

Negoziazione assistita

Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia

di Michele Sesta (*)

A seguito dell'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione della crisi matrimoniale si pone il problema di individuare i limiti entro i quali i coniugi possano disporre in materia di assegno di mantenimento e di divorzio e, più in generale, di indagare sulla natura e sul conseguente regime di validità e di efficacia degli accordi.

1. Premessa

La Novella in materia di semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio (D.L. 12 settembre 2014, n. 132, poi convertito con modifiche dalla L. 10 novembre 2014, n. 162) ha indubbiamente inciso su molteplici questioni collegate alla crisi coniugale e, tra di esse, sugli obblighi di mantenimento tra coniugi. La trattazione di questo tema, quindi, proprio alla luce della recente normativa, richiede una preliminare riflessione sulla odierna natura del matrimonio, che in questi anni, specie negli ultimi a seguito della Riforma della filiazione (L. 10 dicembre 2012, n. 219 e successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), ha conosciuto una notevole evoluzione. È evidente, infatti, che una riflessione sugli obblighi di mantenimento nella crisi della coppia non possa prescindere dalla individuazione della portata giuridica del vincolo che lega i coniugi, come risulta ovvio dalla considerazione che tra conviventi *more uxorio*, pur essendovi la medesima *affectio* che corre tra coniugi, non sor-

ge alcun obbligo civile di mantenimento, ma, al più, una obbligazione naturale (1).

Da anni la dottrina, sulla scorta del mutato assetto normativo, ha messo in luce la progressiva privatizzazione della relazione matrimoniale (2), che la Cassazione ha ripetutamente confermato, allorché ha statuito che ciascun coniuge è titolare del diritto soggettivo di separarsi, divorziare e ricostituire una famiglia (3). Ne deriva che un consimile diritto, tale da consentire che in capo ad un soggetto si diano, diacronicamente e, forse, anche sincronicamente, più famiglie *legittime*, non può non riverberarsi sugli obblighi di mantenimento di colui che coniuge non è più, e che già da questo punto di vista paia meritevole di ripensamento l'incondizionata proposizione secondo la quale l'assegno divorzile debba consentire il mantenimento dello stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Non per nulla, il Tribunale di Firenze ha in proposito sollevato questione di legittimità costituzionale, peraltro dichiarata non fondata dalla Consulta (4). Questo fenomeno della privatizzazione del vincolo matrimoniale ha ricevuto

(*) Il testo riproduce - con aggiornamenti - la Relazione tenuta il 2 Ottobre 2014 al Convegno Nazionale di Ancona *La famiglia tra evoluzione e crisi*.

(1) Cfr. ora il Disegno di legge in materia di convivenza (d.d.l. 24 giugno 2014, n. 124), ove, all'art. 13, comma 5, n. 5, è previsto, in caso di risoluzione di un eventuale contratto stipulato fra due conviventi, l'obbligo di corrispondere al convivente che versi in una situazione di difficoltà economica un assegno di mantenimento commisurato alla durata della convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti.

(2) Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, Milano, 1998, 829; Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*,

in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, I, 1, II ed., Milano, 2011, 3.

(3) Da ultimo, proprio con riferimento alla misura dell'assegno di divorzio, Cass. 19 marzo 2014, n. 6289, in *Diritto e Giustizia*, 2014, che ha enunciato esplicitamente il diritto a formare una seconda famiglia successivamente alla rottura della prima. Per una analisi della decisione e del tema delle famiglie che si sovrappongono nel tempo v. Al Mureden, *Il "diritto a formare una seconda famiglia" tra doveri di solidarietà postconiugale e principio di "autoresponsabilità"*, in questa *Rivista*, 2014, 1043. Il tema è trattato con specifico riferimento ai profili successori da Al Mureden, *Famiglie che si sovrappongono nel tempo e successione necessaria*, in *Giur. it.*, 2012, 1945.

(4) Trib. Firenze 22 maggio 2013, ord., in questa *Rivista*,

una rilevante conferma dalla recente legge in materia di filiazione (L. n. 219/2012, attuata dal d.lgs. n. 154/2013), che ha proclamato lo stato unico di figlio, così facendo venir meno la storica distinzione tra figli legittimi e naturali. È evidente che, in questo modo, il matrimonio ha perduto il suo scopo primario, che era quello di conferire legittimità ai figli e di collocarli quindi nella famiglia legittima. Se oggi i figli “entrano in famiglia” in ogni caso, perché comunque acquistano il pieno e generale vincolo di parentela anche se i loro genitori non sono coniugati e, addirittura, anche se sono coniugati con persona diversa, e se, dunque, il loro vincolo giuridico non è più limitato al genitore che ha riconosciuto, ma si espande nei riguardi di tutti i parenti, in linea retta e collaterale (artt. 74 e 258 c.c.), ciò significa che la sussistenza del matrimonio tra i genitori non fa la differenza e che, quindi, esso è sostanzialmente irrilevante nei confronti dei figli, sia in costanza di rapporto – si vedano le nuove disposizioni sulla responsabilità genitoriale, uniche sia che i genitori siano coniugati, conviventi, o meno – sia a seguito della crisi del rapporto di coppia, poiché le regole da applicarsi alla relazione con i figli sono le stesse (5). In breve, per quanto riguarda la relazione di coppia, il matrimonio è affare privato dei coniugi, liberi di porre fine ai suoi effetti, secondo le regole che ne prevedono lo scioglimento, e, prima ancora, liberi di evitarlo, attuando una relazione che da esso prescinda, che, tuttavia - e il dato va sottolineato - con riguardo ai figli assume nella sostanza la stessa efficacia giuridica del coniugio. Per queste ragioni, nel contesto normativo attuale non sembra più opportuno parlare di famiglia di fatto, quando sono presenti figli della coppia; in tal caso - qualunque sia la natura e la sorte del rapporto tra i genitori - la famiglia è sempre di diritto, perché i relativi rapporti, anche quelli tra i due genitori tenuti, come i

coniugi, all'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale (6), sono regolati dal diritto, mentre di fatto è il rapporto della coppia priva di figli, che produce effetti giuridici solo marginali e riflessi (7). Questa premessa consente, a mio parere, di collocare nel giusto contesto le recenti disposizioni del D.L. n. 132/2014, recante “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*”, convertito con rilevanti modifiche nella L. n. 162/2014 (8) che, come noto, disciplinano forme di negoziazione dirette al conseguimento di accordi stragiudiziali in tema di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni. Non vi è chi non veda l'importanza sul piano dei principi, oltre che su quello pratico, delle nuove regole, che, proprio sulla linea della privatizzazione di cui si è detto, conferiscono ai coniugi il potere di disporre del loro vincolo matrimoniale, persino ove siano presenti figli minori ovvero maggiorenni portatori di *handicap* o non autosufficienti economicamente. Si è così avverato quanto scrisse anni fa uno studioso statunitense: “*marriage is not really the important issue, children are*” (9).

