato di atti dovuti di adempimento (atti giuridici) e come tali si esporranno alle eventuali iniziative dei creditori che si ritengano lesi da simili atti dispositivi (art. 2901 c.c.). La giurisprudenza, per esempio, ha chiarito che il trasferimento in proprietà da un coniuge all'altro della casa familiare in luogo della mera concessione in godimento ai sensi dell'ex art. 155-quarter (attuale art. 337-sexies) non costituisce atto dovuto bensì un negozio di *datio in solutum* (art. 1197 c.c.) come tale revocabile ai sensi dell'art. 2901 c.c. (39).

All'orientamento da ultimo esposto ha prestato implicitamente adesione la sentenza in commento nel momento in cui ha richiamato la giurisprudenza favorevole al trasferimento di diritti reali immobiliari da un genitore al figlio in sede di separazione o di divorzio. Né la S.C. ha ritenuto di poter predicare l'invalidità del trasferimento immobiliare a favore del figlio sulla base della asserita altruità dello stesso: l'ipotesi in cui il bene da trasferire appartenga a terzi ricade pacificamente sotto il disposto dell'art. 1478 c.c. e dà luogo a una fattispecie traslativa a effetti reali differiti al momento in cui il disponente ne acquisterà la proprietà (ovvero ne otterrà il trasferimento da parte del terzo).

ridico, Giuffrè, 1968, 370 ss.; F. Gazzoni, *Manuale di diritto civile*, XIV ed., ESI, 808; M. C. Diener, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2012, 343 ss. In giurisprudenza ha manifestato adesione alla teoria della causa in concreto per la prima volta in modo espresso Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 10, 2203.

(36) Sul punto si veda Manzini, "Spirito di liberalità" e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi, in *Contr. impr.*, 1985, 409 ss.

(37) Cfr. Cass., sez. II, 7 luglio 1988, n. 4469, con nota di G. Azzariti, in *Giur. it.*, 1989, 1, 258, secondo la quale l'atto gratuito di trasferimento di un immobile non assistito da spirito di liberalità non va ricondotto al tipo della donazione e, in quanto tale, non richiede l'atto pubblico ai fini della sua validità. La pronuncia, sia pure apprezzabile per le conclusioni alle quali giunge, trascurava di analizzare il fondamento causale del predetto trasferimento, il quale solo consente di predicarne la validità ai sensi dell'art. 1325, n. 2, c.c.

(38) *Ex plurimis* L. Barassi, *La teoria generale delle obbliga-*

zioni, Milano, 1948, II, 122-123; V. Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. Impresa*, 1988, 735; A. Chianale, *Obbligazione di dare e atti traslativi* solvendi causa, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 2, 239; F. Gazzoni, *Babbo natale e l'obbligo di dare*, in *Giust. civ.*, 1991, 2895; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, II, 122-123.

(39) Ancorché aventi ad oggetto trasferimenti immobiliari tra i coniugi cfr. Cass., sez. II, 17 maggio 2010, n. 12045, in *Vita not.*, 2010, 3, 1285, secondo la quale "una volta che in sede di separazione personale sia stato attribuito ad uno dei coniugi, tenendo conto dell'interesse dei figli, il diritto personale di godimento sulla casa familiare, la successiva costituzione per donazione, in favore dello stesso coniuge affidatario, del diritto di usufrutto vita natural durante sul medesimo immobile, compiuta dall'altro coniuge, costituisce atto avente funzione dispositiva e contenuto patrimoniale, soggetto ad azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c."; nello stesso senso Cass., sez. III, 13 maggio 2008, n. 11914, in *Riv. not.*, 2009, 1, 138, con nota di M. Urselli.

4.3. Il controllo giudiziale sul contenuto dell'accordo: il rapporto tra il provvedimento giurisdizionale e l'accordo

Il rapporto tra l'accordo stipulato dai coniugi in sede di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta e il controllo giudiziale è da sempre stato controverso. Al fine di operare una corretta ricostruzione dell'evoluzione interpretativa maturata al riguardo non si può non esaminare partitamente gli orientamenti maturati con riguardo agli accordi di separazione e a quelli di divorzio.

In materia di separazione consensuale si è discusso se il provvedimento giudiziario di omologa di cui all'art. 158, comma 1, c.c. costituisca un mero presupposto esterno di efficacia dell'accordo intercorso tra i coniugi ovvero elemento costitutivo della separazione stessa (40). In dottrina e in giurisprudenza si sono formati tre orientamenti al riguardo: una tesi pubblicistica, una tesi privatistica e una tesi mediana (41).

La dottrina (42) e la giurisprudenza (43) più risalenti hanno aderito alla tesi pubblicistica in forza della quale il decreto di omologazione rappresenterebbe il solo elemento costitutivo della separazione personale tra i coniugi, costituendo l'accordo di cui all'art. 158 c.c. mero presupposto di efficacia del decreto medesimo. Le conseguenze derivanti dall'adesione a tale tesi non sono prive di rilievo: ove, infatti, il consenso dei coniugi non rilevi ai fini della costituzione dell'effetto di separazione saran-

no irrilevanti eventuali vizi del medesimo consenso.

La dottrina (44) e la giurisprudenza (45) che manifestano adesione alla tesi privatistica, al contrario, ritengono che il decreto di omologa sia un mero presupposto di efficacia dell'accordo intervenuto tra i coniugi, essendo al giudice concesso il limitato potere di verificare la compatibilità dell'accordo con l'interesse dei figli (sicché in caso di assenza dei figli sarà escluso qualsiasi controllo). Nell'atto di omologazione, in particolare, non sarebbe ravvisabile una funzione sostituiva o integrativa della volontà dei coniugi.

I sostenitori della tesi mediana affermano, infine, che l'accordo dei coniugi ed il provvedimento di omologazione starebbero su di uno stesso piano, rappresentando frazioni di un unico atto complesso in grado di dar vita ad una fattispecie a formazione progressiva (46).

La tesi attualmente prevalente in dottrina e in giurisprudenza è quella privatistica, soluzione la quale comporta conseguenze pratiche di un certo rilievo sotto il profilo della disciplina applicabile all'accordo tra i coniugi. In primo luogo la natura negoziale dell'accordo, il quale rappresenta il fondamento della separazione consensuale, giustifica l'esperimento dell'azione di annullamento della separazione omologata per vizi della volontà (47). La giurisprudenza, nello specifico, ritiene che l'accordo di separazione in senso stretto, seppure non co-

(40) Si veda per tutte Cass., sez. I, n. 17607/2003, in questa *Rivista*, 2004, 286, la quale ha riconosciuto il carattere negoziale dell'accordo di separazione in senso stretto ritenendo nondimeno che nell'ipotesi in cui lo stesso sia simulato, l'intento simulatorio sia superato dall'omologa giudiziale (con conseguente possibilità di pronuncia della sentenza di divorzio per decorrenza del termine triennale di cui all'art. 3 L. div.).

