

La previsione, immessa nel corpo della legge sul divorzio dalla novella del 1987, si inserisce nel contesto di quegli strumenti - tra i quali si colloca anche criteri più articolati e precisi per la determinazione dell'assegno divorzile, l'adeguamento automatico dello stesso, il riconoscimento del diritto all'assegno a carico dell'eredità ed alla pensione di reversibilità in favore del superstita - mediante i quali il legislatore ha voluto assicurare un'ampia e sistematica tutela al soggetto economicamente più debole.¹⁶⁹ In merito alla possibilità di disporre in via pattizia del diritto alla quota di indennità va segnalato che, non essendo siffatto diritto geneticamente collegato alla morte di uno dei divorziati, non si pongono problemi di compatibilità con il divieto di patti successori.¹⁷⁰

Le ulteriori considerazioni dipendono poi dalla funzione che si reputa di dover attribuire al diritto *de quo*. Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi la Corte Costituzionale, che ha riconosciuto nell'istituto sia profili assistenziali, in quanto esso presuppone la spettanza dell'assegno divorzile, sia soprattutto profili di carattere compensativo, in relazione al contributo personale ed economico dato dall'ex coniuge alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune.¹⁷¹

Una parte della dottrina¹⁷² ha, però, evidenziato in chiave critica che ritenere preminente la dimensione compensativa rispetto a quella assistenziale pare in contrasto con la circostanza che non può godere della quota di cui al citato art. 12 *bis* chi, pur avendo contribuito alla formazione del trattamento di fine rapporto dell'altro coniuge, non sia percettore dell'assegno di divorzio. Da ciò si fa derivare il maggior rilievo del profilo assistenziale, quale *condicio iuris* sia dell'assegno divorzile sia del beneficio della quota di trattamento di fine rapporto, mentre il criterio compensativo è richiamato nel metodo di calcolo della quota stessa in base alla durata del rapporto matrimoniale.

¹⁶⁹ Così si esprime C. Cost., 24 gennaio 1991, n. 23, *Foro it.*, 1991, I, 3006 ss., rilevando che «con la riforma della disciplina del divorzio del 1970, il legislatore del 1987 ha mirato a rimuovere effetti di segno negativo e a ripristinare una situazione di uguaglianza tra i soggetti del rapporto matrimoniale nella misura in cui ciò è possibile dopo la dissoluzione del vincolo coniugale» (cfr. Relazione al disegno di legge presentata al Senato): ha cioè avuto tra i suoi obiettivi quello di dare una più ampia e sistematica tutela al soggetto economicamente più debole con l'appuntamento di incisivi strumenti giuridici a garanzia di posizioni economicamente pregiudicate dagli effetti della cessazione del matrimonio».

¹⁷⁰ In questo senso anche Onorato, *I contratti della crisi coniugale*, cit., 1072 s.

¹⁷¹ C. Cost., 24 gennaio 1991, n. 23, cit.

¹⁷² De Filippis e Casaracci, *Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza*, cit., 636 ss.

Se si esalta la componente assistenziale, deve negarsi la validità di un'eventuale intesa poiché vertere in materia di diritti indisponibili.

Se si valorizza la funzione compensativa, non si ravvisano ostacoli al potere dispositivo delle parti.

È, invece, difficilmente sostenibile - soprattutto dal punto di vista pratico - la tesi intermedia consistente nell'ammettere la disponibilità della quota nei limiti della sola componente compensativa, atteso che risulta pressoché impossibile per il giudice adito in sede di domanda congiunta verificare in via anticipata l'esatta misura di quella assistenziale. Del resto, più l'assegno di divorzio - che precede logicamente il riconoscimento del diritto di cui all'art. 12 *bis* - è determinato in maniera tale da soddisfare le esigenze assistenziali, ciò che porta ad attribuire alla quota di indennità di fine rapporto una funzione eminentemente compensativa.

15. Analisi funzionale.

Sono stati esaminati i più ricorrenti contenuti degli accordi deflattivi della crisi coniugale ed è giunto il momento di verificare se a tali accordi possa essere riconosciuta una funzione unitaria.

Prendendo le mosse dal fatto che spesso sono realizzate attribuzioni unilaterali dal coniuge "forte" a quello "debole" è stata vagliata la configurabilità di una causa donativa¹⁷³, ciò che - com'è facile intuire - ha delle significative influenze in punto di disciplina applicabile. Basti pensare al requisito formale dell'atto pubblico prescritto a pena di nullità, ai requisiti di capacità, alla revocabilità per ingratitudine o sopravvenienza di figli, alla garanzia per evizione, all'obbligo alimentare posto a carico del donatario ove il donante versi in stato di bisogno, alle previsioni in tema di collazione e di imputazione alla porzione legittima nonché a quelle relative all'azione revocatoria.

