

CASA FAMILIARE E ACCORDI TRA I CONIUGI
NELLA CRISI DELLA COPPIA

FAMILY HOME AND AGREEMENT BETWEEN SPOUSES
IN THE MARITAL CRISIS

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 371 - 395

Fecha entrega: 18/10/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

Dr. LOREDANA TULLIO
Professore associato di Diritto privato
Università degli Studi del Molise
loredana.tullio@unimol.it

RESUMEN: Dopo aver definito il concetto di casa familiare quale *habitat* o focolare domestico e aver messo in luce lo stretto rapporto tra famiglia e abitazione ove si svolge la comunione materiale e spirituale di vita, l'autore passa a illustrare le scelte pattuite dai coniugi, nella fase patologica del vincolo matrimoniale, aventi ad oggetto tale bene. Sulla scia del potere di autodeterminazione riconosciuto alla coppia, sono dunque analizzati sia gli accordi prematrimoniali sottoscritti in previsione della possibile futura crisi coniugale, sia le scelte negoziate in vista della separazione consensuale, sia le convenzioni concluse con o senza l'assistenza di legali, individuando i diversi *iter* procedimentali e le limitazioni prescritte dal legislatore nella "libera" determinazione dell'assegnazione della casa.

PALABRAS CLAVE: Casa familiare; *habitat* domestico; interesse dei figli; accordo tra coniugi; negoziazione assistita.

ABSTRACT: Defined the concept of the family housing as domestic habitat, the essay illustrates some expressions of the party autonomy of the spouses: i.e. the agreements that can be stipulated in this field. In particular, the article analyses the prenuptial agreements regarding possible marital crisis, other agreements which concern the separation, the agreements concluded with or without the assistance of lawyers, by identifying the different procedures and limitations prescribed by legislation on the assignement to housing.

KEY WORDS: Family home; domestic habitat; best interest of the children; agreement between spouses; "assisted negotiation".

SUMARIO: I. OGGETTO DELL'ASSEGNAZIONE: LA CASA FAMILIARE. - II. TRA SOCIALE E GIURIDICO: COMUNITÀ DI VITA E RILIEVI NORMATIVI. - III. I LIMITI ALL'AUTONOMIA DEI CONIUGI. - IV. GLI ACCORDI PREMATRIMONIALI. - V. I PATTI SULLA CASA FAMILIARE. - VI. GLI ACCORDI CONCLUSI DINANZI AL SINDACO. - VII. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E LE ATTRIBUZIONI DELLA CASA FAMILIARE... - 1. ...in presenza di figli. - 2. ...in assenza di figli. - VIII. NATURA DELL'ATTO CONCLUSO DAI CONIUGI: "ACCORDO" O "CONTRATTO"?

I. OGGETTO DELL'ASSEGNAZIONE: LA CASA FAMILIARE.

Per quanto differenti possano essere le modalità di organizzazione della famiglia¹, presupposto imprescindibile per la 'sopravvivenza' di tale formazione sociale² è la casa familiare, culla nella quale si sviluppa la personalità dei vari componenti del nucleo³ e intorno alla quale si affastellano l'insieme delle delicate questioni inerenti interessi esistenziali, più che patrimoniali, dei differenti membri della comunità domestica⁴. È in tale

¹ Con il termine famiglia non si designa un modello unitario, ma una pluralizzazione di modelli familiari che trova una sintesi nella formula evocata da F.D. BUSNELLI, "La famiglia e l'arcipelago familiare", *Rivista di diritto civile*, 2002, I, p. 520: accanto alla famiglia fondata sul matrimonio viene a plasmarsi la famiglia c.d. di fatto [cfr. PROSPERI, F.: *Famiglia non fondata sul matrimonio*, Esi, Camerino-Napoli, 1980; PERLINGIERI, P.: "La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima, *Rassegna di diritto civile*, 1988, p. 601 ss.; BALESTRA, L.: *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2009] o, ancora, la famiglia ricomposta o rinnovata (anche detta famigliastra o *stepfamily*), ossia formata da soggetti che provengono da precedenti esperienze di coppia fallite, nelle quali vi sia la presenza di figli dell'uno e/o dell'altro *partners* [v. BUZZELLI, D.: *La famiglia 'composita'*, Jovene, Napoli, 2012, p. 16 ss.; AULETTA, T.: "La famiglia rinnovata: problemi e prospettive", *Famiglia*, 2005, I, p. 19 ss.; AA.VV.: *Nuove costellazioni familiari. Le famiglie ricomposte* (coord. por S. MAZZONI), Giuffrè, Milano, 2002; RESCIGNO, P.: "Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche", *Famiglia*, 2002, I, p. 1 ss.; CASABURI, G.: "Dalla matrigna di Biancaneve alla *step mother* ed altro ancora", *Foro italiano*, 2015, I, c. 1802 ss.].

² Cfr., più ampiamente, PERLINGIERI, P.: "Sulla famiglia come formazione sociale", *Diritto e giustizia*, 1979, pp. 775-778, il quale discorre della «"formazione sociale" famiglia, nella sua funzione costituzionalmente rilevante e nella peculiare solidarietà che ne caratterizza le vicende interne, ispirate alla pari dignità morale e giuridica dei suoi componenti». V., inoltre, FERRI, G.B.: "Persona umana e formazioni sociali", in ID., *Saggi di diritto civile*, Maggioli, Rimini, 1993, p. 26 ss.

³ Con riguardo a tali «comunità intermedie» le quali rappresentano «"luogo" naturale di svolgimento della personalità» degli individui che ne fanno parte v. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Esi, Napoli, 2006, pp. 434 ss. e 439.

⁴ MANTOVANI, M.: "Casa familiare (assegnazione della)", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Istituto della enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2008, p. 1;

«richiam[o] spazial[e]»⁵, infatti, che prendono vita l'educazione e promozione di coloro che ne fanno parte⁶, trovano soddisfacimento bisogni morali e materiali, crescono le nuove generazioni nella costituzione di «un *continuum* esistenziale, fatto di lessico particolare, di abitudini, di cultura e di professionalità, di valori»⁷, e ciascun componente ne diventa interprete responsabile, tenuto al sostanziale rispetto dell'acquisita dignità familiare e di quella peculiare solidarietà che ne caratterizza le vicende interne.

La casa familiare, dunque, deve essere intesa non soltanto come l'immobile ove è localizzata la comunità domestica ossia, sulla base di quell'«originaria necessità dei luoghi»⁸, lo spazio fisico – «l'appartamento, la villa, il palazzo o, al limite, la disastrosa baracca»⁹ – ove si svolge la coabitazione (obbligatoria in caso di matrimonio, *ex art.* 143, comma 2, c.c.)¹⁰ o la convivenza¹¹ ma, soprattutto, il “non-luogo”, ossia il c.d. *habitat*¹² o «focolare»¹³ domestico, il

BELVEDERE, A.: “Residenza e casa familiare: riflessioni critiche”, *Rivista critica del diritto privato*, 1988, p. 271 ss.

⁵ IRTI, N.: *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 3.

⁶ PERLINGIERI, P.: “I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare”, *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 72 ss., ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, pp. 425-459, il quale sottolinea che «La famiglia non è persona giuridica, né può essere concepita come un soggetto di autonomi diritti», giacché «è formazione sociale, luogo-comunità tendente alla formazione ed allo sviluppo delle personalità di coloro che vi partecipano»; essa, dunque esprime «una funzione strumentale per la migliore realizzazione degli interessi, affettivi ed esistenziali, dei suoi componenti».

⁷ PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 429; ID.: “Famiglia e diritti fondamentali della persona”, *Legalità e giustizia*, 1986, pp. 484-499.

⁸ IRTI, N.: *Norma e luoghi*, cit., p. 3.

⁹ FINOCCHIARO, M.: “Casa familiare (attribuzione della)”, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 271; sulla nozione di casa familiare cfr., più ampiamente, FREZZA, G.: *I luoghi della famiglia*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 7.

¹⁰ GIUSTI, G.: “Casa coniugale”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento VII, Utet, Torino, 2012, p. 149 ss.

¹¹ Spunti ricostruttivi sulla distinzione tra coabitazione e convivenza in SANTOSUOSSO, F.: *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, Utet, Torino, 2011, p. 106 s.

¹² Di «*habitat* domestico, centro di affetti, di interessi e di consuetudini familiari» discorre Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2003, p. 36, con note di TOMMASINI, M.F.: “Il problema dell'assegnazione della casa familiare «non disponibile» e della natura giuridica del contributo compensativo”, e di LIUZZI, A.: “Assegnazione della casa coniugale e indennità sostitutiva del mancato godimento”, *Famiglia e diritto*, 2002, p. 587 ss.; cfr., inoltre, IRTI, C.: “La casa familiare come *habitat* domestico” (nota a Cass., Sez. I, 4 luglio 2011, n. 14553), *Famiglia, persone e successioni*, 2011, p. 657; PANUCCIO DATTOLA, F.: “Lo status dei coniugi separati” (cap. VI), e GIACOBBE, G. e FREZZA, G.: “Ipotesi di disciplina comune nella separazione e nel divorzio” (cap. VIII), in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. por P. ZATTI), I, *Famiglia e matrimonio*, 2, *Separazione e divorzio*, Giuffrè, Milano, 2002, rispettivamente pp. 1108 ss. e 1341 ss.