(41) Sul rapporto tra l'accordo di separazione e il decreto giudiziale di omologazione si vedano R.C. Delconte, *Il rapporto tra omologazione del giudice e consenso dei coniugi nella separazione consensuale*, in *Arch. civ.*, 1992, 642; P. Zatti, *La separazione consensuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, 3, II, II ed., Torino, 1996, 135-136; L. Rossi Carleo, *La separazione consensuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, I, a cura di A. Albisetti, R. Botta, S. Ciccarello, L. Rossi Carleo, R. Tommasini, Torino, 1999, 210.

(42) A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, 224 ss.; L. Barassi, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, 154; C. Gangi, *Il matrimonio*, Milano, 1953, 287.

(43) Trib. Napoli 16 ottobre 1996, in questa *Rivista*, 1997, 355 ss., con nota di E. Torsello Fabbri, ove è stata sostenuta l'inapplicabilità dell'art. 1427 c.c. agli accordi di separazione consensuale; Trib. Milano 11 luglio 1991, in *Dir. fam. e pers.*, 1991, 1056; Trib. Napoli 6 febbraio 1947, in *Foro it.*, 1948, 1, 60, con nota critica di G.B. Ferri.

(44) F. Carnelutti, *Separazione per accordo fra i coniugi*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, II, 162 ss.; A. C. Jemolo, *Il matrimonio*, in

Trattato dir. civ., diretto da Vassalli, III, 1, I, Torino, 1961, 442; C. M. Bianca, *Diritto civile, La famiglia. Le successioni*, 2, Milano, 2001, 175; P. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione consensuale*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1982, 126; C. Mandrioli, *Il procedimento di separazione consensuale*, Torino, 1962, 195.

(45) Si Cass., sez. I, 20 novembre 2003, n. 17607, in questa *Rivista*, 2004, 286, la quale ha riconosciuto il carattere negoziale dell'accordo di separazione in senso stretto ritenendo nondimeno che nell'ipotesi in cui lo stesso sia simulato, l'intento simulatorio sia superato dall'omologa giudiziale (con conseguente possibilità di pronuncia della sentenza di divorzio per decorrenza del termine triennale di cui all'art. 3 L. div.). Per pronunce più risalenti si veda Cass., sez. I, 5 gennaio 1984, n. 2700, *ivi*, 1995, 1390.

(46) In dottrina di vedano A. Caliendo, *Sulla revocabilità unilaterale del consenso alla separazione consensuale*, in questa *Rivista*, 1996, 335; A. Santosuosso, *Il matrimonio*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1989, 362; A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, III, Milano, 1984, 689. In giurisprudenza la tesi in parola è stata sostenuta da App. Milano 18 febbraio 1997, in questa *Rivista*, 1997, 439, con commento di A. Figone, nonché da Cass., sez. I, 24 agosto 1990, n. 8712, in *Giust. civ.*, 1990, 1, 2826.

(47) Cfr. Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17902, in *Giust. civ.*, 2005, 7/8, I, 1862, secondo la quale la particolare natura della separazione consensuale omologata non è di ostacolo all'ammissibilità dell'azione di annullamento per vizi

stituisca un contratto, dia luogo a un negozio giuridico di natura familiare ammissibile ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. e soggetto ai principi generali in materia di negozio giuridico. Ove, infatti, si aderisse alla tesi pubblicistica ovvero a quella mista, dovrebbe ritenersi che la sola via per contestare l'accordo sia quella del reclamo nei confronti del decreto di omologa (art. 739 c.p.c.). In secondo luogo, la natura negoziale dell'accordo in parola, ha indotto la giurisprudenza ad affermare che il consenso espresso dai coniugi non possa essere revocato unilateralmente, nemmeno prima del decreto di omologazione del tribunale, e tanto in conformità al principio di vincolatività del negozio giuridico ricavabile dall'art. 1372 c.c. (48). In terzo luogo, l'adesione alla teoria negoziale ha condotto la giurisprudenza a riconoscere un maggiore spazio all'autonomia dei coniugi anche con riferimento all'accordo di separazione in senso lato, ammettendo che lo stesso possa acquisire efficacia ancorché non sia trasfuso nel decreto di omologazione del Tribunale, sia che lo stesso sia stato raggiunto in sede di separazione sia prima della celebrazione del matrimonio e in vista di una eventuale separazione (49). La giurisprudenza tradizionale, infatti, sul presupposto della natura costitutiva del decreto di omologazione del Tribunale rispetto alla separazione consensuale dei coniugi, riteneva che ogni statuizione di questi ultimi in merito ai propri rapporti personali e patrimoniali dovesse essere sottoposta al vaglio del Tribunale, non riconoscendo validità

alle pattuizioni non omologate, giusta il rischio che fossero pregiudicati i diritti dei soggetti deboli (50). Più di recente la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la validità di accordi stipulati a latere della separazione, valorizzando l'autonomia negoziale dei coniugi nella soluzione della crisi familiare e condizionandola tuttavia al rispetto di taluni presupposti tesi a tutelare i diritti dei soggetti deboli. Sono pertanto ammessi accordi non omologati ove gli stessi abbiano ad oggetto aspetti non presi in considerazione dal decreto di omologa ovvero migliorativi di quelli recati dal medesimo decreto (51). Afferma di non discostarsi dall'orientamento privatistico nemmeno la giurisprudenza la quale ritiene che a seguito dell'omologazione da parte del Tribunale i coniugi non possano più fare valere la simulazione dell'accordo di separazione, essendo la volontà simulatoria superata dal controllo del giudice (52). Si tratta, nondimeno, di tesi fortemente criticata in dottrina, la quale ha rilevato come, da un lato, disconoscere la volontà simulatoria dei coniugi equivalga a negare la premessa dalla quale la stessa Corte nella pronuncia citata è partita, ovvero sia la natura negoziale dell'accordo di separazione, per ritornare alla tesi pubblicistica dell'efficacia costitutiva del decreto di omologazione; dall'altro la tesi in parola si porrebbe in aperto contrasto con la tesi sostenuta dalla prevalente giurisprudenza in merito alla impugnabilità dell'accordo in parola per vizi del consenso con l'azione ex art. 1427 c.c. (53).

del consenso, in quanto l'estensibilità ai negozi di diritto familiare della normativa sull'annullamento dei contratti per i vizi del consenso trova fondamento nella disciplina generale del negozio giuridico e, ancor prima, nei principi generali dell'ordinamento.