Le pronunce giurisprudenziali sono concordi - anche a fronte di un'eventuale qualificazione in termini di donazione operata dagli interessati¹⁷⁴ - nel negare alle intese in argomento la natura di donazione per mancanza dell'*animus donandi*¹⁷⁵. Tale conclusione è condivisibile, tenuto

¹⁷³ Per l'individuazione di una causa donandi: Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, *Giust. civ.*, 1976, I, 726 ss.; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, *Giur. it.*, 1979, I, 935 ss.; Cass., 12 giugno 1979, n. 3315, *Foro it.*, 1981, I, 1702 ss.

¹⁷⁴ Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, cit.

¹⁷⁵ La giurisprudenza da epoca più risalente si è espressa in ordine alle intese stipulate in sede di separazione consensuale, ma il medesimo percorso argomentativo può trovare applicazione anche in materia di accordi divorzili. Si vedano, quindi, Cass., 12 giugno 1963,

conto del fatto che l'assetto voluto dalle parti normalmente non è predisposto al fine di arricchire una di esse bensì al precipuo scopo di regolare il complesso dei rapporti personali e patrimoniali¹⁷⁶.

Nel medesimo senso è orientata la dottrina, la quale sottolinea che l'esistenza dello spirito di liberalità non può essere desunta semplicemente dall'assenza di una controprestazione a fronte delle attribuzioni fatte da una parte in favore dell'altra¹⁷⁷.

Del resto, non è infrequente che vengano previsti obblighi a carico di entrambe le parti in una regolamentazione complessiva ove non sempre ciascuna prestazione è l'esatto corrispettivo di un'altra. Se si ha riguardo all'operazione negoziale globalmente considerata ed al bilanciamento degli interessi che viene realizzato, può addirittura addiversarsi alla conclusione che va esclusa non solo la liberalità ma anche la gratuità delle attribuzioni non corrispettive. Va superata l'impostazione più tradizionale che identifica gratuità e non corrispettività e recuperata quella accezione antropologico-sociologica del dono quale elargizione che trova la propria giustificazione in una complessa trama di relazioni umane¹⁷⁸.

Non può, tuttavia, escludersi che talvolta l'accordo tra coniugi sia animato dal puro spirito di liberalità e vada qualificato come donazione. In tal caso il negozio non può essere recepito nella sentenza di divorzio dovendo rivestire la forma solenne¹⁷⁹. I termini della questione non mutano neppure

ove sia configurato un preliminare di donazione, atteso che — pur accedendo alla tesi minoritaria che ne ammette la validità¹⁸⁰, ferma restando l'incertezza dell'obbligo assunto — anche per tale contratto è richiesta la medesima forma prescritta per il definitivo. La preclusione della forma non opera invece ove l'*animus donandi* conviva con altra causa negoziale, dando vita ad una donazione indiretta per la quale è sufficiente l'osservanza delle forme prescritte per lo schema negoziale effettivamente utilizzato.

Talune pronunce hanno individuato nelle pattuizioni in vista del divorzio una funzione solutoria collegata all'adempimento degli obblighi di solidarietà post-coniugale previsti dalla legge¹⁸¹. Viene così richiamata la teoria del negozio con causa esterna che costituisce adempimento di una preesistente obbligazione di fonte legale¹⁸². In senso critico a tale ricostruzione è stato osservato che di solito difetta nei negozi di cui trattasi il richiamo alla causa *praeterita*; dalla mancanza di *expressio causae* discende la nullità dei negozi stessi¹⁸³. D'altra parte, le programmate attribuzioni risultano *sine causa* se attuate a favore del coniuge che non abbia diritto all'assegno di divorzio ovvero se effettuate in misura superiore rispetto al *quantum* peraltro non prefissato in misura puntuale — dell'obbligazione legale¹⁸⁴.

Non lontana dalla ricostruzione appena illustrata appare quella che, richiamando l'idea del negozio di accertamento¹⁸⁵, attribuisce agli accordi

n. 1594, *Giust. civ.*, 1963, I, 2401 ss.; Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, *ivi*, 1973, I, 221 ss.; Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, *Dir. famiglia*, 1984, 922 ss.; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, *cit.*; Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, *cit.*

¹⁷⁶ Così chiaramente si esprime Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, *cit.*, rilevando che non ricorre «una donazione (avente come causa tipici ed esclusivi scopi di liberalità e non la esigenza di regolamentazione dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi) bensì un diverso contratto atipico con propri presupposti e finalità [...] validamente stipulabile anche quale pattuizione preliminare a norma dell'art. 1351 c.c.».

¹⁷⁷ Cfr., al riguardo, MANZINI, *Spirito di liberalità e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi*, *Contratto e impresa*, 1985, 409 ss.; V. MARCONDA, *Il pagamento traslativo*, *ivi*, 1988, 735 ss.; ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, *cit.*; OBERVO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, *Famiglia e dir.*, 1995, 155 ss.