¹³ Cosí, FINOCCHIARO, M.: “Casa familiare”, cit., p. 273.

centro degli affetti e degli interessi¹⁴ nel quale si esprime e si articola l'unità della famiglia, fatta di sentimenti, di vita e di storia¹⁵. Vi è, dunque, nella determinazione di tale concetto, un intreccio del profilo 'materiale', «la stabile fisicità del luogo», con il «profilo 'ideale'»¹⁶, quel «mondo degli affetti»¹⁷, che plasma l'ambiente domestico. Sí che, ad esempio, non può considerarsi tale una 'aspettativa' (o 'progetto') di casa familiare, atteso che, in questa prospettata fattispecie, pur esistendo l'immobile, non sussiste un 'luogo' che, di fatto, abbia costituito il centro di aggregazione della famiglia¹⁸. Lo stesso dicasi con riguardo a quelle località di villeggiatura o usate per soggiorni temporanei seppur effettuati con periodica e abituale ripetizione¹⁹, ovvero – in linea con tale prospettiva – la casa presso la quale il coniuge è andato ad abitare dopo un lungo periodo di separazione di fatto²⁰.

Oggetto del provvedimento di assegnazione è, in sintesi, l'immobile che rappresenta il «fulcro degli affari, degli interessi, delle abitudini»²¹ nel quale si sviluppa la vita della famiglia; «quel complesso di beni funzionalmente attrezzato» – come ebbe modo di precisare la stessa Consulta²² – «per

¹⁴ FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, p. 240 s., il quale individua, nella complessa stratificazione sociale, la necessaria «misura concettuale dell'azione» e, attraverso il procedimento di qualificazione, giunge a distinguere l'emozione, il desiderio e l'interesse.

¹⁵ In questi termini PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti*, cit., p. 429.

¹⁶ IRTI, N.: *Norma e luoghi*, cit., p. 4.

¹⁷ JEMOLO, A.C.: «La famiglia e il diritto», *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1949, p. 47.

¹⁸ Non può considerarsi, ad esempio, casa familiare quella in cui la famiglia avrebbe dovuto trasferirsi qualora non fosse avvenuta la separazione. Allo stesso modo, Cass., Sez. I, 4 luglio 2011, n. 14553, cit., p. 655 ss., ha escluso che possa essere assegnata come casa familiare l'immobile acquistato dai coniugi per farne la propria abitazione ma non ancora abitata al momento della separazione; sí che, ai fini dell'assegnazione, la giurisprudenza di legittimità attribuisce rilievo alla sola «effettiva utilizzazione del complesso dei beni» volto ad «assicurare l'esistenza domestica della comunità familiare» (così, Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, *Foro italiano*, 1997, I, c. 3331). V., inoltre, FREZZA, G.: «La casa (già) familiare», *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, p. 718 ss.

¹⁹ Cass., 16 luglio 1992, n. 8667, *Giustizia civile*, 1992, I, p. 3002. Criticamente dottrina minoritaria, secondo la quale anche l'abitazione per le vacanze può rappresentare una specie di «estensione» (stagionale) dell'ambiente familiare: così, QUADRI, E.: «L'attribuzione della casa familiare in sede di separazione e divorzio», *Famiglia e diritto*, 1995, p. 283, e CUBEDDU, M.G.: «L'assegnazione della casa familiare», in AA.VV.: *L'affidamento condiviso* (coord. per S. PATTI e L. ROSSI CARLEO), Giuffrè, Milano, 2006, p. 34.

²⁰ Cass., 24 luglio 2012, n. 12977, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 1112.

²¹ ANCeschi, A.: «Assegnazione della casa familiare», in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, Aggiornamento 8, Utet, Torino, 2013, p. 76.

²² Così, Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, *Foro italiano*, 1989, I, c. 3336, la quale, in tal modo, puntualizza che la casa familiare «non è esauribile nell'immobile, spoglio della

assicurare la esistenza domestica della comunità familiare», localizzato con riguardo ad uno stato duraturo e prevalente della convivenza²³.

II. TRA SOCIALE E GIURIDICO: COMUNITÀ DI VITA E RILIEVI NORMATIVI.

Di tale centro di aggregazione della famiglia il diritto se ne occupa là dove ne assicura una tutela di rango costituzionale, riconoscendo l'abitazione quale diritto fondamentale della persona²⁴. Ad ogni modo, è soltanto nella fase patologica del vivere insieme che tale tutela trova la necessità di un'attuazione per assicurare il pieno soddisfacimento del predetto diritto.

Non è semplice, né opportuno, infatti, delineare l'esistenza e la disciplina di quel che ben potrebbe essere raffigurato quale «spazio giuridico vuoto ove troverebbero posto tutti o gran parte dei rapporti personali»²⁵: un ampio velo è gettato sulle congerie di legami che nascono all'interno del nucleo familiare, sigillate dal giudizio di inaccessibilità che ne segna le vicende interne²⁶. Sí che l'attenzione del giurista ricade sulla comunione materiale e spirituale di vita (oltre che nella eventuale fase costitutiva del vincolo matrimoniale) nella fase estintiva del rapporto, quando occorre tutelare i membri della famiglia e assistere i soggetti deboli (figli minori, figli maggiorenni portatori di handicap grave, *ex* coniuge) assicurando loro una stabile collocazione. Vi sarebbe, in altri termini, una «assenza del momento giuridico nella fisiologia dei rapporti

normale dotazione di mobili e suppellettili per l'uso quotidiano della famiglia»; in essa sono ricompresi arredi, elettrodomestici, e tutti i servizi o pertinenze (es. autorimessa) necessari alla tutela della prole: cfr. Cass., 2 luglio 1997, n. 6774, Giustizia civile, 1991, p. 1800; sul punto, FINOCCHIARO, M.: «Casa familiare», cit., p. 275; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, 2.1 *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 223.

²³ IRTI, C.: «La casa familiare come *habitat*», cit., p. 659; EAD., «Casa familiare e autonomia negoziale», *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 54; di «requisito dell'abitudine e della stabilità» discorre ANCeschi, A.: «Assegnazione della casa», cit., p. 77; fanno richiamo alla «stabilità, abitudine e continuità» GIACOBBE, G. e VIRGADAMO, P.: «Il matrimonio», II, *Separazione e divorzio*, in AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (dir. por R. SACCO), Utet, Torino, 2011, p. 283.

²⁴ V. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, Giustizia civile, 1988, II, p. 1654; ROLLI, R.: *Il diritto all'abitazione come diritto fondamentale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 14 ss., e più di recente EAD., «Diritto di abitazione e risarcimento del danno non patrimoniale», *Danno e responsabilità*, 2014, p. 526 ss.

²⁵ FEMIA, P.: *Matrimonio senza famiglia e matrimonio ad attuazione atipica*, Esi, Napoli, 2000, p. 36; v., inoltre, ENGISCH, K.: «Der Rechtsfreie Raum» (1948), in ID.: *Beiträge zur Rechtslehre*, Frankfurt a. M., 1969, p. 9, per il quale tale «spazio giuridico vuoto» non è assimilabile ad una lacuna di legge.

²⁶ Così, FEMIA, P.: *Matrimonio*, cit., p. 34 s.

coniugali»²⁷ ed il diritto interverrebbe soltanto quando l'ordine familiare, spontaneamente negoziato, non possa più ricostituirsi, ossia quando la coabitazione non è più in atto o si palesa come non più tollerabile: è in tale fase che occorre sia risolvere il problema dell'abitazione della coppia in corso di dissoluzione, i cui *partners*, per diverse e condivisibili ragioni, non intendono più dormire sotto lo stesso tetto, sia l'esigenza primaria di assicurare ai figli uno stabile ambiente abitativo.

La materia diviene così oggetto di numerosi interventi legislativi²⁸ (in specie art. 337 *sexies* c.c., già 155-*quater*) che dispongono una serie di «prescrizioni in tema di residenza», vevoli in tutti i casi in cui venga meno la convivenza familiare.

III. I LIMITI ALL'AUTONOMIA DEI CONIUGI.

Sia la disciplina legislativa in tema di assegnazione della casa familiare che le numerose e travagliate elaborazioni giurisprudenziali²⁹ al riguardo sono volte a ravvisare nella tutela dell'*habitat* domestico un prioritario interesse della prole. Sono i figli (minorenni o maggiorenni incolpevolmente privi di adeguati mezzi autonomi di sostentamento³⁰), difatti, a godere della

²⁷ V., più ampiamente, FEMIA, P.: *Matrimonio*, cit., p. 94. Sì che il diritto dovrebbe dirsi non «di famiglia», ma «della crisi della famiglia»: FERRI, G.B.: «Il diritto civile e il suo doppio» (1993), in ID.: *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994, p. 145 s.