(48) App. Napoli 29 gennaio 1996, in questa *Rivista*, 1996, 335; Trib. Bari 22 gennaio 1994, in *Fora it.*, 1994, 1, 2913. La tesi contraria è stata sostenuta dalla giurisprudenza la quale aderisce alla sopra citata tesi pubblicistica: cfr. App. Bari 30 agosto 1993, in *Fora it.*, 1994, 1, 589; Trib. Milano 11 luglio 1991, in *Dir. fam.*, 1991, 1056.

(49) Sul tema si vedano E. Quadri, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 2, 283, nonché M. Giliberti, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1, 476.

(50) Cass., sez. I, 28 settembre 1997, n. 9287, in *Vita not.*, 1998, 2, 217; Cass., sez. I, 13 febbraio 1985, n. 1208, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, 1, 658 ss.; Cass., sez. I, 28 settembre 1997, n. 9287, in *Vita not.*, 1998, 2, 217, secondo le quali "l'accordo di separazione consensuale appartiene alla categoria dei negozi che hanno la loro sede necessaria nel processo, onde gli oneri del coniuge si esauriscono in quelli concordati nel verbale omologato, i quali possono essere modificati successivamente soltanto per l'intervento di fatti nuovi e con la procedura dettata dagli artt. 710 e 711, ultimo comma, c.p.c."

(51) Per una prima apertura in tal senso si considerino Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 1993, n. 2270 in *Giust. civ.*, 1994,

1, 213 e Cass., sez. I, 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fora it.*, 1995, 1, 2984; più di recente Cass., sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8, secondo la quale "a) le modificazioni pattuite dai coniugi 'successivamente' all'omologazione, trovando fondamento nell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, anche a prescindere dallo speciale procedimento disciplinato dai richiamati artt. 710 e 711 c.p.c., senza altro limite che non sia quello di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c.; b) le pattuizioni, invece, convenute dagli stessi coniugi 'antecedentemente' o 'contemporaneamente' al decreto di omologazione, 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, di disciplina 'secondaria') o in posizione di conclamata e incontestabile maggiore (o uguale) rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c."

(52) Cass., sez. I, 20 novembre 2003, n. 17607, in *Dir. fam.*, 2005, 2, 455, con nota critica di F. Danovi, *E' davvero irrilevante (e inattuabile) la simulazione della separazione?* e, da ultimo, Cass. n. 19319/2014, *retro*, 331 ss., con nota di F. Danovi.

(53) G. Oberto, *Simulazione della separazione consensuale: la Cassazione cambia parere (ma non lo vuole ammettere)*, in *Corr. giur.*, 2004, 3, 307.

La giurisprudenza, al contrario, è da sempre parsa contraria a riconoscere significativi spazi di operatività all'autonomia negoziale nell'ambito degli accordi stipulati tra i coniugi in vista o in occasione del divorzio. Alla base di un simile atteggiamento vi è l'assunto secondo il quale i diritti dei coniugi in sede di divorzio sarebbero indisponibili e come tale sottratti a una libera regolazione. Che una qualche autonomia sia riconosciuta ai coniugi in sede di divorzio, nondimeno, lo si ricava dal disposto dell'art. 4, comma 16, L. div., secondo il quale il ricorso congiunto di divorzio è ammissibile solo ove contenga un accordo dei coniugi relativo ai rapporti patrimoniali e a quelli con la prole. Tale autonomia subisce una compressione con riferimento agli interessi dei figli per espressa disposizione di legge, mentre nulla è detto con riguardo ai rapporti tra i coniugi stessi, sicché è stato rimesso agli interpreti il compito di definire gli spazi riconosciuti all'autonomia negoziale. La risposta offerta dalla prevalente giurisprudenza, ancorché criticata da parte della dottrina più recente, è nel senso di limitare fortemente l'autonomia dei coniugi al fine di evitare abusi in danno del coniuge più debole, e ciò sia con riferimento agli accordi stipulati in sede di divorzio, sia a quelli conclusi a latere del medesimo, in sede di separazione e in vista del divorzio ovvero prima della celebrazione del matrimonio. Le fattispecie portate più di frequente all'attenzione della giurisprudenza riguardano ipotesi di regolazione dei rapporti patrimoniali volti ad escludere la corresponsione dell'assegno divorzile, p.e. prevedendo trasferimenti immobiliari.

La tesi negativa ruota essenzialmente intorno a tre argomenti. In primo luogo si ritiene che gli accordi dei coniugi volti ad escludere la corresponsione dell'assegno divorzile a fronte del trasferimento

di determinati beni mobili o immobili, contrastino con l'art. 160 c.c. il quale sancisce l'inderogabilità dei diritti e dei doveri patrimoniali nascenti dal matrimonio, ovvero sia il regime patrimoniale c.d. primario della famiglia secondo il quale i coniugi devono partecipare alla vita familiare ciascuno secondo le proprie risorse. Tra tali obblighi, a dire dei sostenitori della tesi in parola, sarebbe compreso quello di corrispondere un assegno al coniuge privo di mezzi adeguati in caso di divorzio (art. 5, comma 6, L. div.). Il secondo argomento fa leva sulla finalità dell'assegno divorzile il quale, a partire dalla L. n. 74/1987, avrebbe natura esclusivamente assistenziale, come tale inderogabile (54). Il terzo argomento, infine, ruota intorno al principio di indisponibilità degli status e parte dall'assunto secondo cui l'esistenza di un accordo prematrimoniale potrebbe condizionare la scelta di uno dei coniugi di chiedere il divorzio (55).

Tali argomenti sono stati sottoposti a revisione critica da parte di altra tesi sostenuta dalla dottrina maggioritaria e da una parte della giurisprudenza soprattutto di merito (56). Con particolare riferimento all'argomento basato sull'art. 160 c.c. è stato osservato come tale norma postuli lo svolgimento del rapporto coniugale sicché il suo richiamo, se già può sembrare forzato nel corso della separazione personale tra i coniugi, a maggior ragione lo è a seguito del divorzio il quale determina lo scioglimento del vincolo e il passaggio da una solidarietà coniugale a una post-coniugale (57). Quanto al secondo argomento, la medesima dottrina ha rilevato come il riconoscimento dell'assegno divorzile non sia effettuato d'ufficio dal giudice, bensì sia rimesso all'autonoma iniziativa dell'avente diritto il quale ben potrebbe rinunciarvi. Il controllo del giudice, d'altronde, si appunta esclusivamente sul rispetto

(54) La giurisprudenza precedente alla riforma del 1987 sosteneva che l'assegno divorzile potesse essere oggetto di rinunce e transazioni quanto meno in relazione alle componenti risarcitoria e indennitaria: cfr. Cass., sez. un., 9 luglio 1974, n. 2008, in *Dir. fam.*, 1974, 635 ss., secondo la quale la rinuncia a una parte di quanto sarebbe spettato a titolo di mantenimento post coniugale, in ogni caso, era intesa allo stato degli atti, sicché nulla avrebbe precluso al coniuge rinunciante la richiesta della modifica delle condizioni patrimoniali (art. 9 L. div.); Cass. 6 aprile 1977, n. 1305, in *Dir. fam.*, 1977, 573 ss.; successivamente alla riforma hanno chiarito la natura assistenziale dell'assegno divorzile Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, 1, 67, tesi la quale ha rafforzato la tesi volta a negare la natura disponibile dell'assegno. In dottrina a sostegno della natura indisponibile dell'assegno divorzile si veda V. De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, 1990, Milano, Giuffrè, 294.