¹⁷⁸ DORIA, *op. cit.*, 242, osserva che «il coniuge che compie l'attribuzione riceve un vantaggio dall'atto dispositivo (...), in quanto innegabilmente soddisfa un proprio interesse alla "sistemazione"; disciplina e regolazione del complesso quadro dei rapporti familiari susseguenti (...) al divorzio. Ed un tale vantaggio non è ravvisabile unicamente sotto il profilo personale od esistenziale, ma rappresenta anche un vantaggio di natura economico-patrimoniale (...); il che postula, nella specie, l'applicazione delle regole dettate dal legislatore per gli atti a titolo oneroso».

¹⁷⁹ Cass., 8 marzo 1995, n. 2700, *Dir. famiglia*, 1995, 1390; «il provvedimento di omologazione non integra la volontà dei coniugi, ma ne determina dall'esterno l'efficacia, così che operando

sul piano del controllo non vale a rivestire l'atto negoziale della forma dell'atto pubblico richiesta dall'art. 782 c.c., che gli artt. 2699 e 2700 c.c. impongono sia "redatto" e "formato" dal pubblico ufficiale».

¹⁸⁰ Per la tesi maggioritaria della nullità del preliminare di donazione, si vedano MESSERNO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, Milano, 1984, 21; TORRENTI, *La donazione*, in *Tratt. Civ. e Messino*, Milano, 1956, 179 s.; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 1982, 848; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, *cit.*, 168; in giurisprudenza, *cit.* Cass., 17 giugno 1979, n. 3315, *Foro it.*, 1981, I, 1702 ss.; Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, *Giust. civ.*, 1976, I, 726 ss.; Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, *Contr.*, 1997, 460 ss.

Nel senso dell'ammissibilità di tale contratto BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1949, II, 632; BISCONTINI, *Eseguibilità del contratto preliminare e contratto di donazione*, *Rass. dir. civ.*, 1987, 585 s.; BERTUSI NANNI, *Note sul contratto preliminare di donazione*, *Riv. notariato*, 1984, 123 s.

¹⁸¹ Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, *cit.* e Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, *cit.*
¹⁸² Sulla teoria del negozio con causa esterna, si veda GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 98 ss. e 122 ss. Applicano questa tesi agli accordi determinativi degli assegni di separazione e divorzio BARBERO, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, *cit.*, 62 ss. e I. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, *cit.*, 60 ss.

¹⁸³ In tal senso, DORIA, *op. cit.*, 279 s. e BRIGANTI, *Crisi della famiglia e attribuzioni patrimoniali*, *Riv. notariato*, 1997, I, 1 ss.

¹⁸⁴ OBERVO, *I contratti della crisi coniugale*, *cit.*, 660 s.

¹⁸⁵ Sul negozio di accertamento in generale, GIORGIANI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1950, 206

per la definizione della crisi coniugale la natura di atti negoziali determinati del contenuto di obblighi legali¹⁸⁶ e soggetti alla clausola *rebus sic stantibus*. È stato obiettato, al riguardo, che la possibilità di rivedere gli accordi, soltanto a fronte di un mutamento delle circostanze presupposte non è conciliabile con il carattere meramente dichiarativo che dovrebbe caratterizzare il negozio di accertamento, mentre l'ammissibilità di una possibilità incondizionata di revisione priverebbe gli accordi medesimi di ogni utilità pratica¹⁸⁷.

Ha ricevuto consensi in giurisprudenza la teoria della funzione transattiva¹⁸⁸, che tuttavia presta il fianco ad una serie di rilievi. In primo luogo, la causa *transactionis* «consiste nel superamento e nella composizione di un conflitto giuridico specifico ed attuale»¹⁸⁹, mentre gli accordi di divorzio hanno la finalità più ampia di regolamentare il complesso dei successivi rapporti tra le parti. Inoltre, è di ostacolo all'individuazione di una funzione transattiva la natura indisponibile di alcuni diritti¹⁹⁰, l'efficacia preclusiva

85. SACCO, *Il contratto*, ivi, 1975, 587; PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1997; nel rapporto tra coniugi. ANGELOVI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 298 ss.

186. La tesi è stata propugnata principalmente da E. Russo, *Negozio giuridico e dichiarazione di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n. 183/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18.2.1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)*, cit., 1088 s.; ID., *L'autonomia privata nella stipulazione di convenzioni matrimoniali, Vita notarile*, 1982, 488 ss., spec. 518 ss.: «la caratteristica di questi accordi determinativi sta in ciò che essi possono e debbono modificarsi con il variare dei presupposti ai quali sono condizionati (...)». Accade talora che tali accordi determinativi ricevano una sorta di fissazione o cristallizzazione per effetto dell'intervento del Giudice e così ad esempio per l'omologazione degli accordi raggiunti in sede di separazione personale consensuale. (...) Questi stessi meccanismi processuali ammettono il rilievo della sopravvenienza, rispetto a quanto da loro accertato, e quindi possono essere modificati, deducendosi, ad esempio, le mutate condizioni economiche delle parti nel rapporto».