²⁸ Nell'originaria formulazione degli artt. 155 e 156 c.c., nessuna menzione era fatta alla casa familiare; nella stessa ottica si poneva inizialmente la l. 1 dicembre 1970, n. 898, che sul punto taceva [FINOCCHIARO, M.: «Casa familiare», cit., p. 271]. Il tema venne in séguito preso in esame dalla l. 12 agosto 1974, n. 351, nonché dalla riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151); seguirono ulteriori modifiche anche nella legge in tema di cessazione degli effetti civili del matrimonio (1987). Ma occorrerà attendere la riforma sull'affido condiviso del 2006 – che le ha espressamente dedicato un'assegnazione autonoma (con l'art. 155 *quater* c.c.) (cfr. ANCeschi, A.: «Assegnazione della casa», cit., p. 73 ss.) – e la più recente riforma sullo *status* unico di figlio del 2013 (art. 337 *sexies* c.c.; cfr. FREZZA, G.: «Il nuovo art. 337 *sexies* c.c.: appunti e spunti», *Archivio giuridico*, 2014, p. 163 ss.) per addivenire ad un definitivo ammodernamento della disciplina, resa ancor più puntuale dalle nuove modalità di separazione previste con la negoziazione assistita (D.lg. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162: *infra*, testo alla nota 65).

²⁹ In tal senso, TORRENTE, A. e SCHLENSINGER, P.: *Manuale di diritto privato*, 22^a ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 1243.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 22 marzo 2010, n. 6861, *Famiglia e diritto*, 2010, p. 776 ss., con nota di PATANIA, E.: «Il figlio maggiorenne anche se lavora in un'altra città non perde il diritto ad abitare nella casa assegnata alla madre né il diritto al mantenimento»; Cass., Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1198, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2006, I, p. 1164 ss., con nota di DI NARDO, M.: «Assegnazione della casa familiare al coniuge convivente con figli

possibilità di continuare a vivere – a prescindere dalle condizioni economiche del genitore presso il quale sono collocati e dall’eventuale sua responsabilità nella rottura del rapporto coniugale – nell’abitazione presso la quale hanno trascorso i loro anni di vita; scelta che mira ad evitare nei loro riguardi, oltre il disagio della separazione dei genitori, l’ulteriore trauma di un forzoso allontanamento da quello che, sino a qualche giorno prima, rappresentava il proprio ambiente familiare³¹.

Non sono mancate, ad ogni modo, pronunce differenti, adottate sulla scia di altri parametri che finiscono, talvolta, col rivestire una valenza superiore al beneficio che possa derivare ai figli dal permanere nella casa familiare³²: soluzioni alle quali si giunge attraverso un ragionevole bilanciamento dei contrapposti interessi e, comunque, volte alla preminente tutela della dignità della persona³³.

Sì che, lo stesso principio dell’«accordo intervenuto tra i genitori»³⁴, tanto

maggiorenni: condizioni e limiti del provvedimento”. La raggiunta autonomia economica fa sì che tali figli, divenuti adulti, possano effettuare le scelte di vita ritenute preferibili senza che più occorra intervenire a protezione degli stessi: così, Cass., 19 settembre 2006, n. 20256, Giustizia civile, 2007, I, p. 112.

³¹ Presupposto fondamentale dell’assegnazione è la salvaguardia della relazione tra «le esigenze della persona e la continuazione dell’uso del bene, secondo l’interesse prioritario alla stabilità di vita»: CUBEDDU, M.G.: “La separazione”, in AA.VV.: *Diritto della famiglia* (coord. per S. PATTI e M.G. CUBEDDU), Giuffrè, Milano, 2011, p. 562. Alle stesse esigenze risponde l’art. 540, comma 2, in ambito successorio: in particolare, esso mira ad evitare al coniuge superstite il turbamento connesso con l’eventualità di una forzosa alterazione dell’ambiente di vita: così GABRIELLI, G.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. per G. CIAN, G. OPPO e A. TRABUCCHI), V, Cedam, Padova, 1992, p. 56 ss.

³² Si pensi all’ipotesi in cui il coniuge sia gravemente infermo o portatore di handicap e alla necessità di tener conto della lettura della norma codicistica in combinato disposto con l’art. 6, comma 6, della l. 1 dicembre 1970, n. 898. Cfr. ZAULI, F.: “Assegnazione o meno della casa familiare al coniuge più debole”, *Famiglia, persone e successioni*, 2009, p. 115 ss. (nota a Cass., Sez. I, 18 febbraio 2008, n. 3934); GRASSO, G.: “L’assegnazione della casa familiare e la tutela del coniuge più debole: “corsi e ricorsi” in dottrina e giurisprudenza”, *Famiglia e diritto*, 2008, p. 701 ss.; RIMINI, C.: “La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative”, *ivi*, 2008, p. 412 ss.; PIRILLI, D.: “L’assegnazione della casa familiare: sussidio o strumento di tutela del coniuge “debole” e dei figli?”, *Diritto delle famiglie e delle persone*, 2005, p. 37 ss.

³³ Per un’attenta valutazione degli interessi in gioco v., *retro*, in questo volume, CARAPEZZA FIGLIA, G.: “Assegnazione della casa familiare. Funzioni e interessi in conflitto”; cfr., inoltre, GALLUZZO, F.: “L’assegnazione della casa familiare: un difficile bilanciamento di interessi”, *Corriere giuridico*, 2011, p. 1101 ss.

³⁴ DI GRAVIO, V.: “Gli accordi tra genitori in sede di separazione”, e BELLISARIO, E.: “Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali”, entrambi AA.VV.: *L’affidamento condiviso* (coord. per S. PATTI e L. ROSSI CARLEO), cit., rispettivamente, pp. 55 ss. e 69 ss.

valorizzato sin dal suo nascere (con la riforma del 2006)³⁵ per accogliere le ragioni di scelte private o, piú in generale, per sanare un conflitto in atto anche attraverso il ricorso alla mediazione, ben potrebbe soccombere rispetto alla «protezione quasi illimitata degli interessi della prole»³⁶ o alla comprovata ‘debolezza’ del coniuge³⁷.

La volontà pattizia si arresta, dunque, dinanzi a tali limiti³⁸.

In sintesi, nel riordino delle relazioni familiari, affettive e soprattutto economiche, i coniugi, nell’esercizio della loro autonomia, hanno facoltà di individuare i beni immobili da rendere oggetto di assegnazione; disporre l’attribuzione di suppellettili, elettrodomestici, arredi³⁹ e pertinenze relative; in taluni casi, possono decidere anche condizioni⁴⁰ e limiti di durata⁴¹. Tuttavia, in merito all’efficacia del patto cosí realizzato, sono ipotizzabili delle limitazioni basate ora sulla presenza o meno di figli (minorenni o

³⁵ L’intera riforma sull’affido condiviso intende offrire uno strumento per dialogare; l’accordo è espressione che compare molteplici volte nella normativa codicistica: «accordi intervenuti tra i genitori» (art. 337 *ter*, comma 2), decisioni «assunte di comune accordo» (art. 337 *ter*, comma 3), «Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti» (art. 337 *ter*, comma 4), «si prende atto di un accordo dei genitori» (art. 337 *sexies*, comma 1), «tentino una mediazione per raggiungere un accordo» (art. 337 *sexies*, comma 2).

³⁶ Sul punto, ampiamente, CUBEDDU, M.G.: “L’assegnazione”, cit., p. 189.

³⁷ RUSSO, R.: “Assegnazione della casa familiare a tutela del coniuge disabile”, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 1011 s. (nota a App. Venezia, Sez. III, 6 marzo 2013, n. 25). Con riguardo al coniuge gravemente infermo Cass., 24 agosto 1990, n. 8705, Nuova giurisprudenza civile commentata, 1991, I, p. 92 ss.

³⁸ Cfr., piú ampiamente, PALAZZO, M.: “Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive”, *Rivista di diritto civile*, II, 2015, p. 581, il quale pone in luce altri interessi di primaria importanza: «quelli dei figli, di un eventuale nuovo coniuge o convivente [...], dei figli nati dalla seconda unione»; su tale ultimo aspetto v. AL MUREDEN, E.: “Il “diritto a formare una seconda famiglia” tra doveri di solidarietà post-coniugale e principio di “autoresponsabilità””, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1043 ss.

³⁹ V., con riguardo ad una convenzione conclusa tra i coniugi in sede di separazione consensuale, ma non trasfusa nel verbale omologato, Cass., Sez. I, 8 novembre 2011, n. 23801, *Foro italiano*, 2007, I, c. 1189: accordo con il quale i coniugi stabilivano che parte dei beni costituenti l’arredo della casa coniugale venivano concessi in comodato gratuito alla moglie, assegnataria della casa, fino a quando il marito non avesse deciso di ritirarli. Cfr., piú ampiamente, IRTI, C.: “Casa familiare”, cit., p. 55, e GIUSTI, G.: “Casa coniugale”, cit., p. 158.