Se il matrimonio è affare privato dei coniugi, che interessa la sfera pubblica solo qualora riguardi interessi di figli non autosufficienti, è coerente che essi possano negoziarne la vicenda, accordandosi sulle modalità della sua modificazione ed anche della sua cessazione fuori dal processo ed in forza di un atto di autonomia privata. In questo quadro, le regole del D.L. rivestono una rilevanza epocale, poiché sanciscono la fine della concezione del matrimonio come atto sottratto alla autonomia degli sposi e di valenza in senso lato pubblicistica, secondo l'insegnamento che, sulla scia di una remota tradizione, fu mirabilmente impartito da Antonio Cicu cento anni or sono, nel libro *Il diritto di famiglia, teoria generale* (10).

2014, 687, con nota di Al Mureden, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel “diritto vivente” in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* e con nota di Morrone, *ivi*, 704, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del “medesimo tenore di vita”*. La questione è stata dichiarata non fondata da Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 11, in *Diritto e Giustizia*, 2015, 12 febbraio.

(5) A questo proposito v. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3.

(6) Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in questa *Rivista*, 2014, 466; De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782.

(7) A questo proposito si veda Sesta, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Separazione, divorzio, affidamento dei minori: quale diritto per l'Europa?*, in *Atti del*

Convegno di Bologna, 17-18 aprile 1998, a cura di M. Sesta, Milano, 2000, 3 e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, 1, cit., 829.

(8) Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in questa *Rivista*, 2014, 1141 e *Id.*, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 2014, 949.

(9) Krause, *Marriage for the New Millenium: Heterosexual, Same Sex – Or not at All?*, in *Family Law Quarterly*, 34, 2000, 271; cfr. altresì Douglas, *Marriage, Cohabitation and Parenthood – from Contract to Status?*, in *Cross Currents: family law and policy in the Us and England*, Oxford, 2000, 230.

(10) A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914; rist. Bologna, 1978, con *Lettura* di M. Sesta. Cfr. altresì Sesta, *Lo spirito del diritto di famiglia nella teoria generale di Antonio Cicu*, in *Il diritto di famiglia di Antonio Cicu cent'anni dopo (1914-2014): un insegnamento anacronistico?*, 2014, in corso di pubblicazione.

Le nuove regole non hanno solo un notevole rilievo teorico, di cui è lecito dubitare che il legislatore sia stato consapevole (11), ma anche importanti ricadute pratiche proprio sul tema in oggetto.

Dunque, il punto nodale consiste nel fatto che i coniugi senza figli non autosufficienti possono negoziare e pattuire sul vincolo e sugli effetti patrimoniali della crisi, salvo nulla osta del procuratore della Repubblica. Ciò è possibile – seppur con la specifica autorizzazione del procuratore della Repubblica – anche per i coniugi che abbiano figli di età minore o non indipendenti economicamente o in gravi condizioni fisiche o psichiche.

2. I nuovi strumenti per la soluzione negoziale di separazione e divorzio

Procedendo ad una più analitica disamina delle disposizioni introdotte dal D.L. n. 132/2014, poi convertito dalla L. n. 162/2014, occorre analizzare, anzitutto, il disposto dell'art. 6, intitolato *Convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*. La pesante rubrica si segnala per l'uso del sostantivo divorzio che, sino ad ora, quanto meno con riguardo ai testi normativi di maggiore importanza, era stato surrogato dalle anodine locuzioni scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Il primo comma della disposizione sancisce che la convenzione di negoziazione assistita “da almeno un avvocato per parte” può essere conclusa tra i coniugi “al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b) della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio”. Il legislatore ha consentito questa possibilità sia in assenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104,

ovvero economicamente non autosufficienti, sia nell'ipotesi inversa (art. 6, comma 2, D.L. n. 132/2014) (12).

Nel primo caso, “l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3”. Nella seconda ipotesi, ossia in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, “l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente”; quest'ultimo, una volta verificata la rispondenza dell'accordo all'interesse dei figli, lo autorizza (13). Qualora invece il procuratore della Repubblica ritenga che l'accordo sia contrario all'interesse dei figli, si configura in capo ad esso l'obbligo di trasmetterlo, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, il quale fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo (14).

L'accordo raggiunto a seguito della convenzione, una volta autorizzato, produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio (art. 6, comma 3, D.L. n. 132/2014); esso, dunque, non solo costituisce titolo esecutivo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 5), ma è altresì idoneo a fondare richieste di garanzie patrimoniali ex artt. 156 c.c. e 8 l. div., oltretutto l'esecuzione diretta contro il terzo debitore ex art. 8 l. div.

In sede di negoziazione assistita, i coniugi possono raggiungere accordi che comportino trasferimenti di beni immobili o stipulare contratti o atti soggetti a trascrizione e, in tal caso, troverà applicazione l'art. 5, comma 3, D.L. n. 132/2014, per il quale, proprio ai fini della trascrizione, la sottoscrizione

(11) Le medesime perplessità vengono espresse anche da Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1141 e Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da un avvocato e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, in corso di pubblicazione.

(12) L'articolo 6, invero, era entrato immediatamente in vigore il 12 settembre 2014, con un testo in parte diverso da quello di cui si è dato conto: in particolare il testo precedente quello attuale riservava la possibilità di accedere alla procedu-

ra consensuale solo in assenza di figli minori, maggiorenni portatori di handicap ovvero maggiorenni che non avessero raggiunto l'autosufficienza economica.