(55) Per l'orientamento tradizionale si consideri Cass., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1993, 1, 338, più di recen-

te Cass., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084/2012, in *Dejure*.

(56) Si veda E. Dalmotto, *Indisponibilità sostanziale e indisponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, 1, nota a Cass. n. 6857/1992, cit.; più di recente si segnala il contributo di G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in questa *Rivista*, 2012, 69 ss.; in giurisprudenza la prima significativa apertura è del Tribunale di Torino, sez. VII, 20 aprile 2012, ord., cit.; si consideri anche il contributo di Cass., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Guida dir.*, 2013, 4, 22, la quale tuttavia ha escluso che l'accordo sottoposto al suo vaglio fosse qualificabile quale contratto prematrimoniale, operando una distinzione tra gli accordi che vedono nel divorzio la propria causa e quelli che assumono la crisi del rapporto coniugale a mera condizione (sospensiva) di efficacia.

(57) G. Oberto, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in questa *Rivista*, 2012, 8-9, 806 ss.; V. Carbone, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, in *Corr. giur.*, 1992, 865 ss.

dei diritti dei figli. Quanto alla asserita indisponibilità degli status non può non osservarsi come lo stesso legislatore ammetta la liceità di diversi negozi aventi ad oggetto lo status di coniuge, quali le convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.) e la stessa donazione obnuziale (art. 785 c.c.), i quali a vario titolo potrebbero condizionare l'assunzione dello status coniugale. La giurisprudenza, d'altronde, da tempo riconosce la validità di accordi in vista della dichiarazione di nullità del matrimonio sull'assunto per cui il relativo procedimento avrebbe carattere inquisitorio (58). La tesi positiva potrebbe trovare un addentellato nella proposta di Regolamento del 16 marzo 2011 (59), il quale prevede la possibilità per i coniugi di scegliere la legge applicabile ai propri rapporti non solo al momento della celebrazione del matrimonio ma anche in vista di esso, con ciò ammettendosi la possibilità che siano stipulati accordi prematrimoniali.

La giurisprudenza sembra non prendere posizione in merito al rapporto tra l'accordo stipulato dai coniugi in sede di divorzio e la sentenza di divorzio stessa, nondimeno l'*excursus* di cui si è dato atto potrebbe offrire uno spunto per dare una risposta a tale quesito. Se, infatti, la giurisprudenza prevalente riconosce all'autonomia dei coniugi uno spazio alquanto limitato nell'ambito della regolazione dei rispettivi rapporti patrimoniali, è lecito dubitare che il rapporto tra l'accordo e la sentenza sia concepito da parte della giurisprudenza alla stregua di una omologa. In altri termini la validità dell'accordo dei coniugi – come si evince, d'altronde, dalla chiusura rispetto alla ammissibilità di accordi non sottoposti al vaglio del Tribunale – sarebbe sempre subordinata alla sentenza, la quale avrebbe un effetto costitutivo del nuovo status dei soggetti coinvolti dal procedimento.

La sentenza che si annota, nondimeno, pare sottoporre a revisione critica un simile assunto e condurre a una nuova visuale dei rapporti tra l'accordo stipulato dai coniugi ai sensi dell'art. 4, comma 16, L. div. e la sentenza di divorzio. La S.C., in parti-

colare, ritiene di dover tenere distinto il rapporto tra la sentenza di divorzio e, rispettivamente, l'accordo di divorzio in senso stretto e quello in senso lato. La sentenza di divorzio, nello specifico, avrebbe effetto costitutivo rispetto allo status dei coniugi, essendo necessaria rispetto alla pronuncia sul vincolo matrimoniale: l'accordo di divorzio in senso stretto costituirebbe mero presupposto della pronuncia ma nessun effetto costitutivo può essere riservato al medesimo, essendo la legge a stabilire le condizioni di divorzio (60). Il controllo sull'accordo di divorzio in senso lato, al contrario, non differirebbe da quello esercitato sull'accordo di separazione da parte del decreto di omologazione, traducendosi in un mero controllo esterno di efficacia, come si desumerebbe dal fatto che lo stesso – non dissimilmente da quanto previsto dall'art. 158, comma 2, c.c. – sarebbe limitato alla tutela dei diritti indisponibili, ovvero sia quello dei figli e quello del coniuge economicamente più debole, limitatamente tuttavia alla verifica di equità della corresponsione una tantum dell'assegno divorzile. La diversità del controllo del giudice rispetto alla tutela dei diritti dei figli non autosufficienti e a quello del coniuge debole, nondimeno, si coglie mettendo in evidenza un dato di natura processuale: ove il giudice riscontri la contrarietà del contenuto dell'accordo rispetto all'interesse dei figli, lo stesso disporrà il passaggio dal rito camerale a quello contenzioso (art. 5, comma 16, ult. parte, L. div.); ove, invece, reputi che la corresponsione una tantum dell'assegno divorzile non sia equa, lo stesso non disporrà alcun mutamento di rito – dal momento che la previsione di cui all'art. 5, comma 16, L. div. è di stretta interpretazione – e si limiterà a rigettare il ricorso. Sembra pertanto che la determinazione degli aspetti patrimoniali legati alla crisi coniugale sia rimessa alla autonomia dei coniugi, potendo il giudice limitarsi a verificare, in casi limitati e dall'esterno, la congruità della stessa, senza peraltro poteri sostitutivi al riguardo (61).

(58) Cass., sez. I, 13 gennaio 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 1, 950, la quale ha affermato che "gli accordi fra coniugi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio sono validi non venendo in gioco, in questo caso, una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che il principio di autonomia contrattuale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico".

(59) Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi adottata dalla Commissione il 16 marzo 2011

(COM(2011) 126 def). Per un commento alla proposta si veda O. Feraci, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 2, 424.

(60) Sembra opinare in tal senso quella dottrina la quale ritiene che il Tribunale debba procedere d'ufficio a verificare che il consenso sia stato validamente prestato e sia immune da vizi, così come dovrebbe ritenere improponibile il ricorso ove il consenso sia stato revocato da parte di uno dei coniugi prima dell'udienza di comparizione: in tal senso M. Dogliotti – A. Figone, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., spec. 140.