⁴⁰ Come, ad es., là dove sia stabilito – con accordo intervenuto tra i coniugi in sede di separazione – che la moglie sia autorizzata a continuare a occupare la casa familiare fintanto che fosse stata convivente con uno dei figli anche maggiorenni, e ciò a prescindere dall’autosufficienza di essi: v., al riguardo, ARCERI, A.: “Gli accordi sul godimento della casa coniugale al vaglio della Cassazione”, *Famiglia e diritto*, 2012, p. 773 ss. (nota a Cass., Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 387).

⁴¹ CONTIERO, G.: *Assegnazione della casa coniugale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 79 ss.

maggiores; maggiori autonomamente indipendenti; maggiori inabili) ora sulla salvaguardia di superiori interessi della persona.

Prima di verificare come tali aspetti possano giocare un ruolo di rilievo nella negoziazione dei coniugi occorre distinguere l'accordo sottoscritto prima delle nozze (c.d. prematrimoniale) dalla convenzione con la quale si dispone l'assegnazione pattizia della casa familiare conseguente al momento estintivo del legame matrimoniale (soluzione alla quale sarà dedicata la più ampia attenzione in tale studio).

IV. GLI ACCORDI PREMATRIMONIALI.

Il tema dei *prenuptial agreements* ha ricevuto ampia attenzione sin dagli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso⁴², rappresentando uno dei più significativi ambiti di emersione di questa “contrattualizzazione” delle relazioni “amoroze” volte a regolare le conseguenze patrimoniali susseguenti al possibile (e meticolosamente calcolato) prevalere di *Thanatos* su *Eros*⁴³.

Prima di convolare a nozze, infatti, i nubendi possono sottoscrivere – nei limiti dettati dalla legge⁴⁴ – degli accordi c.dd. prematrimoniali in vista della separazione o del divorzio. Finalità principale di questi patti è quella di «stemperare le assai probabili conseguenze negative susseguenti allo scioglimento di una unione che», l'incedere del tempo, ha reso «inadeguata a

⁴² Cfr., di recente, FUSARO, A.: “*Marital contracts, Ehevertraege*, convenzioni e accordi prematrimoniali, Linee di una ricerca comparatistica”, Nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, II, p. 451 ss.; OBERTO, G.: “«Prenuptial agreement in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale”, Rivista di diritto civile, 1999, II, p. 171 ss.

⁴³ V., più ampiamente, GAZZONI, F.: *Amore e Diritto ovvero i diritti dell'amore*, Esi, Napoli, 1994, p. 3; più di recente PALAZZO, A.: *Eros e Jus*, ed. Mimesis, Milano, 2015.

⁴⁴ Cfr. art. 160 c.c. che sancisce l'inderogabilità degli *status* e dei doveri coniugali. Al riguardo: RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 231 s. e 247; BUGETTI, M.N.: *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 4 ss.; GABRIELLI, G.: “Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza”, Rivista di diritto civile, 1996, I, p. 695 ss.; cfr., inoltre, DONISI, C.: “Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia”, Rassegna di diritto civile, 1997, p. 494 ss.; RUSSO, T.V.: *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e «crisi» della famiglia*, Esi, Napoli, 2001, p. 31 ss., e ID.: “Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia”, Rassegna di diritto civile, 2014, p. 459 ss. Va ricordato, poi, che le prestazioni dedotte in accordo sarebbero contraddistinte dalla futurità, pertanto non devono contrastare con norme imperative (es. art. 771 c.c.).

soddisfare le esigenze dei coniugi»⁴⁵. In tali patti, infatti, i promessi sposi sono liberi di “quantificare” in anticipo gli effetti della crisi della loro unione futura, salvaguardando in tal modo i propri patrimoni.

Sulla scia dell’ampia diffusione ricevuta dagli stessi negli ordinamenti di *common law*⁴⁶ (e le evidenti aperture in taluni Stati di *civil law*)⁴⁷, si è molto discusso in Italia sulla validità di tali negoziazioni destinate a regolare un futuro ed eventuale scioglimento del vincolo, sia perché potrebbero “mascherare” un accordo sugli *status*⁴⁸, sia in quanto contrari al principio di ordine pubblico⁴⁹. Tuttavia, si tratta di un orientamento criticato in dottrina⁵⁰, che la stessa giurisprudenza di merito⁵¹ (e di recente anche di legittimità)⁵²

⁴⁵ TARDIA, I.: “Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole”, *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 261.

⁴⁶ MARELLA, M.R.: “Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno”, in AA.VV.: *Separazione e divorzio* (dir. por G. FERRANDO), in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* (dir. por W. BIGIAMI), Utet, Torino, 2003, p. 153 ss.

⁴⁷ V., in particolare, l’innovativa decisione del Bundesverfassungsgericht, 6 febbraio 2001, FamRZ, 2001, p. 343 ss. (trad. it. in *Famiglia*, 2002, II, p. 203 ss, con nota di GEURTS, P.: “Accordi coniugali in vista del divorzio e tutela del partner debole”); per considerazioni, al riguardo, BARGELLI, E.: “Limiti dell’autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)”, *Rivista di diritto civile*, 2003, II, p. 57 ss.; aspetto riprosto da ALPA, G. e BARGELLI, E.: “XI. Premessa: i rimedi alla crisi familiare”, in AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. por P. ZATTI), VII, *Aggiornamenti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 185 s.

⁴⁸ TAGLIASACCHI, E.: “Accordi in vista della crisi coniugale: *from status to contract?*”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, I, p. 94 ss.; LAS CASAS, A.: “Accordi prematrimoniali, *status* dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica”, *I Contratti*, 2013, p. 913 ss.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 25 gennaio 2012, n. 1084, *dirittoegiustizia.it*, 2012.

⁵⁰ RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, cit., p. 235; BUGETTI, M.N.: *La risoluzione*, cit., p. 38 ss.

⁵¹ Trib. Torino, ord., 20 aprile 2012, *Famiglia e diritto*, 2012, p. 803 ss., con nota di OBERTO, G.: “Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino”.

⁵² Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 357 ss., con note di: FILAURO, C.: “Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell’interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità”, e GALISAI, L.: “Conclusioni comuni e autonomia privata nel procedimento ordinario di divorzio”, *Corriere giuridico*, 2015, p. 780 ss.; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, *Massimario della Giustizia civile*, 2013, rv. 627597; Cass., Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, *Rassegna di diritto civile*, 2015, p. 256 ss., con note di: TARDIA, I.: “Gli «accordi prematrimoniali»”, cit., p. 258 ss.; OBERTO, G.: “Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il *Distinguishing* finisce nella *Haarspaltemaschine*”, *Famiglia e diritto*, 2013, p. 321 ss.; SANGERMANO, F.: “Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l’insopprimibile forza regolatrice dell’autonomia privata anche nel diritto di famiglia”, *Corriere giuridico*, 2013, p. 1563 ss.; SMANIOTTO, E.: “Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all’ordine pubblico e al buon costume”, *I contratti*, 2013, p. 223 ss.; GRAZZINI, B.:

inizia a mettere in discussione⁵³. Sarebbero difatti ammessi e ritenuti validi tali accordi purché non abbiano ad oggetto diritti indisponibili e non si sia in presenza di un coniuge economicamente debole. Trova, ad esempio, pieno favore quel patto mediante il quale due fidanzati decidono che, in caso di scioglimento del futuro vincolo, un immobile costituente bene personale del promesso sposo sia trasferito al futuro coniuge quale indennizzo per le spese da quest'ultimo sostenute nell'interesse della nascente famiglia: nella specie, per compensare i costi delle migliorie apportate ad altro immobile, del quale non è proprietario, da adibirsi a casa coniugale. Un impegno qualificato dalla recente giurisprudenza quale *datio in solutum*⁵⁴, sigillato in un contratto 'atipico' espressione dell'autonomia negoziale dei nubendi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

È in tal modo assicurato il rispetto dei principi fondamentali di «libertà, dignità e responsabilità»⁵⁵ letti e interpretati alla luce della solidarietà familiare che delimita i contenuti di tali accordi e ne ammette la configurabilità soltanto nell'ipotesi che circostanze sopravvenute non abbiano reso sproporzionate e immeritevoli di tutela le prestazioni originariamente pattuite. È questa la soluzione interpretativa meglio rispondente all'odierno assetto normativo⁵⁶, nell'attesa che – anche in tale ambito – possa compiersi (a breve) un ulteriore passo avanti con un immediato ed esplicito intervento legislativo⁵⁷.

V. I PATTI SULLA CASA FAMILIARE.

“Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra “causa genetica” ed “evento condizionale” del contratto”, Nuove leggi civili commentate, 2013, I, p. 445 ss.

⁵³ La questione, sorta agli inizi degli anni Ottanta (Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, Giurisprudenza italiana, 1981, I, 1, c. 1553 ss., con nota di TRABUCCHI, A.: “Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati”, Foro italiano, 1982, I, c. 184 ss.) veniva risolta nel senso della nullità di tali accordi per illiceità della causa.