187. Oberro, *op. cit.*, 661 ss.

188. Sul punto Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, *Foro it.*, 1991, I, 1787 ss. e Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, *Famiglia e dir.*, 1994, 660 ss., ove si è chiarito che «nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativa e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento di interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o di presupposti di fatto estranei al rapporto originale».

189. DORIA, *op. cit.*, 249.

190. In giurisprudenza si è affermato che ammettere la causa transattiva avrebbe come conseguenza un commercio di *status*, determinandosi in un certo senso il prezzo del consenso allo scioglimento dell'unione con conseguente limitazione della libertà di difendersi in giudizio (Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit. e Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, *Foro it.*, 1991, I, 1787

della transazione - che contrasta con la prevista possibilità di revisione degli accordi stipulati in sede di separazione o divorzio - e la circostanza che non sempre nelle intese è dato riscontrare la presenza di concessioni reciproche¹⁹¹.

È stata criticata in dottrina anche la tesi della riconducibilità alla categoria delle convenzioni matrimoniali, poiché queste si caratterizzano per l'intimo collegamento con i regimi patrimoniali della famiglia nella fase fisiologica e non hanno attinenza con la finalità di riassetto e i rapporti patrimoniali tra i coniugi per il periodo successivo alla fine dell'unione coniugale¹⁹².

Mostra di saper collegare i molteplici contenuti degli accordi della crisi coniugale l'opzione ricostruttiva del contratto atipico animato da «causa familiare»: la quale «rappresenta, di per sé, la ragione giuridico-economica dell'atto traslativo; e vale, dunque, a giustificare l'atto attributivo anche se in esso non si ravvisano i «requisiti» di alcun tipo contrattuale. Il fondamento specifico della causa familiare sta nella disciplina particolare del «campo» del diritto di famiglia e nella sostanziale previsione di tali atti da parte della legge»¹⁹³.

A questa opzione ermeneutica, propugnata in numerose sentenze¹⁹⁴ e sostenuta dall'opinione di parte della dottrina¹⁹⁵, è stata giustapposta quella che riconosce l'esistenza di una causa tipica di definizione della crisi coniugale o di una causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugale¹⁹⁶. In tal modo si pone rimedio alla eccessiva genericità¹⁹⁷

85.). È stato comunque precisato che «anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali fra coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive» (Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, *Vita notarile*, 1994, 1360 ss.; cit. anche Cass., 5 agosto 1987, n. 6727, *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1396 ss.). Ne deriva che, nell'opinione della giurisprudenza di legittimità, non possono formare oggetto di transazione i rapporti connessi allo *status*, al diritto di contribuzione ex art. 143, 3° co., c.c., al mantenimento del coniuge separato ed all'assegno assistenziale in favore del divorziato.

191. Di tale opinione OBERRO, *op. cit.*, 678.

192. OBERRO, *op. cit.*, 683 ss. In questo senso Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, *Giur. it.*, 1993, I, 1, 303 ss.

193. Così DORIA, *op. cit.*, 301 s.

194. Cass., 7 giugno 1966, n. 1495, *Giust. civ.*, 1966, I, 220 ss.; Cass., 25 ottobre 1972, n. 3299, *ivi*, 1973, I, 221 ss.; Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, cit.; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, cit.; Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, *Famiglia e dir.*, 1997, 417 ss.

195. L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, cit., 1180 s. e DORIA, *op. loc. cit.*

196. OBERRO, *op. cit.*, 705 ss.

197. OBERRO, *op. cit.*, 705, osserva che «anche la stipula di una convenzione matrimoniale, il dono manuale di un gioiello, o l'istestazione di un immobile durante la fase fisiologica dell'unione e senza alcuna attinenza con la crisi di quest'ultima potrebbero infatti presentare un'identica giustificazione».

della nozione di causa familiare e la si puntualizza con riferimento al proprio scopo perseguito dalle parti di riassetare i rapporti personali e patrimoniali compromessi dalla frattura del vincolo coniugale. Il dato della tipicità è desunto, come si è evidenziato anche nel corso del presente studio, dagli appigli normativi che danno fondamento giuridico alla negozialità fra coniugi nella fase della crisi della famiglia.

Infine, non va trascurato che talvolta lo schema predisposto dalle parti non è animato dall'intento di approntare una regolamentazione organica e complessiva dei rapporti, ma incide solo su singoli aspetti o questioni ed è chiaramente riconducibile ad uno specifico tipo negoziale con conseguente applicazione della relativa disciplina.