(61) In dottrina si sono pronunciati a favore della tesi della

Il riconoscimento della natura negoziale dell'accordo di divorzio, nell'economia della pronuncia che si annota, è strumentale al fine di chiarire la natura giuridica degli accordi di cui trattasi e il relativo regime di impugnazione.

4.4. Natura giuridica degli accordi e regime di impugnazione

Si è discusso circa la natura giuridica degli accordi tra i coniugi stipulati in sede di separazione ovvero di divorzio. L'analisi dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppata con riferimento agli accordi di separazione sicché si tratterà di verificare se le conclusioni alle quali è pervenuta la tesi maggioritaria siano estendibili anche agli accordi di divorzio.

Si è detto che l'accordo di separazione in senso stretto secondo la giurisprudenza costituisce un negozio giuridico di diritto familiare, non qualificabile alla stregua di contratto e nondimeno sottoposto ai principi generali in materia di negozio giuridico. L'accordo di separazione in senso lato, al contrario, è stato inquadrato nell'ambito dei contratti e nondimeno non ne è risultata pacifica la qualificazione. Secondo una parte della giurisprudenza (62) si tratterebbe di transazioni (art. 1965 c.c.), ovvero di contratti aventi ad oggetto reciproche concessioni tra le parti al fine di prevenire ovvero risolvere una lite insorta tra le medesime. Si tratta di tesi sottoposta a critica in dottrina e non condivisa da altra parte della giurisprudenza, le quali hanno messo in luce come non sempre le parti in sede di separazione si facciano reciproche concessioni. Non condivisibile, al contrario, appare la critica volta a fare leva sulla natura indisponibile delle situazioni giuridiche coinvolte, dal momento che come si è visto i rapporti patrimoniali tra coniugi sono disponibili entro certi limiti. Per altra tesi si tratterebbe di contratti di *datio in solutum* rispetto agli obblighi di mantenimento derivanti dalla legge (art. 1197 c.c.) (63), ovvero di contratti volti ad

adempiere con modalità alternativa agli obblighi gravanti sulle parti non in forza di un precedente negozio bensì della legge. In senso critico può osservarsi, da un lato, come non sempre il coniuge che trasferisce diritti è anche colui che vi sarebbe tenuto per legge e, dall'altro, come spesso i coniugi con i predetti accordi regolano rapporti ulteriori che trascendono gli obblighi di legge. Un'ultima tesi, infine, reputa che si tratti di contratti atipici, meritevoli di tutela ex art. 1322, comma 2, poiché troverebbero la propria causa nella esigenza di comporre la crisi coniugale (64). Da sempre è stato escluso, al contrario, che si trattasse di convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.), le quali presuppongono il normale svolgimento della vita coniugale (non già una situazione patologica), così come di contratti di donazione poiché di regola manca lo spirito di liberalità (65).

La questione relativa alla natura giuridica degli accordi in parola ha delle significative ripercussioni in merito all'azione necessaria per denunciare gli eventuali vizi. La giurisprudenza di cui si è dato conto al paragrafo precedente, la quale riconosce la natura negoziale degli accordi di cui si discute, sostiene l'applicabilità ai medesimi di alcune norme dettate dal legislatore con riferimento al contratto. Si tratterebbe, in particolare, di quelle relative all'incapacità e ai vizi della volontà nonché al regime di impugnazione. Trattandosi di accordi sui quali si esplica un sindacato del giudice di tipo meramente esterno, infatti, la sorte degli stessi non può essere equiparata a quella del provvedimento giurisdizionale. Ne consegue che eventuali vizi degli accordi non potranno farsi valere quali motivi di impugnazione del provvedimento reso dal giudice all'esito del giudizio di separazione o divorzio, bensì dedotti nell'ambito di un autonomo giudizio di cognizione. Unica eccezione a tale regola è rappresentata dall'ipotesi in cui si deduca un vizio proprio del provvedimento di separazione o divorzio

eccezionalità di cui all'art. 5, comma 16, L. div. e della conseguente impossibilità di disporre il mutamento di rito in caso di iniquità della corresponsione una tantum dell'assegno divorzile M. Dogliotti - A. Figone, cit., spec. 140; in senso contrario si è pronunciata altra dottrina, tra cui L. Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, spec. 85.

(62) In tal senso Cass., sez. I, 12 maggio 1994, n. 4647, in *Giust. civ.*, 1995, 1, 202, secondo la quale "La convenzione stipulata dai coniugi in vista della loro separazione consensuale integra la fattispecie della transazione novativa qualora dia vita ad un regolamento di interessi oggettivamente incompatibili con il rapporto giuridico preesistente": Cass., sez. I, 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1992, 1787.

(63) Si vedano Cass., sez. I, 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir.*

fam. pers., 1984, 922, Cass., sez. I, 17 giugno 1992, n. 7470, in *Mass. Giur. it.*, 1992.

(64) In tal senso Cass., sez. I, 23 settembre, n. 21736, in *Guida dir.*, 2013, 42, 52.

(65) A sostegno della tesi della donazione potrebbe tuttavia invocarsi una recente presa di posizione di Cass., sez. II, 21 maggio 2012, n. 8018, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, 699, la quale ha ritenuto che non è incompatibile con la causa donationis l'esistenza di una situazione conflittuale, come quella intercorrente tra due coniugi in sede di separazione i quali pongano in essere reciproci trasferimenti immobiliari al fine di porre fine alla comunione legale. Per un commento critico alla sentenza si veda E. Carbone, *Donazione reciproca conflittuale*, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, 702.

per non avere lo stesso recepito, o avere recepito solo in parte, il contenuto dei predetti accordi.

La giurisprudenza non sembra avere preso posizione in merito alla possibilità di estendere i predetti principi agli accordi di divorzio e nondimeno dall'adesione a una tesi piuttosto che a un'altra derivano conseguenze pratiche di non scarso rilievo. Ove, infatti, si aderisca alla tesi secondo la quale l'accordo di divorzio (in senso lato) non ha una propria autonomia rispetto alla sentenza che sullo stesso pronuncia, lo stesso potrà essere impugnato esclusivamente mediante l'impugnazione della sentenza di divorzio ovvero, ove si deducano sopravvenienze modificative, tramite la procedura di modifica di cui all'art. 9 L. div., attivabile su istanza di ciascuno dei coniugi anche separatamente. Ove, invece, si concluda nel senso della natura negoziale dell'accordo in parola e, conseguentemente, della sua autonomia rispetto alla sentenza di divorzio di cui all'art. 5, comma 16, L. div., non potrà che riconoscersi l'impugnabilità dello stesso mediante le ordinarie impugnative negoziali, fatta eccezione per l'ipotesi in cui si denunci la sentenza nella parte in cui la stessa non avrebbe recepito o avrebbe recepito solo in parte il contenuto del predetto accordo (art. 5, comma 5, L. div.). A volerne riconoscere natura negoziale, infine, dovrebbe sostenersi che ogni modifica all'accordo predetto debba essere concordata dai coniugi, dal momento che il contratto non può essere sciolto (né modificato) che per mutuo consenso o negli altri casi previsti dalla legge (art. 1372 c.c.).