⁵⁴ Cass., Sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, cit., p. 256 ss.: decisione che ha ritenuto valida e rispettosa del principio di proporzionalità la convenzione stipulata da due futuri coniugi ove si prevedeva che in caso di fallimento dell'unione la donna avrebbe trasferito all'uomo un immobile di sua proprietà a fronte delle spese sostenute dal promesso sposo per apportare migliorie a un altro immobile, di proprietà della futura moglie.

⁵⁵ TARDIA, I.: “Gli «accordi prematrimoniali»”, cit., pp. 261 e 274, il quale invita a riconsiderare l'accordo non più nel momento della conclusione, ma nella fase in cui la pattuizione stessa verrà a produrre i suoi effetti.

⁵⁶ Riconosce RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, cit., pp. 236 e 242, che le recenti modifiche normative (*infra*, testo alla nota 65) «non affermano la validità di tutti i patti in vista del divorzio e in particolare degli accordi con cui le parti determinano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio; tuttavia, sanciscono con ogni evidenza il trionfo dell'autonomia negoziale» in ambito familiare.

⁵⁷ Dopo l'approvazione della riforma sul c.d. “divorzio breve”, il 24 aprile 2015 è stato presentato il d.d.l. n. 2669, sugli accordi prenozze (d'iniziativa dei deputati L. d'Alessandro e A. Morani) il quale punta ad introdurre nel codice la regolazione prematrimoniale, consentendo anche in Italia la possibilità di stipulare un accordo prima del matrimonio.

La casa familiare – e il conseguente diritto di godimento – diviene oggetto di una concreta scelta pattizia tra i coniugi. Nell'accordo essi dovranno tener conto dell'eventuale diritto reale o personale⁵⁸ vantato, ossia se il coniuge sia titolare o contitolare⁵⁹ del diritto di proprietà, di superficie o di usufrutto dell'immobile ovvero goda, in virtù di un contratto di locazione⁶⁰ o di comodato⁶¹ o perché assegnatario dell'alloggio di edilizia economico-popolare⁶², o ancora, per ragioni di servizio, di tale struttura costituente, sino a quel momento, il centro di aggregazione della famiglia.

L'assegnazione della casa è, il più delle volte, oggetto di accordo tra i coniugi redatto al momento della domanda di separazione consensuale. Affinché l'accordo sulle condizioni della separazione produca effetti, non risulta sufficiente il solo consenso dei coniugi, giacché occorre anche l'omologazione⁶³ da parte del Tribunale: provvedimento che non riveste la qualifica di una pura formalità, dovendo il presidente del Tribunale oltre che esperire in tale sede un tentativo di conciliazione, soprattutto verificare –

⁵⁸ ZATTI, P.: "I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi", e SANTOSUOSSO, F.: "Il divorzio", entrambi in AA.VV., *Trattato di diritto privato* (dir. per R. RESCIGNO), 3, Tomo II, Torino, 1996, rispettivamente pp. 262 s. e 336 ss.; cfr. inoltre, SESTA, M.: "Comunione di vita e "diritti" sulla casa familiare", *Famiglia e diritto*, 2013, p. 512 ss.

⁵⁹ Per un puntuale e attento studio di tale ipotesi v., *infra*, in questo stesso volume, ANGELONE, M.: "Comunione tra coniugi e riflessi dell'assegnazione della casa familiare".

⁶⁰ Cfr. SCRIPPELLITI, N.: "Successione nel rapporto di locazione della casa familiare *ex art. 6, l. 392/1978* e accordo tra i coniugi", *Corriere del merito*, 2011, p. 31 ss. (nota a Trib. Salerno, ord., 4 ottobre 2010), ove è sollevata, con riguardo alla cessazione dell'unità familiare, la questione della sorte del rapporto di locazione, nonché dei vincoli di fatto o di diritto tra i coniugi (sul tema v. anche CAREDDA, V.: "Casa familiare e godimento: spunti in tema di situazioni di fatto", *Famiglia persone e successioni*, 2009, p. 487 ss.); TOMASI, S.: "Successione nella locazione e separazione consensuale", *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 349 ss. (nota a Cass., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1952).

⁶¹ MACARIO, F. (coord. por): "Osservatorio di legittimità, Comodato", *Contratti*, 2015, p. 1149 s.; COLUCCI, D.: "Comodato di casa familiare: le SS.UU. confermano il criticabile orientamento precedente", *Immobili & proprietà*, 2015, p. 13 ss.; RUSSO, R.: "Le Sezioni unite si pronunciano nuovamente sul comodato di immobile destinato ad abitazione della famiglia", *Famiglia e diritto*, 2015, p. 10 ss.; QUADRI, E.: "Il nuovo intervento delle Sezioni Unite in tema di comodato e assegnazione della "casa familiare"", *Corriere giuridico*, 2015, p. 19 ss. V., più ampiamente, *infra*, in questo volume, VERGADAMO, P.: "Assegnazione dell'abitazione goduta a titolo di comodato tra solidarietà familiare e tutela della proprietà".

⁶² ANCESCHI, A.: "Assegnazione della casa", cit., p. 78 s.; OBERTO, G.: "L'assegnazione consensuale della casa familiare nella crisi coniugale (I)", *Famiglia e diritto*, 1998, p. 476 s.

⁶³ L'omologazione va intesa come semplice condizione necessaria di efficacia dell'accordo, già perfezionatosi al momento della sottoscrizione del verbale, e non ha efficacia costitutiva come si riteneva un tempo, sulla scia della concezione pubblicistica: v., al riguardo, FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, 2^a ed., Zanichelli, Bologna, 2015, p. 175.

senza possibilità di provvedere d'ufficio alla modifica o integrazione⁶⁴ dell'accordo – che siano adeguatamente tutelati gli interessi dei figli.

La recente disciplina sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie (entrata in vigore con l. del 10 novembre 2014, n. 162)⁶⁵ ha giocato un ruolo importante nel tema qui oggetto di trattazione. Apprezzabile, al riguardo, l'intento deflattivo perseguito dal legislatore⁶⁶, seppur non esente da ampie critiche⁶⁷ che hanno riguardato, in origine, i noti profili di incostituzionalità⁶⁸ della versione originaria del testo, foriera di una varietà di impugnative, e sollevato, di poi, perplessità e dubbi inerenti a talune complicazioni procedurali introdotte (delle quali si avrà modo di dar conto qui di séguito)⁶⁹. Tale riforma, tuttavia, ha il pregio di attenuare il controllo pubblico⁷⁰ nel momento della dissoluzione della coppia, riconoscendo maggior peso all'accordo dei coniugi o, meglio, alla loro autonomia nella risoluzione della crisi, a conferma di come i valori dell'unità familiare siano oggi quasi interamente affidati al senso di responsabilità dei suoi membri⁷¹. Sí che, in questa «dialettica libertà-responsabilità», l'«ordinamento arretra il potere di determinare la sorte della disputa a favore delle scelte private di soluzione»⁷²

⁶⁴ Qualora l'accordo risulti lacunoso o non realizzi gli interessi tutelati dalla legge o viola diritti inviolabili, non è ammesso un intervento del giudice volto a completarlo o modificarlo: una scelta in tal senso costituisce, infatti, «espressione dell'autonomia privata alla quale l'ordinamento riserva un ampio spazio operativo»: così, AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 208. L'omologazione svolge, dunque, soltanto una funzione di controllo giustificato dall'esigenza di certezza degli *status* e di tutela del preminente interesse dei figli.

⁶⁵ Legge di conversione, con modificazioni, del D.lg., 12 settembre 2014, n. 132. V., piú dettagliatamente ROSSI, R.: *Divorzio breve e negoziazione assistita: tutte le novità*, Il civilista, Giuffrè, Milano, 2015, p. 7 ss.

⁶⁶ In tal senso, PERLINGIERI, P.: «Sui modelli alternativi di risoluzione delle controversie», *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2014, núm. 2, p. 95; v., inoltre, SANTANGELI, F.: *La nuova riforma del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 3 ss.; BUFFONE, G.: *Processo civile: tutte le novità*, Il civilista, Giuffrè, Milano, 2015.

⁶⁷ CONSOLO, C.: «Un d.l. in bianco e nerofumo sull'equivoco della “degiurisdizionalizzazione”», *Corriere giuridico*, 2014, p. 1173 ss.

⁶⁸ Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, p. 4282 ss.; cfr., piú ampiamente, «Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della “degiurisdizionalizzazione” (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014)», a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense, *Contratto e impresa*, 2015, p. 231 s.

⁶⁹ *Infra*, nel testo, paragrafi VI e VII.

⁷⁰ Discorre, al riguardo, di «un passo ulteriore sulla via della “privatizzazione” del matrimonio e dei rapporti familiari», FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 173.

⁷¹ In tal senso, TOMMASEO, F.: «La separazione e il divorzio: profili processuali e “degiurisdizionalizzazione” alla luce delle recenti riforme», *Corriere giuridico*, 2015, p. 1142.