(13) Sul punto Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1143, esprime valutazioni critiche circa la introduzione del controllo degli accordi dalla parte del P.M.

(14) Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1145.

del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

La parte finale del comma 3 dell'art. 6 contiene una importante prescrizione, in ragione della quale è necessario che nell'accordo si dia atto che gli avvocati hanno esperito un tentativo di conciliazione delle parti e le hanno altresì debitamente informate circa la possibilità di comporre il loro conflitto ricorrendo alla mediazione familiare; occorre, infine, che gli avvocati informino le parti riguardo all'importanza per il figlio minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori (15). Invero, l'obbligo di informazione a carico degli avvocati è stato disciplinato con formula imprecisa e sommaria, ed è evidente che, a ben vedere, esso abbia contenuto assai più esteso e riguardi necessariamente tutti i profili legati ai diritti dei coniugi (art. 156 c.c.; art. 5, comma 6, l. div.) e dei figli (artt. 337 bis ss. c.c.). Non v'è dubbio che non solo con riguardo agli aspetti patrimoniali, ma anche allo *status*, si richieda piena consapevolezza dei diritti spettanti per legge agli sposi, e si responsabilizzino gli avvocati negoziatori rendendoli tenuti ad informare le parti, con la massima cura, dei diritti e degli obblighi che il diritto vivente contempla a loro favore o a loro carico. Si dovrà trattare, pertanto, di una negoziazione informata, nel senso che l'avvocato, nell'assumere il ruolo di assistente alla negoziazione, dovrà darsi carico di ottenere dal cliente un consenso consapevole, che richiede, per essere tale, una previa conoscenza dei diritti e degli obblighi dei soggetti coinvolti.

L'avvocato "è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5". In caso di inadempimento del suddetto obbligo, va incontro a una sanzione pecuniaria amministrativa da euro 2.000,00 a euro 10.000,00. Sotto questo profilo si è posta una questione interpretativa: non è chiaro a chi debba essere versata detta somma, se all'amministrazione pubblica ovvero ai coniugi danneggiati dall'omissione del legale. Il testo normativo non chiarisce inoltre la forma mediante la quale detta trasmissione debba avvenire, se con formale notificazione, ovvero attraverso l'invio di una raccomandata a/r o di una pec.

(15) Sul punto si veda Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1146, il quale esprime anche riguardo a questa previsione critiche e perplessità, specificando che la norma si è limitata ad introdurre

formule di stile prive di un'effettiva utilità pratica.

Quando agli effetti della separazione, l'art. 12, comma 4, ne stabilisce la decorrenza a partire "dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato" o, in alternativa, "dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale di stato civile".

Una diversa modalità di soluzione della crisi coniugale è prevista dall'art. 12 del D.L. n. 132/2014, rubricato *Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile*. La norma - che per espressa previsione legislativa (ultimo comma, art. 12) contiene disposizioni che "si applicano a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto" - dispone che i coniugi "possono concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile (primo comma, art. 12), a norma dell'articolo 1 del decreto del presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio" (16). Tale possibilità, tuttavia, è preclusa, "in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti" (art. 12, comma 2). In definitiva, a differenza dell'accordo concluso in sede di negoziazione assistita *ex art. 6*, l'accordo di cui all'art. 12 non può essere concluso in presenza di figli minori, maggiorenni portatori di *handicap* o non economicamente autosufficienti; medesimi, invece, sono gli effetti e le formalità relative all'annotazione e iscrizione dell'accordo stesso.

Una rilevante differenza è data dal disposto del comma 3, terzo periodo, della norma in oggetto, ai sensi del quale l'accordo non può contenere "atti di trasferimento patrimoniale". Questa espressione appare suscettibile di essere interpretata nel senso

re formule di stile prive di un'effettiva utilità pratica.

(16) La opportunità della modifica introdotta dalla legge di conversione è sottolineata da Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1148.

di vietare sia i soli trasferimenti immobiliari (17), sia qualunque accordo di contenuto patrimoniale. Quest'ultima lettura - invero non condivisibile - è ora seguita dal Ministero dell'Interno (Circolare 28 novembre 2014, n. 19), che ha chiarito - con efficacia di fatto vincolante in considerazione del rapporto gerarchico - che ai coniugi non è consentito negoziare riguardo a profili patrimoniali attinenti il mantenimento, la divisione dei beni e l'assegnazione della casa familiare.

È inoltre interessante notare che il comma 4 dell'art. 12 dispone che il termine di cui all'art. 3, comma 1, n. 2), lett. b), l. div., decorre dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di negoziazione assistita, ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo concluso avanti all'ufficiale dello stato civile. Merita particolare attenzione, da ultimo, la disposizione secondo la quale è previsto che l'ufficiale dello stato civile che riceve le dichiarazioni dei coniugi li inviti a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo; la stessa disposizione precisa che "la mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo".

3. Il "diritto vivente" in materia di assegno di mantenimento del coniuge economicamente debole

La disciplina del D.L. n. 132/2014, modificata dalla L. n. 162/2014 si innesta in un contesto normativo e giurisprudenziale che ha conosciuto, negli ultimi anni, notevoli e rilevanti evoluzioni; pare dunque opportuno, anche al fine di valutare come le innovazioni introdotte dal legislatore del 2014 debbano relazionarsi con i criteri codificati e applicati nel diritto vivente, ricostruire i principi ispiratori e le regole degli obblighi di mantenimento tra coniugi

nella crisi della coppia, dei quali i negoziatori dovranno tenere debito conto.

L'attuazione del principio di parità tra i coniugi (art. 29 Cost.) trova il suo più significativo riconoscimento nel carattere inderogabile del regime patrimoniale primario della famiglia (18). Si osservi che il dovere di "contribuire ai bisogni della famiglia", che ciascun coniuge è chiamato ad assolvere nella fase fisiologica del matrimonio (art. 143, comma 3, c.c.) "in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo" (19), può persistere anche nella fase della separazione, trasformandosi nel dovere di corrispondere un assegno di mantenimento a favore del coniuge "che non abbia adeguati redditi propri" e "a cui non sia addebitabile la separazione" (art. 156, comma 1, c.c.). Esso perdura anche oltre lo scioglimento del matrimonio, atteso che all'ex coniuge divorziato è riconosciuto il diritto a ricevere periodicamente un assegno qualora non disponga di mezzi adeguati o comunque non possa procurarseli per ragioni oggettive (art. 5, comma 6, l. div.) (20).