A sostegno della tesi negoziale pare potersi invocare l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, al quale la sentenza che si annota aderisce, volto a limitare l'impugnazione della sentenza di divorzio pronunciata su domanda congiunta dei coniugi a casi eccezionali: a) soccombenza reciproca, la quale sussisterebbe nell'ipotesi in cui la sentenza recepisca parzialmente ovvero non recepisca il contenuto dell'accordo posto dai coniugi alla base del ricorso; b) violazione di diritti indisponibili, la quale ultima sarà limitata ai diritti dei figli non autosufficienti ovvero estesa a quelli del coniuge debole a seconda dell'orientamento che si privilegia in merito alla natura del diritto a percepire l'assegno divorzile.

La sentenza che si annota ha manifestato adesione alla suesposta tesi negoziale e, per tale ragione, ha ritenuto non censurabile la decisione di appello nella

parte in cui ha dichiarato inammissibile l'appello proposto dal marito relativamente al contenuto dell'accordo di divorzio avente ad oggetto il trasferimento di un immobile al figlio minore. Per tale ragione ha affermato che ove uno dei coniugi intenda denunciare l'invalidità totale o parziale dell'accordo posto alla base del ricorso, dovrà farlo mediante un'ordinaria azione di nullità ovvero di annullabilità, non già censurando la sentenza di divorzio.

5. Prospettive di riforma: il ruolo del d.l. n. 132/2014 rispetto all'ammissibilità di accordi di separazione e divorzio

Per concludere pare opportuno fare un cenno al recentissimo d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162) (66) il quale potrebbe rappresentare un passo in avanti nel cammino volto a valorizzare il ruolo dell'autonomia privata nella soluzione della crisi coniugale. Come si avrà modo di vedere le attese sono state in parte vanificate dai correttivi apportati al decreto in sede di conversione, i quali costituiscono la riprova del timore nutrito da parte del legislatore e della giurisprudenza rispetto a un potenziale pregiudizio che una soluzione concordata della crisi coniugale potrebbe recare alle situazioni giuridiche dei soggetti deboli del rapporto.

Il decreto in questione, con una soluzione confermata dalla legge di conversione, nel dichiarato intento di agevolare l'andamento della giustizia civile offre ai privati la possibilità di definire talune controversie senza accedere alla giustizia ordinaria. Con specifico riferimento alla materia della crisi coniugale gli strumenti all'uopo prescelti sono due: 1) una procedura di negoziazione assistita da un avvocato (capo II, art. 6); 2) la stipulazione di un accordo dinanzi all'ufficiale dello stato civile (capo III, art. 12).

L'utilizzo di meccanismi alternativi per la soluzione delle controversie è da molto tempo diffuso nei Paesi anglosassoni (c.d. ADR - *alternative dispute resolution*) e da alcuni anni è stato sperimentato anche da parte del legislatore nazionale in settori nei quali il corretto svolgimento dei traffici richiede una celere definizione delle controversie. Si consideri l'esperienza maturata nell'ambito dei mercati finanziari da parte del c.d. Arbitro Bancario Finanziario (67), il quale rappresenta una evoluzione dell'istituto dell'arbitrato già conosciuto

(66) "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 12 settembre 2014, n. 212; la L. n. 162/2014 è stata pubblicata nella Gazzet-

ta Ufficiale del 10 novembre 2014, n. 261.

(67) L'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) è stato introdotto nel corpo del d.lgs. n. 385/1993 (TUB) all'art. 128 bis per effetto della L. 28 dicembre 2005, n. 262. Con delibera del CICR

dal c.p.c. (artt. 806-840). Si pensi, ancora, all'istituto della mediazione civile obbligatoria la quale, nonostante le alterne vicende che l'hanno interessata (68), è stata nuovamente introdotta da parte del legislatore con L. n. 98/2013 quale meccanismo deflattivo del contenzioso civile.

La nozione di convenzione di negoziazione assistita si ricava dall'art. 2 del d.l. n. 132/2014, il quale la definisce quale "accordo mediante il quale le parti" – assistite da uno o più avvocati – "convergono di cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo (eventualmente all'albo speciale degli avvocati stabiliti di cui all'art. 6 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96)".

L'art. 6 del d.l. n. 132/2014 disciplina la convenzione di negoziazione assistita avente ad oggetto la soluzione concordata della separazione personale tra coniugi ovvero dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (esclusivamente nei casi di cui all'art. 3, comma 1, n. 2, lett. b), L. 1 dicembre 1970, n. 898, ovvero sia solo ove la causa del divorzio sia rappresentata dal decorso del periodo di tre anni dalla separazione personale), nonché delle modifiche delle convenzioni medesime. La norma in oggetto, nella versione antecedente alla legge di conversione, accordava ai coniugi la facoltà di concludere una convenzione di negoziazione assistita da un avvocato, fatta eccezione per l'ipotesi in cui vi fossero figli minori di età ovvero maggiorenni incapaci, affetti da grave handicap o non economicamente autosufficienti. Una copia autenticata della convenzione così stipulata avrebbe dovuto essere trasmessa da parte dell'avvocato all'ufficiale dello stato civile del Comune nel quale il matrimonio era stato iscritto o trascritto affinché lo annotasse a margine dell'atto di matrimonio.

La legge di conversione ha apportato alla procedura di cui trattasi alcune modifiche volte, da un lato, ad ampliarne l'ambito operativo e, dall'altro, a garantire un controllo esterno sul contenuto dell'accordo in quella sede raggiunto. Sotto il primo profilo è stata prevista la possibilità per i coniugi di accedere alla procedura di negoziazione assistita anche in presenza di figli minori, maggiorenni non autosufficienti ovvero incapaci o portatori di grave handicap, fermo restando che in tale evenienza l'accordo dovrà essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al Procura-

tore della Repubblica presso il Tribunale competente affinché lo autorizzi (competenza la quale sembra doversi individuare sulla base delle regole proprie dei giudizi di separazione e di divorzio). Ove il Procuratore competente ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli non lo autorizzerà ed entro cinque giorni trasmetterà gli atti al presidente del Tribunale, il quale dovrà disporre la comparizione delle parti dinanzi a lui entro i successivi trenta giorni. Il legislatore in tal modo ha inteso contemperare due interessi talora non convergenti: da un lato, la possibilità dei coniugi che siano d'accordo sui provvedimenti da assumere con riguardo alla prole di definire in tempi rapidi la procedura di separazione o di divorzio senza accedere al sistema della giustizia civile; dall'altro, quello della prole a che gli accordi che li riguardano non pregiudichino le loro esigenze. La lettura della norma in oggetto sembrerebbe lasciare intendere che ove l'accordo contrasti con l'interesse della prole la procedura di negoziazione assistita cederà il passo al procedimento giurisdizionale, rispettivamente di separazione o di divorzio, con le garanzie che lo stesso comporta.