⁷² Così, PALAZZO, M.: «Il diritto della crisi coniugale», cit., rispettivamente pp. 581 e 577; v., inoltre, LUCCHINI GUASTALLA, E.: «Autonomia privata e diritto di famiglia», in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 77 ss.; CECCHERINI, G. e

le quali, non essendo più imposte in via eteronoma da una decisione del giudice ma negoziate e accettate dalle parti, migliorano la qualità del regolamento del rapporto post-matrimoniale, oltre a offrire un risparmio di tempi e di costi per i coniugi.

Regole particolari sono state dettate da tali misure urgenti di degiurisdizionalizzazione⁷³ in merito alle soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione e divorzio, senza dover necessariamente ottenere un provvedimento giurisdizionale⁷⁴. Si ha riguardo, più dettagliatamente, agli accordi conclusi dinanzi al Sindaco (*infra*, par. VI) ed alla negoziazione assistita (*infra*, par. VII).

VI. GLI ACCORDI CONCLUSI DINANZI AL SINDACO.

Una delle “procedure semplificate” di separazione, divorzio o modifica degli stessi, prevista dalla l. 162/2014 è costituita dagli accordi conclusi dinanzi al Sindaco⁷⁵ nella veste di Ufficiale di stato civile⁷⁶ (art. 12, d.lg. 132/14): quest’ultimo – di là dalla chiarezza nella formulazione del testo legislativo⁷⁷ –

GREMIGNI FRANCINI, L.: *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Cedam, Padova, 2013, spec. p. 345 ss.

⁷³ Cfr., più ampiamente, FREZZA, G.: “«Desgiurisdizionalizzazione», negoziazione assistita e trascrizione”, *Nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 18 ss., il quale – critico nell’individuazione «dei reali benefici che tali misure “deflattive” avranno sui processi», sorvolando sui profili di costituzionalità ingenerati dalla disciplina – illustra il contenuto di quel che appare un «neologismo impronunciabile». V., inoltre, DANOVI, F.: “I nuovi modelli di separazione e divorzio: un’intricata pluralità di protagonisti”, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 1143 ss.

⁷⁴ Nulla esclude che le parti possano ricorrere alla soluzione negoziata anche in pendenza di giudizio al fine di accelerare i tempi: in tal caso «una volta formalizzato l’accordo con le forme degiurisdizionalizzate, il procedimento pendente sarà [...] chiuso con una declaratoria di cessazione della materia del contendere»: così, LUPOI, M.A.: “Separazione e divorzio”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 284 s.

⁷⁵ Ai sensi dell’art. 12, trattasi del Sindaco del Comune di residenza di uno dei coniugi o del Comune in cui è stato iscritto o trascritto l’atto di matrimonio.

⁷⁶ BUGETTI, M.N.: “Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco”, *Corriere giuridico*, 2015, p. 523 ss.; CASABURI, G.: “Separazione e divorzio innanzi al Sindaco: ricadute sostanziali e processuali”, *Foro italiano*, 2015, V, c. 44 ss.

⁷⁷ Si ricorda che impossibile è la prospettazione di un’interpretazione meramente letterale sul presupposto di un’assiomatica chiarezza del testo legislativo: la qualifica di «chiara», riservata ad una parola o ad una proposizione linguistica, è soltanto «relativa» e non ha portata obiettiva assoluta: letteralmente PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., pp. 576 e 583 s. (si chiede ironicamente come sia possibile misurare la «chiarezza» AINIS, M.: *La legge oscura, Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari, 1997, p. 167 ss.); dello stesso avviso già

è da considerarsi a tutti gli effetti parte attiva del procedimento, sí che la sua presenza costituisce una *conditio juris* di efficacia ineludibile⁷⁸.

Per tale *iter* è richiesta la semplice presenza dei coniugi senza alcuna intermediazione o apporto da parte di soggetti terzi⁷⁹. Questa “autogestione”⁸⁰, ad ogni modo, presenta due limitazioni: da un lato, la modalità in esame è preclusa in presenza di figli minori o maggiorenni portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti⁸¹; dall’altro lato – per quel che qui interessa – tali patti non possono avere ad oggetto trasferimenti patrimoniali⁸² (nella specie: assegnazione dell’abitazione

COVIELLO, N.: *Manuale di diritto civile italiano, Parte generale*, 3^a ed. riveduta da L. Coviello, Milano, 1924, (rist. Esi, Napoli, 1992), p. 63; BETTI, E.: *Interpretazione della legge, e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 1971, p. 285 s.

⁷⁸ Dubbi erano sorti al riguardo: da un lato, c’è chi sosteneva (sulla base della formulazione secondo la quale l’Ufficiale di stato civile «riceve» la dichiarazione di volontà dei coniugi «secondo condizioni tra essi concordate») che la figura del Sindaco non sia da considerare parte del procedimento; dall’altra, chi riteneva che l’idea di accordo non abbia alcun valore sino a quando non vi sia stata l’effettiva partecipazione dell’Ufficiale di stato civile (discorrendo la disposizione di un accordo che deve essere «concluso» innanzi al Sindaco). Per ulteriori approfondimenti v. DANOVI, F.: “Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio”, *Famiglia e diritto*, 2014, p. 953.

⁷⁹ L’assistenza degli avvocati è soltanto facoltativa (*ex art. 12*).

⁸⁰ TOMMASEO, F.: “La separazione e il divorzio”, *cit.*, p. 1150.

⁸¹ La limitazione sembra riferirsi all’esistenza di figli “comuni” della coppia: è questa l’interpretazione resa anche dalla circolare n. 6/2015 del Ministero dell’interno, sebbene lo stesso Ministero aveva precedentemente incluso in tale ipotesi – forzando il testo della disposizione legislativa – l’esistenza di figli “anche di una sola parte”.

⁸² Da una interpretazione restrittiva della disposizione si evincerebbe che sia impedita, attraverso questa modalità, la previsione anche di qualsiasi assegno di mantenimento o divorzile, relegando di fatto tale procedimento soltanto ai casi di separazione o divorzio tra coniugi autosufficienti (o, comunque, che si dichiarano tali), ovvero inerenti «esclusivamente lo *status*» (con riguardo a tale ultimo rilievo cfr. FERRANDO, G.: *Diritto di famiglia*, *cit.*, p. 173, per la quale tale esegesi della norma appare «poco convincente»). Riconosce che il ricorso a tale forma di pattuizione dinanzi all’Ufficiale di stato civile sia riservata «alle ipotesi in cui la decisione sull’*an* sia prevalente rispetto a quella del *quomodo*», applicandosi alle coppie che intendano allentare il vincolo o a breve distanza dalla celebrazione del matrimonio o in condizioni di sostanziale parità economica, BUGETTI, M.N.: “Separazione e divorzio”, *cit.*, p. 525. Interessante notare, al riguardo, come il Ministero degli interni sia intervenuto, con tre differenti e contraddittorie circolari, per dare istruzioni in merito. Inizialmente (con le circolari del 1 ottobre 2014, n. 16 e del 28 novembre 2014, n. 19) veniva precisato che il divieto riguardava “l’uso della casa coniugale, l’assegno di mantenimento e qualunque altra utilità economica”; successivamente (circolare del 24 aprile 2015, n. 6) è stato invece puntualizzato che il divieto riguarda soltanto negozi “produttivi di effetti traslativi di diritti reali” e non anche quelli che sono titolo di rapporti obbligatori. Cfr. SESTA, M.: “Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia”, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 268; CHIARLONI, S.: “Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 225.

coniugale o anche corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione, c.d. *una tantum*, mediante trasferimento della casa⁸³). Sulla scia di tali precisazioni è bene, dunque, passare ad attribuire maggior interesse ad altri differenti accordi menzionati tra le novelle misure di degiurisdizionalizzazione, nei riguardi dei quali non opera tale divieto.

VII. LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA E LE ATTRIBUZIONI DELLA CASA FAMILIARE...

È poi concessa la possibilità di ricorrere alla negoziazione assistita⁸⁴ (art. 6, d.lg. 132/14), ossia a una convenzione conclusa tra i coniugi – assistiti da avvocati⁸⁵ – con la quale essi convengono per iscritto⁸⁶ di cooperare in buona

⁸³ Al riguardo, LUPOI, M.A.: “Separazione e divorzio”, cit., p. 286, sostiene che la liquidazione dell'assegno divorzile in un'unica soluzione non può essere attuata in sede stragiudiziale, poiché vi osta quanto stabilito dall'art. 5, comma 8, della l. 1 dicembre 1970, n. 898, che richiede una valutazione da parte del tribunale sulla congruità della corresponsione. *Contra*, SESTA, M.: “Negoziazione assistita”, cit., p. 305, secondo il quale tale soluzione potrebbe essere praticata, ferma restando la possibilità di impugnare tale patto facendone valere l'iniquità genetica oggetto degli accordi raggiunti in sede di negoziazione.

⁸⁴ FARINA, P.: “La negoziazione assistita dagli avvocati”, Rivista di diritto processuale, 2015, p. 514 ss.; CARRATTA, A.: “Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale”, Giurisprudenza italiana, 2015, p. 1287 ss.; POLISENO, B.: “La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio”, Foro italiano, 2015, V, c. 34 ss.