3.1. L'assegno di mantenimento del coniuge separato

Sul piano interpretativo l'art. 156, comma 1, c.c. ha dato luogo a notevoli incertezze (21) anzitutto con riguardo al problema di individuare un parametro di riferimento in relazione al quale commisurare l'adeguatezza dei mezzi del richiedente (22). La chiave di lettura attraverso la quale l'interprete tradizionalmente si è accostato alla soluzione del problema è stata quella di stabilire se tra il dovere di contribuzione in costanza di matrimonio e quello di mantenimento nella separazione si possa individuare o meno una ideale soluzione di continuità, come sottolineato da alcuni Autori (23). Quest'ul-

(17) In questo senso, seppur con qualche perplessità, Davnovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1149.

(18) Sesta, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., sub art. 29 Cost., Milano, 2015.

(19) Sul punto Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia: i rapporti patrimoniali tra coniugi in generale, la comunione legale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, VI, 1, Milano, 1979, 28; Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi (artt. 143-148)*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, 7 e 73 ss.; E. Quadri, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Famiglia*, 2004, 478; Ruscello, *Diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt. dir. fam.*, I, 1, diretto da Zatti, II ed., Milano, 2011, 1007; Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 3, II ed., Torino, 1996, 15 ss.

(20) Sulla natura e i presupposti dell'assegno di mantenimento e di quello di divorzio Arrigo, *L'assegno di separazione e*

l'assegno di divorzio, in *Separazione e divorzio*, diretto da Ferrando, II, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, Torino, 2003, 633 ss.; Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in Bonilini e Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, III ed., Milano, 2010, 512 ss.; Arceri, sub art. 156 c.c., in *Codice della famiglia* a cura di Sesta, III ed., sub art. 156 c.c., cit.

(21) Arceri, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., sub art. 156 c.c., cit.; C. M. Bianca, *Diritto civile, 2, La famiglia*, IV ed., Milano, 2014, 210; Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, 27.

(22) Arrigo, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, cit., 656.

(23) Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 126; Morozzo Della Rocca, voce *Separazione personale (dir. priv.)*, cit., 1397; Bianca, *Diritto civile*, 2.1, Milano, 2014 188.

timo orientamento trova una significativa conferma nella giurisprudenza di legittimità, da tempo consolidata nell'affermare che nel contesto della separazione si "instaura un regime che – a differenza del divorzio – tende a conservare il più possibile tutti gli effetti del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza e, quindi, il tenore e il tipo di vita di ciascun coniuge" (24).

Proprio in questa prospettiva, ribadendo l'idea di una marcata persistenza del dovere di contribuzione anche successivamente alla cessazione della convivenza coniugale, la S.C. ha affermato che, ai fini della valutazione di adeguatezza dei redditi del soggetto che invoca l'assegno, il parametro di riferimento è costituito dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio; e che ad esso occorre riferirsi anche per individuare e definire la qualità delle esigenze e l'entità delle aspettative del richiedente (25).

L'orientamento secondo cui "il tenore di vita matrimoniale deve essere determinato in funzione di quello che il coniuge economicamente forte aveva il dovere di consentire all'altro in relazione alle sostanze di cui disponeva anziché al più modesto tenore di vita eventualmente tollerato in costanza di matrimonio" si è affacciato - ormai vent'anni or sono - in una importante decisione nella quale la moglie, che aveva rinunciato a proseguire la sua carriera di *hostess* di volo, domandava un cospicuo assegno di mantenimento al marito che, oltre a godere di uno stipendio come pilota di aerei di linea, disponeva di un ingente patrimonio ereditato dai genitori (26); tale orientamento ha successivamente trovato costante conferma nella giurisprudenza di legittimità e di merito (27).

(24) Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, in questa *Rivista*, 1994, 593, con nota di Cubeddu, *Comunione legale e beni personali: limiti probatori e dichiarazione di coacquisto* e Carbone, *Sul concetto di adeguatezza dei redditi del coniuge separato*; da ultimo, tra le tante Cass. 13 giugno 2014, n. 13423, in *Quotidiano giuridico*, 2014.

(25) Così Cass. 19 marzo 2002, n. 3974, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 488; Cass. 5 luglio 2006, n. 15326, in questa *Rivista*, con nota di Al Mureden, 2007, 233, *Crisi del matrimonio, famiglia destrutturata e perdurante esigenza di perequazione tra i coniugi*.

(26) Cass. 18 agosto 1994, n. 7437, cit.

(27) Da ultimo il riferimento al tenore di vita potenziale come criterio per la attribuzione e la determinazione dell'assegno di mantenimento è stato ribadito da Cass. 13 giugno 2014, n. 13423.

(28) Cass., S.U., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, 67, con note di Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e di Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*.

(29) Totaro, *Gli effetti del divorzio*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto

3.2. L'assegno post-matrimoniale

Seguendo costantemente un indirizzo delineato venticinque anni or sono dalle Sezioni Unite (28), la giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che l'assegno divorzile ha natura assistenziale e dovrebbe costituire per il coniuge economicamente debole un rimedio al deterioramento delle precedenti condizioni economiche in dipendenza del divorzio (29). Proprio all'attuazione di queste esigenze è funzionale l'idea di concepire un giudizio scomposto in una prima fase nella quale il giudice - dopo aver comparato la condizione economica del richiedente goduta nel momento precedente la cessazione della convivenza e quella determinatasi al momento della pronuncia di divorzio - individua quanto astrattamente necessario al fine di evitare a quest'ultimo un sensibile deterioramento del tenore di vita, ed una seconda fase in cui il "tetto massimo" della misura dell'assegno determinato in astratto, viene poi sottoposto al vaglio degli altri criteri predisposti dall'art. 5, comma 6, l. div., al fine di quantificarne in concreto la misura (30). Nella fase di accertamento del diritto all'assegno divorzile, quindi, il giudice è chiamato a verificare l'esistenza del diritto in astratto, "in relazione all'inadeguatezza dei mezzi o all'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, o che poteva legittimamente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio, fissate al momento del divorzio" (31). Le indicazioni su quale fosse il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio possono essere desunte "dalle potenzialità economiche dei coniugi, ossia dall'ammontare complessivo dei loro redditi e dalle disponibilità patrimoniali" (32). La S.C. ha ulte-

da Zatti, I, 2, II ed., Milano, 2011, 1637, chiarisce che "si tratta di un indirizzo tanto consolidato da costituire diritto vivente"; sul punto v. anche Santosuosso, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2011, 787.