La necessità di garantire un controllo esterno sul contenuto dell'accordo e quella, più generale, di assicurare tutela agli interessi dei soggetti deboli, sono state avvertite anche ove l'accordo sia concluso in assenza di figli minorenni ovvero maggiorenni non autosufficienti. In primo luogo, infatti, la legge di conversione ha previsto l'obbligatoria assistenza di almeno un avvocato per ciascuno dei coniugi, in modo tale che ciascuno possa avere la consapevolezza degli impegni assunti grazie all'ausilio di un soggetto dotato delle necessarie competenze. Utilizzando il termine "assistenza" il legislatore ha inteso chiarire come i soggetti conservino la libera disponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte nella procedura, non potendosi gli avvocati sostituire ad essi nelle rispettive scelte ma limitandosi a fornire un ausilio di tipo tecnico. In secondo luogo, è stato previsto l'obbligo di trasmissione (non è chiaro se ad opera delle parti o, come pare preferibile, da parte di uno o entrambi i difensori) dell'accordo così raggiunto al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente, affinché lo stesso verifichi se vi sono irregolarità. Ove non vi siano irregolarità, il Procuratore comunicherà agli avvocati il nullaosta affinché gli stessi

sono stabiliti i criteri di svolgimento delle procedura e, ciò che più rileva, la composizione dell'organo decidente in modo tale che ne sia garantita l'imparzialità. Lo scopo della procedura è quello di garantire la rapidità, l'economicità della soluzione delle controversie e l'effettività della tutela.

(68) Corte Cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4282, con nota di G. Pistorio, la quale aveva dichiarato costituzionalmente illegittima la norma contenuta nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, per eccesso di delega nella parte in cui prevedeva l'obbligatorietà del sistema della mediazione.

provvedano a trasmettere copia autenticata dell'accordo all'ufficiale di stato civile del Comune nel quale il matrimonio fu iscritto o trascritto.

L'esame della disposizione consente di mettere in luce come il legislatore abbia inteso configurare il controllo del Procuratore della Repubblica in modo diverso a seconda che lo stesso abbia ad oggetto gli interessi dei coniugi ovvero quelli della prole. La differenza del controllo corrisponde alla distinzione, ben nota nell'ambito del diritto amministrativo, tra provvedimenti autorizzatori in senso stretto e provvedimenti di nullaosta. Mentre l'autorizzazione in senso stretto consiste nella rimozione di un limite all'esercizio di un diritto soggettivo previa valutazione da parte della autorità competente della compatibilità del suo esercizio con uno o più interessi generali prevalenti, il nullaosta si risolve in un atto mediante il quale l'autorità procedente dichiara di non avere osservazioni da fare in merito al contenuto di un atto già perfezionatosi, spiegando pertanto effetti non già costitutivi quanto di mero controllo esterno (69). Ne consegue che il controllo sull'accordo avente ad oggetto gli interessi dei figli, dovendo tradursi in una autorizzazione, sarà più penetrante di quello riguardante il controllo sul contenuto dell'accordo raggiunto in mancanza di figli minori o incapaci, avente la forma del nullaosta. La medesima distinzione in punto di controllo, d'altronde, era già presente all'interno della legge sul divorzio, come si evince dal disposto dell'art. 4, comma 16, L. div. (70)

La differenza tra le due forme di controllo emerge inoltre da due ulteriori circostanze. In primo luogo il Procuratore della Repubblica nel caso di accordi conclusi in assenza di figli minori ovvero incapaci, dovrebbe limitarsi a riscontrare la presenza di "irregolarità". Con tale espressione il legislatore potrebbe avere fatto riferimento o ai vizi riguardanti il procedimento di conclusione dell'accordo, ovvero a vizi relativi al contenuto del medesimo accordo e nondimeno di minima importanza e riscontrabili sulla base del mero testo della norma violata, dotata di scarsa rilevanza, senza che occorra un'indagine sulle conseguenze della sua inosservanza (a differenza di quanto accade nella invalidità). In secondo luogo, anche ove il Procuratore della Repubblica dovesse riscontrare una irregolarità nella procedura, la legge non prescrive che lo stesso debba trasmettere gli atti al Presidente del Tribunale, dal che dovrebbe desumersi che i coniugi sarebbero tenuti a

porre rimedio alle irregolarità nell'ambito della procedura di negoziazione assistita e, quindi, a sottoporre nuovamente l'accordo al vaglio del Procuratore della Repubblica. Ne risulterebbe confermato il carattere veniale dei vizi che inficiano l'accordo rispetto al quale sia negato il nullaosta.

Questo non vuol dire che non debba riservarsi alcun peso alla modifica introdotta in sede di conversione. Prevedendo la necessaria assistenza degli avvocati e il nullaosta del Procuratore della Repubblica, infatti, il legislatore sembra avere inteso rafforzare la necessità di offrire tutela al coniuge più debole, il quale potrebbe essere indotto a disporre dei suoi diritti in assenza delle garanzie proprie della procedura dinanzi al Tribunale.

Il successivo art. 12, nella versione originaria, consentiva ai coniugi, nei medesimi casi previsti dall'art. 6, di concludere un accordo di separazione o di divorzio direttamente dinanzi all'ufficiale dello stato civile del Comune nel quale il matrimonio è stato iscritto o trascritto ovvero di quello nel quale uno dei due risiede. In questo caso, tuttavia, oltre ai limiti previsti dall'art. 6 (presenza di figli minorenni, incapaci, affetti da grave handicap ovvero non economicamente autosufficienti), il legislatore aveva posto un limite di carattere contenutistico: l'accordo in parola non avrebbe potuto contenere patti di trasferimento patrimoniale.