⁸⁵ Verrebbe in tal modo ad essere garantita «la massima tutela in sede negoziale della posizione dei coniugi»: così, BUGETTI, M.N.: “Separazione e divorzio”, cit., p. 517. È stato precisato – in deroga alla generale previsione di cui all'art. 2, comma 5, l. n. 162/14 – che i coniugi devono essere assistiti da almeno un avvocato (art. 6, l. n. 162/14) o, meglio, che deve trattarsi di legali non appartenenti al medesimo studio professionale (circolare del Ministero dell'Interno, 24 aprile 2015, n. 6). Sottolineano, al riguardo, l'esistenza di un modello simile a quello americano dei *collaborative law*, D'ALESSANDRO, E.: “La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio”, Giurisprudenza italiana, 2015, p. 1280, nota 14, e DALFINO, D.: “La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati tra collaborative law e procedure partecipative”, Foro italiano, 2015, V, c. 28 ss.; richiama il modello francese della *Procédure participative assistée par avocat* CARRATTA, A.: “Le nuove procedure”, cit., p. 1289. Agli avvocati è affidato un ruolo di «assistenza alle parti nella negoziazione e, ancor prima, di assistenza nella stipulazione della convenzione»: il loro ruolo è «attivo e dialogico», dovendo fornire il proprio contributo di conoscenze tecniche e di esperienza professionale, utili alla realizzazione della convenzione, nonché certificare «l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità» (art. 2, comma 6). Ciò non significa che gli avvocati divengono a loro volta parte della convenzione: sono soltanto i coniugi «ad assumere l'impegno di cooperare»: così, DELLE MONACHE, S.: “Profili civilistici della “negoziazione assistita””, Giustizia civile, 2015, p. 118; DOSI, G.: *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 3 ss.

fede e con lealtà⁸⁷ e decidere, in via amichevole, della condizioni (patrimoniali e non) susseguenti la dissoluzione della comunità familiare⁸⁸. Trattasi quindi di un modo per cercare assieme una “soluzione consensuale”: scelta che si differenzia dalla procedura di mediazione⁸⁹ per il ruolo fondamentale riconosciuto agli avvocati⁹⁰.

Per quel che concerne l’assegnazione della casa, la previsione pattizia, formulata dai coniugi assistiti dai relativi legali, di destinare ad abitazione familiare un immobile diverso da quello in cui si è svolta la vita della famiglia prima della crisi coniugale può ricevere un diverso *iter* a seconda che vi sia o meno la presenza di figli (minorenni ovvero maggiorenni incapaci, o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti): differenziazione che si giustifica per l’evidente scopo di offrire loro una tutela effettiva.

1. ...in presenza di figli.

Nel primo caso, l’accordo viene trasmesso entro dieci giorni al Procuratore della Repubblica⁹¹ presso il Tribunale competente. Egli dovrà controllare la

⁸⁶ Alla convenzione possono ritenersi applicabili, in quanto compatibili, le previsioni generali sancite all’art. 2 del medesimo D.lg., con riguardo alla forma scritta a pena di nullità.

⁸⁷ Della buona fede che opera come fonte di integrazione del rapporto discorre ROPPO, V.: *Il contratto*, in AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (coord. per G. IUDICA e P. ZATTI), Giuffrè, Milano, 2001, p. 493 ss.; buona fede che potrebbe dar vita a una serie di obblighi definiti di protezione secondo BENATTI, F.: “Doveri di protezione”, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, VII, Utet, Torino, 1991, p. 222.

⁸⁸ Sottolinea la necessità per le parti di «tenere un comportamento corretto nel contesto del dialogo che esse allacciano per addivenire ad una soluzione amichevole della controversia in corso», DELLE MONACHE, S.: “Profili civilistici”, cit., p. 110.

⁸⁹ D’ADAMO, D.: “La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie”, *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 377 ss.; MAZZUCA, M.: “Note sulla mediazione familiare, tra autonomia negoziale e controllo giudiziale”, *Rassegna di diritto civile*, 2013, p. 711 ss.; BALLARANI, G.: “La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo”, *Giustizia civile*, 2012, p. 495 ss.; DOSI, G.: “La mediazione nelle cause di diritto di famiglia”, *Famiglia e diritto*, 2011, p. 221 ss.; CILIBERTO, C.: “Cessazione degli effetti civili del matrimonio: conflittualità e mediazione familiare”, *ivi*, 2009, p. 293 ss.; SPADARO, G.: “La mediazione familiare nel rito della separazione e del divorzio”, *ivi*, 2008, p. 209 ss.

⁹⁰ Gli avvocati hanno un duplice ruolo: essi dovranno, da un lato, tentare di conciliare le parti e, dall’altro, esplicitare il dovere deontologico di informare le stesse sia della possibilità di esperire la mediazione familiare, sia dell’importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con entrambi i genitori. Di tali adempimenti si deve dare atto nella stessa convenzione.

⁹¹ Il necessario coinvolgimento del P.M. – sollecitato nel parere dal C.S.M. (9 ottobre 2014) – è stato introdotto con la legge di conversione del D.lg. n. 132/2014.

rispondenza dei patti con gli interessi dei figli. Al riguardo, si precisa che la destinazione ad abitazione familiare di un immobile diverso da quello ove la famiglia abbia sinora vissuto potrebbe anche essere accolta là dove una tale soluzione non soltanto non appaia contraria all'interesse della prole, ma effettivamente meglio realizzi quel «prioritario» loro interesse⁹². Si pensi, ancora, all'attuazione concordata della possibile frazionabilità di un'unica unità immobiliare: scelta che ben potrebbe ritenersi consentita⁹³ là dove la vastità dei locali lo consentano e risulti tecnicamente possibile. Il questo modo, con necessari accorgimenti e qualche lavoro di adattamento, il diritto di abitazione sarebbe attribuito su una parte dell'immobile e tale soluzione consentirebbe di soddisfare sia l'interesse dei figli, che possono continuare a godere, in una prospettiva di stabilità, di un ambiente di vita confacente ai propri bisogni in un momento di precario equilibrio familiare, sia le esigenze personali dei genitori. Lo stesso accordo potrebbe avere ad oggetto la scelta di attuare una c.d. convivenza alternata: ipotesi di più difficile (ma non impossibile) praticabilità⁹⁴.

Non va dimenticato, poi, che l'assegnazione della casa giocherà – con molta probabilità anche nelle scelte pattizie – un ruolo importante nella regolamentazione dei rapporti economici tra i genitori⁹⁵, sia in caso di comproprietà della casa familiare, sia qualora sussista un diritto di usufrutto, anche congiuntivo, o un diritto di proprietà superficiaria sulla stessa (ipotesi che potrebbe non valere, come accade già in caso di separazione giudiziale, qualora l'immobile sia goduto a titolo di comodato per via della natura gratuita del titolo stesso)⁹⁶.

⁹² IRTI, C.: “La casa familiare come *habitat*”, cit., p. 658; nello stesso senso FREZZA, G.: *Mantenimento diretto e affido condiviso*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁹³ Soluzione accolta anche dalla giurisprudenza, la quale ha riconosciuto tale potere al giudice quando sia possibile attribuire ad ognuno dei coniugi dei locali della casa familiare che abbiano un'ampiezza sufficiente per soddisfare le esigenze di vita proprie e dei figli, ed inoltre abbiano caratteristiche funzionali e strutturali tali da consentire il distacco come autonoma unità abitativa, con modesti accorgimenti o piccoli lavori, senza opere edili di trasformazione: Cass., 17 dicembre 2009, n. 26586, *Giustizia civile*, 2010, I, p. 2179, con nota di MARINI, R.: “Assegnazione parziale della casa familiare e potere del giudice”; Cass., Sez. I, 11 dicembre 1990, n. 11787, *Giustizia civile*, 1990, p. 12. Cfr., inoltre, SCARANO, L.A.: “La casa familiare”, *Famiglia*, 2001, p. 147; Trib. Napoli, 21 novembre 2006, *Foro italiano*, 2007, I, c. 237.

⁹⁴ Non mancano nella prassi casi di «convivenza alternata»: genitori con prole che, una settimana per ciascuno, si avvicendano nella casa di loro comune proprietà: v. Trib. min. Trieste, 28 febbraio 2012, con commento di IRTI, C.: “Dopo la fine della convivenza: case divise e condivise”, *Famiglia, persone e successioni*, 2012, p. 424 s.

⁹⁵ MANTOVANI, M.: “Casa familiare (assegnazione della)”, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Aggiornamento, Istituto della enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2008, p. 5 ss.

⁹⁶ FREZZA, G.: *Mantenimento diretto*, cit., p. 152.

Il compito di verificare se tale pattuizione sia o meno contrastante con l'interesse dei figli spetta al Procuratore, il quale potrà non evidenziare alcuna irregolarità e, pertanto, concedere l'«autorizzazione» per i successivi adempimenti richiesti ai fini del conseguimento dell'efficacia dell'accordo. L'avvocato della parte sarà così obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni⁹⁷, all'«ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio fu trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni» relative all'autografia delle sottoscrizioni e alla conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico⁹⁸.