(30) L'orientamento espresso da Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, cit., è stato ribadito in numerosissime pronunce, tra cui, da ultimo, Cass. 5 marzo 2014, n. 5131, in *De Jure*.

(31) Così, ribadendo una formula che si riscontra con assoluta regolarità in molteplici precedenti conformi, Cass. 5 febbraio 2014, n. 2546, in *Diritto e Giustizia online*, 2014, con nota di Paganini.

(32) Cass. 3 gennaio 2014, n. 488, in *Diritto e Giustizia*, 2014, in cui si ribadisce che "l'accertamento del diritto all'assegno divorzile va effettuato verificando l'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto. Con riguardo alla quantificazione dell'assegno di divorzio,

riormente precisato, anche di recente, che occorre tenere distinto lo stile di vita dal tenore di vita: infatti anche qualora la coppia disponga di rilevanti potenzialità economiche è possibile che venga deciso di comune accordo tra i coniugi un *ménage* familiare improntato ad uno stile di *understatement* o di rigore. Tale scelta, ad avviso della Cassazione, non può privare di rilievo le potenzialità che scaturiscono da una condizione economica agiata, che comunque deve essere considerata allorché si tratta di decidere riguardo alla spettanza ed alla misura dell'assegno divorzile (33). Pertanto l'adeguatezza dei redditi del coniuge che richiede l'assegno divorzile dovrà essere valutata in funzione del tenore di vita che le potenzialità economiche della coppia avrebbero consentito e non del più modesto tenore di vita effettivamente goduto durante il matrimonio (34).

Si è da più parti messo in luce che il modello di assegno post-matrimoniale delineato dal legislatore ed i cui lineamenti sono stati ulteriormente definiti dagli orientamenti consolidati della giurisprudenza di legittimità può risultare sotto diversi profili scarsamente funzionale a realizzare un'equilibrata ripartizione delle risorse della famiglia dopo la rottura del matrimonio. Da un lato si è osservato che la scelta di porre in risalto la funzione assistenziale, valorizzando il profilo dell'incapacità del richiedente di procurarsi mezzi adeguati e relegando ad un ruolo marginale gli altri criteri, compromette l'idoneità dell'assegno post-matrimoniale ad attuare una effettiva compensazione del coniuge che ha dedicato un considerevole periodo di tempo alla cura della famiglia (35).

Sotto questo profilo, quindi, arricchire la funzione assistenziale mediante il riferimento al tenore di vita coniugale inteso nel senso più ampio può apparire opportuno al fine di garantire al coniuge economicamente debole una tutela adeguata. Per altri

aspetti, tuttavia, l'intera disciplina dei rapporti patrimoniali tra ex coniugi divorziati è stata vista come "un complesso normativo che evidenzia la dilatazione dell'ultrattività, sul piano dei rapporti patrimoniali, del matrimonio sciolto per divorzio" (36) e, nel complesso, appresta una tutela che con specifico riferimento ai matrimoni di breve durata può risultare ingiustificatamente estesa. In quest'ottica si è anche affermato che l'orientamento secondo cui l'adeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente andrebbe commisurata al tenore di vita matrimoniale appare difficilmente sostenibile "perché denuncia una ultrattività del matrimonio, ormai sciolto, in contrasto con qualsivoglia logica, vuoi perché snatura il dato normativo riformato, diretto a prestare aiuto all'ex coniuge bisognoso, non già a consentirgli lo stesso tenore di vita goduto durante la vita matrimoniale" (37). Il riferimento al parametro del tenore di vita matrimoniale, quantomeno riguardo a queste fattispecie, non sarebbe funzionale a promuovere la pari dignità sociale dei coniugi e potrebbe costituire addirittura un ostacolo al raggiungimento dell'indipendenza economica da parte del coniuge debole (38); vi sarebbe infatti il pericolo che l'assegno post-matrimoniale possa costituire una "rendita post-coniugale, direttamente proporzionata al livello economico matrimoniale" (39), o, in altre parole, "una sorta di assicurazione, tendenzialmente vitalizia, al godimento di uno *standard* di vita economico esteso al tempo successivo al rapporto matrimoniale" (40). Le esigenze appena illustrate, in effetti, sono emerse da tempo in altri ordinamenti europei nei quali la valorizzazione del principio dell'auto-responsabilità ha condotto a limitare significativamente l'assistenza fornita al coniuge economicamente debole al termine di matrimoni di breve durata, soprattutto qualora non siano presenti figli non autosufficienti (41).

deve escludersi la necessità di una puntuale considerazione, da parte del giudice che dia adeguata giustificazione della propria decisione, di tutti, contemporaneamente, i parametri di riferimento indicati dall'art. 5 della legge 1 dicembre 1970, n. 898, come modificato dall'art. 10 della legge 6 marzo 1987, n. 74, per la determinazione dell'importo spettante all'ex coniuge, anche in relazione alle deduzioni e alle richieste delle parti, salva restando la valutazione della loro influenza sulla misura dell'assegno".

(33) Cass. 16 ottobre 2013, n. 23442, in *De Jure*.

(34) Tra le tante Cass. 4 novembre 2010, n. 22501, in *Diritto e Giustizia*, 2010; Cass. 24 marzo 2010, n. 7145, in *Diritto e Giustizia*, 2010.

(35) Il fatto che la valorizzazione del profilo della inadeguatezza dei mezzi del richiedente debba essere letta come una chiara volontà di sottolineare il passaggio da un assegno con natura composita ad uno con natura marcatamente assisten-

ziale, nel quale le finalità compensativa e risarcitoria vengono relegate ad un piano secondario viene sottolineato, tra gli altri da Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in Bonilini e Tommaso, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, III ed., Milano, 2010, 585 ss.; Totaro, *Gli effetti del divorzio*, cit., 1631; Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., 353.