In sede di conversione il legislatore ha parzialmente riformato la disposizione in questione. In primo luogo è stato previsto che i coniugi possano concludere accordi di separazione ovvero di divorzio dinanzi al solo sindaco e non a qualsiasi ufficiale dello stato civile. In secondo luogo, al fine di assicurare alle parti l'ausilio di un professionista dotato delle necessarie conoscenze specialistiche, è stata prevista la facoltà delle parti di farsi assistere da un avvocato (non necessariamente uno per parte). In terzo luogo, al fine di garantire alle parti la ponderazione degli impegni assunti con l'accordo di cui trattasi, è stato previsto l'obbligo per l'ufficiale di stato civile di invitare le parti a confermare dinanzi a sé l'accordo non prima di trenta giorni dalla ricezione del medesimo; ove le parti non dovessero comparire, l'accordo si intenderebbe non confermato e, pertanto, la procedura non sarebbe perfezionata.

Dalla lettura della norma, così come modificata in sede di conversione, emergono alcune differenze rispetto alla procedura di negoziazione assistita da parte degli avvocati di cui all'art. 6. In primo luogo, dinanzi

(69) F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Dike, 2010, 1167-1168.

(70) Si rinvia alle considerazioni svolte *supra* in conclusione al par. 4.3.

all'ufficiale di stato civile le parti potranno presentarsi da sole, senza l'assistenza di un avvocato. In secondo luogo, non è previsto l'esercizio di alcun controllo sul contenuto dell'accordo da parte del medesimo ufficiale di stato civile, né costui è tenuto a sottoporlo al vaglio di un organo esterno (quale è il Procuratore della Repubblica nella procedura di cui all'art. 6). L'assenza di controlli esterni sembrerebbe spiegare la ragione per la quale, da un lato, l'accordo di cui all'art. 12 non possa essere concluso in presenza di figli minorenni, incapaci ovvero non economicamente autosufficienti e, dall'altro, quella in forza della quale attraverso lo stesso i coniugi non possano porre in essere patti di trasferimento patrimoniale. L'assenza di un controllo esterno, d'altronde, sembrerebbe essere la sola ragione giustificativa della necessità per i coniugi di confermare quanto espresso all'interno dell'accordo a distanza di un periodo non inferiore a trenta giorni dalla conclusione dello stesso.

Volendo trarre alcune conclusioni dall'esame delle disposizioni contenute nel d.l. n. 132/2014, può osservarsi come la scelta del legislatore di consentire ai coniugi di stipulare accordi di separazione o di divorzio dinanzi a un avvocato ovvero all'ufficiale di stato civile costituisca indice del riconoscimento di un maggiore spazio operativo per l'autonomia privata nell'ambito della soluzione della crisi coniugale. Diversamente opinando non si comprenderebbe la ragione per la quale gli accordi in parola non possano essere conclusi in presenza di soggetti deboli (figli minorenni ovvero maggiorenni in situazioni di debolezza) nella procedura di cui all'art. 12 e siano sottoposti all'autorizzazione del Procuratore della Repubblica in quella di cui all'art. 6: i diritti indisponibili non potrebbero essere oggetto di libera negoziazione dal momento che mancherebbe un controllo simile a quello esercitato dal giudice nell'ambito della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta. A voler sviluppare tale considerazione, parrebbe che il legislatore abbia inteso limitare i diritti indisponibili dei quali i coniugi non possono disporre a quelli dei figli. Potrebbe pertanto trovare credito quella dottrina la quale da tempo invita la giurisprudenza a superare l'orientamento tradizionale volto a qualificare i diritti del coniuge debole (nell'ambito

del procedimento di divorzio) alla stregua di diritti indisponibili. Si è visto, infatti, come il controllo esercitato su tali diritti da parte del Procuratore della Repubblica ai sensi dell'art. 6 non sia equiparabile a quello esercitato sui diritti dei figli e come alcun controllo sugli stessi sia previsto ai sensi dell'art. 12. Né sembrerebbe deporre in senso contrario il fatto che il legislatore non abbia consentito ai coniugi di porre in essere patti di trasferimento patrimoniale dinanzi all'ufficiale di stato civile, preclusione la quale potrebbe discendere dall'assenza di controlli esterni sul contenuto dei predetti accordi. Ove i coniugi intendano porre in essere atti di trasferimento immobiliare, pertanto, avrebbero a disposizione tre possibilità: a) stipulare accordi da sottoporre al vaglio del Tribunale; b) procedere alla negoziazione assistita ai sensi dell'art. 6 (71); c) concludere autonomi contratti, eventualmente secondo lo schema dell'art. 1333 c.c., i quali potrebbero superare il vaglio di meritevolezza causale alla luce della teoria della causa in concreto (art. 1322 c.c.).

In sede di primo commento alla normativa precedente alla legge di conversione, la dottrina (72) ha osservato come indubbiamente entrambe le procedure prese in considerazione dagli artt. 6 e 12 del d.l. n. 132/2014 siano fondate sull'autonomia negoziale e nondimeno la natura disponibile dei diritti oggetto di disposizione con i patti in questione sia controversa. La soluzione volta a riconoscere la natura disponibile dei diritti in questione potrebbe essere confermata dall'art. 1 della normativa in oggetto, il quale esclude la compromettibilità in arbitri della stesse materie oggetto di negoziazione assistita a fronte di diritti indisponibili. In senso contrario, tuttavia, la dottrina in parola afferma che gli accordi di cui trattasi possono essere posti in essere esclusivamente da parte dei coniugi mentre è esclusa una loro incisione da parte di soggetti terzi, dal che dovrebbe escludersi la possibilità degli stessi di essere compromessi in arbitri. La tesi in parola potrebbe ricevere una conferma per effetto delle modifiche introdotte con la legge di conversione le quali, come si è visto, parrebbero tese a limitare i rischi di abuso della situazione di eventuale debolezza di un coniuge da parte dell'altro.

(71) Tale possibilità dovrà tuttavia essere valutata in relazione alle prese di posizione della giurisprudenza rispetto alla nuova normativa. Rispetto all'accordo di cui all'art. 6 del d.l. n. 132/2014, infatti, potrebbe riaprirsi il dibattito già sorto con riferimento al verbale di separazione consensuale, circa l'idoneità della forma a produrre ex se, in assenza di un apposito atto notarile, il trasferimento della proprietà di un bene. Sul punto si veda Trib. Milano, sez. IX, 21 maggio 2013, in *Guida dir.*,

2013, 34/35, 35, il quale ha sostenuto la tesi secondo la quale il verbale di separazione avrebbe rilievo meramente obbligatorio rispetto al trasferimento di diritti reali immobiliari, occorrendo un separato atto notarile ai fini della produzione dell'effetto reale (richiamando la tesi già sostenuta da Trib. Milano, sez. IX, 16 dicembre 2009); la tesi contraria è stata sostenuta da App. Milano, sez. famiglia, 12 gennaio 2010.

(72) G. Finocchiaro, *Guida dir.*, 2014, 40, inserto 12, XVIII.