(36) Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 595; nello stesso senso Barbiera, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, 31 ss.

(37) Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 595; in senso contrario Bianca, *Diritto civile*, 2.1, cit., 294.

(38) Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 595.

(39) L'espressione è di Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 595.

(40) Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 595.

(41) Sul punto v. Patti, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Mo-*

In conclusione, la disciplina dell'assegno post-matrimoniale (considerazioni diverse valgono per l'assegno di mantenimento), così come attualmente interpretata nel "diritto vivente", può apparire da una parte insoddisfacente in quanto l'affermazione della natura assistenziale sembra costituire un limite alla capacità di compensare il coniuge che ha dedicato molti anni della propria vita al matrimonio (42); d'altra parte il riferimento al tenore di vita coniugale può condurre al rischio di attribuire una tutela eccessiva a favore di chi, dopo un matrimonio relativamente breve, si trovi a beneficiare di una rendita tendenzialmente vitalizia. Indubbiamente sotto questo profilo riveste interesse l'idea, particolarmente sviluppata nei sistemi di *common law*, di concepire un trattamento nettamente differenziato delle conseguenze patrimoniali del divorzio valorizzando l'elemento della durata del matrimonio.

4. Il parametro del tenore di vita coniugale, la sua ragionevolezza e la questione di legittimità costituzionale

Una recente ordinanza del Tribunale di Firenze (43) ha posto in dubbio la conformità al principio costituzionale di ragionevolezza (art. 3 Cost.) (44) del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale le decisioni relative alla spettanza ed all'entità dell'assegno divorzile dovrebbero essere assunte in funzione dell'obiettivo di garantire al coniuge economicamente debole la persistenza di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Più specificamente la questione di costituzionalità riguarda la regola di "diritto vivente" formatasi con riferimento all'art. 5 l. n. 898/1970. Tale regola si caratterizza, a parere del giudice remittente, per "una palese contraddizione" logica oltre che giuridica - che appare irragionevole, secondo i canoni della giurisprudenza costituzionale - fra l'istituto del divorzio, che ha come scopo proprio quello della cessazione del matrimonio, ed una disciplina delle conseguenze economiche "che di fatto proietta oltre l'orizzonte matrimoniale il «tenore di vita» in costanza di

matrimonio quale elemento attributivo e quantitativo dell'assegno". In questo modo, continua il Tribunale di Firenze, vengono prolungati "all'infinito i vincoli economici derivanti da un fatto (il matrimonio) che non esiste più proprio a seguito del divorzio"; e ciò "senza che vi sia necessariamente una giustificazione adeguata sotto il profilo della tutela di interessi e diritti costituzionali o garantiti dalla Costituzione". Proprio in questa prospettiva, quindi, il diritto vivente formatosi con riferimento ai presupposti di attribuzione dell'assegno divorzile appare irragionevole in quanto "conduce ad esiti palesemente irrazionali" ed "incompatibili con la stessa *ratio legis*" della disciplina delle conseguenze economiche del divorzio.

L'interpretazione dell'art. 5, comma 6 della legge n. 898/1970 preclusa nel diritto vivente - attribuendo al coniuge economicamente debole la garanzia di mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio - travalicherebbe, ad avviso del giudice remittente, la funzione assistenziale che dovrebbe essere propria dell'assegno divorzile. In definitiva, prosegue l'ordinanza, individuare il presupposto dell'assegno post-coniugale nello sbilanciamento delle situazioni patrimoniali degli ex coniugi e poi quantificarlo nella cifra congrua a «mantenere il tenore di vita coniugale», non costituirebbe "un «arricchimento» della funzione assistenziale indicata dalla legge, ma una sua alterazione, che travalica il dato normativo e la stessa intenzione del legislatore". Ulteriori profili di contrasto con il principio di ragionevolezza vengono individuati anche laddove si sottolinea che "a differenza del dovere di mantenimento verso i figli, che cessa al raggiungimento della loro autosufficienza economica, l'obbligo di mantenimento del coniuge divorziato, nella lettura giurisprudenziale di cui qui si tratta, non viene meno neppure in caso di raggiunta autosufficienza del coniuge".

In ultima analisi, l'esigenza di garantire adeguatamente la posizione economica del coniuge nella fase successiva alla cessazione del matrimonio, pur trovando il suo fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost., sembra attuata, secondo il diritto vivente formatosi con riferimento all'art. 5, comma 6, l.

delli europei a confronto, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, II, Bologna, 2008, 229; Id., *Obbligo di mantenere e obbligo di lavorare*, in *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, 309; Cubeddu, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania*, in *Família*, 2008, 22; con riferimento agli ordinamenti di common law: Blumberg, *The Financial Incidents of Family Dissolution*, in AA.VV., *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, edited by Katz, Eekelaar e

Maclean, Oxford, 2000, 398; Katz, *Family Law in America*, New York, 2003, 87.

(42) Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., 353.

(43) Trib. Firenze 22 maggio 2013, ord., cit.

(44) Sul principio di ragionevolezza delle leggi Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 275 ss.; Id., *sub art. 3 Cost.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, cit., in part. 41. V. altresì S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

div., attraverso uno “strumento eccessivo rispetto a quanto necessario” a realizzare un equilibrato contrapposto interessi in gioco. I profili di irragionevolezza insiti nell’attuale diritto vivente vengono illustrati anche nella prospettiva del raffronto con i principi emergenti in altri paesi dell’Unione europea. La motivazione del provvedimento, infatti, pone in luce il fatto che la Commissione europea sul diritto di famiglia ha stabilito il principio secondo il quale «dopo il divorzio ciascun coniuge provvede ai propri bisogni» (principio 2.2) (45). Da questo principio, continua il Tribunale di Firenze “deriva che dopo il matrimonio, gli unici legami a rimanere in vita sono quelli che riguardano i figli”; in ogni caso, qualora siano effettivamente mantenuti rapporti di tipo patrimoniale tra i coniugi, essi dovrebbero rivestire il carattere della temporaneità (principio 2.8).

Da ultimo l’irragionevolezza dell’attuale diritto vivente in materia di assegno divorzile viene motivata sotto il profilo dei profondi mutamenti che hanno interessato l’istituto matrimoniale e che possono essere sintetizzati nella c.d. “privatizzazione della relazione di coppia”. Proprio sotto questo aspetto sembra ravvisarsi, ad opinione del giudice remittente, un contrasto tra la previsione di un vincolo matrimoniale che può essere dissolto per iniziativa unilaterale di uno dei coniugi ed una disciplina delle conseguenze economiche che garantisca a tempo indeterminato il persistente godimento del tenore di vita coniugale alla parte economicamente debole, in omaggio ad una “concezione *criptoindissolubilista* del matrimonio che appare oggi anacronistica” e che non tiene conto del dato che vede la donna pienamente protagonista della “vita economica e sociale della famiglia”.

Il profilo del cosiddetto “anacronismo legislativo” sembra costituire - ad opinione del giudice remittente - un’ulteriore e fondamentale ragione che fa apparire necessaria “una revisione critica del dogma del tenore di vita”; dogma che, secondo l’ordinanza del Tribunale di Firenze, “ormai appartiene ad un’altra epoca, ad un’altra gerarchia di valori non più adeguati alla contemporanea legalità costituzionale”.

In ordine alla fondatezza della questione posta dal Tribunale di Firenze era da subito lecito dubitare, sia perché l’interpretazione della norma non era

del tutto aderente al diritto vivente, sia considerando che ogni concreto rapporto matrimoniale è improntato agli accordi di indirizzo tra i coniugi (art. 144 c.c.), il cui contenuto può di fatto impedire il raggiungimento dell’autosufficienza da parte di uno di loro; occorre altresì tener conto che eventuali accordi che prevedano una differente ripartizione del lavoro tra i coniugi, all’interno e/o all’esterno della famiglia, trovano conforto in quanto previsto dall’art. 37 Cost. con riferimento alla donna lavoratrice, il cui enunciato sembra contraddire la tesi, formulata in termini assoluti, del Tribunale fiorentino. Ora la Corte costituzionale, con la sentenza n. 11/2015 ha rigettato la questione, rilevando che quello del tenore di vita denunciato dal Tribunale di Firenze costituisce un parametro rilevante solo in astratto ai fini della determinazione del tetto massimo dell’assegno, ma che in concreto quel parametro è poi soggetto al bilanciamento, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso art. 5 l. div., che possono condurre anche ad azzerare la somma considerata in astratta come necessaria al coniuge per mantenere lo stesso tenore di vita matrimoniale (46).

In ogni caso, l’ordinanza ha reso evidente che la tutela inderogabile offerta dall’assegno post-matrimoniale è interessata oggi da profonde trasformazioni, sul versante sia del diritto vivente, ove si manifestano esigenze di ripensamento di orientamenti consolidati determinate dalle trasformazioni sociali e normative; sia dell’autonomia dei coniugi, che assume una portata assai più ampia rispetto a quanto accadeva nel sistema previgente.

5. I limiti sostanziali della negoziazione e le norme imperative

Tornando quindi alla negoziazione assistita, è chiaro che, alla luce di quanto precede, si aprano molteplici interrogativi, primo dei quali se i richiamati indici normativi relativi alla spettanza degli assegni di mantenimento e di divorzio, come applicati nel diritto vivente, siano a questo punto derogabili liberamente dai coniugi paciscenti o se, al contrario, la negoziazione non possa derogarvi, nel senso che essi si configurano quali norme imperative, che detta negoziazione, pur oggi consentita, deve rispettare *ex art* 1418 c.c. Al riguardo, è opportuno

(45) I *Principles on European Family Law* sono stati elaborati dalla Commission on European Family Law Family Law <http://ceflonline.net/> con la finalità di individuare soluzioni tese al perseguimento della armonizzazione del diritto di famiglia nei diversi stati dell’Unione europea. Sul punto v. Cubeddu, /

contributi al diritto europeo della famiglia, in Patti e Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, 16.

(46) Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 11, cit.

richiamare la disposizione d'indole generale enunciata dall'art. 5, comma 2 del D.L. n. 132/2014, che fa espresso obbligo agli avvocati che assistono alla negoziazione di certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico; il che esclude che lo strumento delle negoziazioni possa consentire di superare gli ordinari limiti dell'autonomia privata. Tornando al carattere imperativo delle disposizioni che disciplinano i diritti patrimoniali dei coniugi in sede di separazione e divorzio, può richiamarsi la recente decisione delle Sezioni Unite della Cassazione (47) in tema di delibazione della sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, ove viene ribadito che l'istituto matrimoniale delineato dalla Costituzione e dalle leggi è tutelato da norme di ordine pubblico italiano. A tenore di detta sentenza "il "matrimonio - rapporto" [...] può ritenersi un'espressione sintetica comprensiva di molteplici aspetti e dimensioni dello svolgimento della vita matrimoniale e familiare – che si traducono, sul piano rilevante per il diritto, in diritti, doveri, responsabilità, caratterizzandosi così, secondo il paradigma dell'art. 2 Cost., come "il contenitore", per così dire, di una pluralità di "diritti inviolabili", di "doveri inderogabili", di "responsabilità", di aspettative legittime e di legittimi affidamenti dei componenti della famiglia, sia come individui sia nelle relazioni reciproche" (48). Alla luce di consimili rilievi appare evidente come nel novero dei "doveri inderogabili" vadano sicuramente ricompresi quelli previsti dall'art. 156 c.c. e dall'art. 5, comma 6, l. div.

In breve, si può certamente affermare che i predetti criteri di legge non perdano il loro carattere di inderogabilità, e che anzi la previsione della necessaria assistenza di un avvocato confermi che egli si erga a garante del rispetto degli interessi tutelati dalle norme di cui trattasi: conseguentemente, detti patti saranno impugnabili come qualsiasi contratto per contrarietà a norme imperative.

Dal carattere inderogabile delle disposizioni di cui trattasi discende altresì, come si è ricordato, l'obbligo degli avvocati che assistono alla negoziazione di informare i coniugi sui loro diritti, anche di ca-

attere patrimoniale, affinché il consenso manifestato sia effettivamente consapevole.

Data la natura contrattuale degli accordi raggiunti attraverso la negoziazione, occorre domandarsi se essi abbiano forza di legge fra le parti, in quanto soggetti alla regola stabilita dall'art. 1372 c.c., oppure se abbiano effetti *rebus sic stantibus*, similmente agli accordi conclusi in sede di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta ai quali la Cassazione attribuisce natura contrattuale (49). Quest'ultima opzione sembra senz'altro preferibile laddove si consideri che il legislatore chiarisce che "l'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono" la separazione consensuale ed il divorzio su domanda congiunta (art. 6, comma 3 e art. 12, comma 3). Di regola, quindi, gli accordi saranno sempre modificabili in sede giudiziale, nei limiti di quanto previsto dall'art. 710 c.p.c. e dell'art. 9 l. div., oltre che mediante una successiva negoziazione.

L'ampliamento dell'autonomia dei coniugi introdotto con le disposizioni in commento consente di chiedersi quali limiti essa incontri in ordine alla possibilità di convenire la corresponsione degli assegni di mantenimento e di divorzio in unica soluzione, come sino ad ora previsto in relazione alla corresponsione del solo assegno divorzile dall'articolo 5, comma 8, l. div. Come noto, la giurisprudenza, se da un lato, ha ritenuto lecito il patto di attribuzione *una tantum* di beni ad integrale soddisfazione dell'obbligo di mantenimento, salvi i diritti agli alimenti ove il coniuge separato venga a trovarsi in stato di bisogno (50), dall'altro lato, ha negato la possibilità di estinguere in sede di separazione con la corresponsione *una tantum* ogni obbligo relativo al futuro eventuale divorzio (51). Occorre, dunque, verificare se gli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati siano da considerarsi rivedibili alle luce delle nuove disposizioni. In primo luogo il (debole) rilievo per cui non può "farsi commercio dello *status*", è oggi smentito dal fatto che gli accordi di cui al D.L. n. 132/2014 possono essere diretti proprio a raggiungere una soluzione consensuale di divorzio nei casi di cui all'art. 3, primo comma, n. 2, lett. b), L. n. 898/1970. In altri ter-

(47) Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in *Corr. giur.*, 2014, 1196, con nota di Carbone, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*.

(48) Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, cit.

(49) Cass. 20 agosto 2014, n. 18066, in *De Jure*.

(50) Lumia, *La separazione personale tra coniugi*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, I, 2, II ed., Milano, 2011, 1334 ed giu-

risprudenza ivi citata.

(51) Cass. 25 gennaio 2012, n. 1084, in *De Agostini professionale*; Cass. 21 febbraio 2008, n. 4424, in *Foro it.*, 2008, 2124, in cui si precisa che la definizione *una tantum* della separazione consensuale non preclude al coniuge economicamente debole di domandare in seguito l'assegno divorzile ove si trovi in condizione di non disporre di mezzi propri adeguati.

mini, si può oggi arrivare al divorzio, senza alcun intervento del giudice, contestualmente negoziando sui profili economici, anche mediante la previsione dell'*una tantum*: dunque se non proprio *fare commercio* si può *negoziare* riguardo allo *status* di coniuge. Allo stesso modo, l'obiezione che veniva avanzata sulla base del disposto dell'art. 160 c.c. – a prescindere dalle giuste critiche relative alla sua applicabilità alla fattispecie (52) – appare ugualmente superabile in base alla espressa possibilità, introdotta dal D.L. n. 132/2014, di pattuire in ordine alle condizioni di separazione e divorzio, ovviamente nel rispetto delle norme inderogabili; ed è pacifico che non esista una norma inderogabile che vieti, in sede di separazione, un accordo relativo al mantenimento da corrispondersi con le modalità e con gli effetti di cui all'art. 5, comma 8, L. n. 898/1970, specie alla luce delle considerazioni sopra svolte. Se così è, i coniugi già all'atto di pattuire le condizioni della loro separazione potranno validamente non solo convenire in ordine all'assegno di mantenimento, ma altresì prevedere che esso venga liquidato in un'unica soluzione e che debba valere anche come ricomprensente il futuro assegno di divorzio, determinato e corrisposto, sin dal momento della separazione, anche sulla base dei criteri di cui all'art. 5, comma 8, L. n. 898/1970. L'accordo avrebbe gli stessi effetti preclusivi di cui all'art. 5, comma 8, salvo che, essendo il vincolo coniugale ancora in essere, il coniuge

separato in stato di bisogno potrà conseguire un assegno di natura alimentare. In caso di riconciliazione, si verificherebbe una sorta di risoluzione dell'accordo per mutuo consenso, con conseguenti obblighi restitutori. Una consimile negoziazione, che disponga la corresponsione in sede di separazione di un prestazione *una tantum* da valersi con effetto preclusivo di ulteriori pretese in sede di divorzio, a ben vedere, non comporta alcuna rinuncia ad un futuro assegno, ma semplicemente ne attua la determinazione in via preventiva mediante uno strumento, appunto la negoziazione assistita, che per sua natura può essere utilizzato sia in sede di separazione che di divorzio.

Da ultimo, si pone la questione della validità di una negoziazione che abbia portato ad un accordo *una tantum*, considerato che quanto a detta modalità di corresponsione, la legge dispone il controllo giudiziale sull'equità della pattuizione, che ne condiziona l'effetto tombale. Conseguentemente, in relazione alla validità e all'efficacia dell'accordo di *una tantum* raggiunto in sede di negoziazione assistita, sia in sede di separazione che di divorzio, mancando il controllo giudiziale, che non può ritenersi surrogato dal nullaosta o dall'autorizzazione del pubblico ministero, deve ritenersi che sia possibile l'impugnativa dell'accordo facendone valere l'iniquità genetica, che costituisce violazione della norma inderogabile dell'art. 5, comma 8, L. n. 898/1970.

(52) Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, 1, Padova, 1999; Id., *Gli accordi a latere nella separazione nel divorzio*, in questa *Rivista*, 2006, 150.