Viceversa, qualora il controllo non avesse esito positivo (e dunque venisse negata l'autorizzazione), nei successivi cinque giorni gli atti saranno trasmessi al Presidente del Tribunale per la fissazione dell'udienza di comparizione dei coniugi⁹⁹. Non sono mancati, ad esempio, – già prima dell'entrata in vigore della disciplina su tali accordi assistiti – ipotesi nelle quali è stato espressamente negato ad un genitore “collocatario” dei figli minori, la possibilità di rinunciare all'assegnazione della casa familiare, essendo tale rinuncia non conforme all'interesse della prole; rinuncia che non può trovare la sua giustificazione nel timore del genitore di perdere¹⁰⁰ successivamente tale diritto per via di una futura convivenza *more uxorio* o un nuovo matrimonio (*ex art. 337 sexies*, comma 1, ultima parte, c.c.), stante quanto precisato dalla stessa Consulta¹⁰¹ che, nel pieno rispetto della libertà di

⁹⁷ Trattasi di termine “ordinatorio”, non essendo stato espressamente definito come “perentorio” dalla legge: D'ALESSANDRO, E.: “La negoziazione assistita”, cit., p. 1282.

⁹⁸ La violazione di tale obbligo è assistita da una sanzione amministrativa pecuniaria fino a diecimila euro irrogata dal Comune competente per il registro.

⁹⁹ La comparizione delle parti deve avvenire «entro i successivi trenta giorni» per valutare la situazione e «provvedere senza ritardo»: formula che è apparsa «evasiva» (così, TOMMASEO, F.: “La separazione e il divorzio”, cit., p. 1147), giacché la legge copre con un velo di incertezza i poteri che possono essere esercitati nell'udienza fissata dal Presidente. Cfr. TOMMASEO, F.: “Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali”, *Famiglia e diritto*, 2015, p. 392 ss. (nota a Trib. Torino, ord., Sez. VII, 15 gennaio 2015). V. anche Trib. Termini Imerese, ord., 24 marzo 2015, www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fam.php?id_cont=12364.php, decisione con la quale – nel silenzio della norma, che non prevede un ulteriore provvedimento di omologazione del Tribunale, come ha luogo nel procedimento di separazione consensuale – si giunge a ritenere, mediante un'interpretazione sistematica del complesso della normativa, che il procedimento si debba concludere o con un provvedimento autorizzatorio o con il diniego dell'autorizzazione, senza che vi sia la possibilità di trasformazione di tale rito in quello proprio della separazione consensuale.

¹⁰⁰ Trib. Matera, 24 novembre 2007, *Giurisprudenza di merito*, 2008, p. 1609.

¹⁰¹ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, *Famiglia*, 2008, p. 59 ss. (con nota di FANTETTI, F.R.: “Nessun automatismo nella revoca dell'assegnazione della casa familiare”), secondo la quale l'assegnazione della casa non viene meno automaticamente per effetto del nuovo matrimonio o convivenza *more uxorio* ma la decadenza del diritto all'assegnazione è subordinata al giudizio di conformità nell'interesse del figlio.

autodeterminarsi del coniuge separato, ha interpretato la norma codicistica alla luce di quell'interesse dei figli¹⁰² elevato a parametro fondamentale e prioritario di riferimento.

Proprio tale parametro prioritario di riferimento sembra, tuttavia, non esser stato fino in fondo attuato nella recente novella che, nell'assegnare alla negoziazione assistita la separazione e il divorzio anche quando i coniugi hanno figli minori, nulla ha prescritto in merito all'ascolto del minore capace di discernimento¹⁰³, né durante la fase di negoziazione¹⁰⁴, né soprattutto in quella di competenza del Procuratore della Repubblica¹⁰⁵. Tale («sorprendente»)¹⁰⁶ silenzio legislativo ben potrebbe essere superato da un'interpretazione adeguatrice¹⁰⁷ del dato normativo la quale tenga conto del dettato costituzionale che impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo e dagli obblighi internazionali (art. 117 cost.) –

¹⁰² Cfr. Cass., Sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, *Famiglia e diritto*, 2002, p. 461, con nota di CARBONE, V.: «Assegnazione della casa coniugale: la Cassazione compone il contrasto giurisprudenziale sull'opponibilità ai terzi»; al riguardo, la Suprema Corte ha ribadito che il provvedimento giudiziale attribuisce al coniuge assegnatario un atipico diritto personale di godimento ispirato a un interesse pubblico di conservazione dell'*habitat* familiare a favore dei soggetti più deboli della separazione e del divorzio.

¹⁰³ Cfr., più ampiamente, TOMMASEO, F.: «La tutela nell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali», *Famiglia e diritto*, 2015, p. 162 ss.

¹⁰⁴ Secondo l'art. 56 del Codice deontologico forense, nelle controversie in materia familiare o minorile, l'avvocato del genitore deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori (aggiungendo che la violazione di un tale divieto comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno). Sembrerebbe dunque essere respinta l'ipotesi dell'ascolto. Possibilista in tal senso GIABARDO, C.V.: «La «negoziazione assistita» e gli «accordi» coniugali nella gestione della crisi della famiglia», in BESSO, M., FRUST, G., RAMPAZZI, G. e RONCO, A.: *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.l. delega 10 febbraio 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 134.

¹⁰⁵ La normativa codicistica sembra assegnare tale compito al solo giudice: infatti, ai sensi dell'art. 336 *bis* si statuisce che il minore debba essere necessariamente ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano e che il giudice possa non procedere all'ascolto soltanto là dove lo stesso sia in contrasto con l'interesse del minore o reputato manifestamente superfluo (ma in tal caso dovrà darne atto con provvedimento motivato). L'art. 337 *octies* aggiunge che nei procedimenti in cui si omologa o si prende atto di un accordo dei genitori, relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice non procede all'ascolto se in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo.

¹⁰⁶ CARRATTA, A.: «Le nuove procedure», cit., p. 1292.

¹⁰⁷ Cfr., più ampiamente, PERLINGIERI, P.: «Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice», in AA.VV.: *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (coord. per P. FEMIA), Esi, Napoli, 2006, p. 1 ss.

nella specie: la tutela dei diritti del fanciullo e il loro esercizio¹⁰⁸ —, ma anche delle agevolazioni nella circolazione transfrontaliera dell'accordo¹⁰⁹. In altri termini, rivolgendo la dovuta attenzione all'intera tavola di valori sarà possibile per l'ermeneuta addivenire ad una interpretazione in funzione applicativa, rispettosa dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico e del pluralismo delle fonti normative dalle quali l'ordinamento stesso trae origine¹¹⁰.

2. ...in assenza di figli.

Nel caso, invece, di mancanza di figli (minorenni ovvero maggiorenni incapaci, o portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti), l'accordo dei coniugi deve essere trasmesso al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente. Se questi non riscontra alcuna irregolarità, comunica agli avvocati il «nullaosta» per i successivi adempimenti richiesti ai fini del conseguimento dell'efficacia dell'accordo.

Tale esame non si limita soltanto ad una valutazione della regolarità formale del procedimento di negoziazione ed alla semplice presa d'atto della certificazione resa dagli avvocati dell'avvenuta negoziazione attestante la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, ma si estende anche ad una verifica sostanziale dell'atto da parte del Procuratore, chiamato a svolgere il ruolo di garante dell'ordine pubblico e dei diritti indisponibili¹¹¹. Secondo taluni commentatori egli potrebbe addirittura spingersi a verificare che si sia in presenza di un 'effettivo' accordo di separazione o divorzio e non di una separazione o divorzio 'fittizi': ad esempio che dal negozio pattizio risultino i diversi luoghi di residenza che i coniugi verranno ad assumere ovvero in caso di frazionabilità di un'unica

¹⁰⁸ BEGHÈ LORETI, A.: *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Cedam, Padova, 1995; v. inoltre, art. 24, n. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰⁹ L'art. 23 del Regolamento del 27 novembre 2003, n. 2201 [relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000], prevede che la decisione o l'accordo *ex art. 46* (Reg. 2201/2003) che siano stati svolti senza che il minore abbia avuto la possibilità di essere ascoltato, non sono riconoscibili nello spazio giuridico europeo. Sí che, le formule contenute nelle disposizioni del Regolamento «lasciano intendere che l'ascolto è una necessaria garanzia processuale del minore»: in tal senso, BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 269 s.; v., inoltre, VELLETTI, M.: "L'ascolto del minore nel Regolamento Bruxelles II *bis*", in AA.VV.: *Le mille facce dell'ascolto* (coord. por M. CAVALLO), Armando Editore, Roma, 2012, p. 79.

¹¹⁰ In tal senso, PERLINGIERI, P.: "Giustizia secondo costituzione", cit., p. 66.

¹¹¹ LUPOI, M.A.: "Separazione e divorzio", cit., p. 293; *contra* D'ALESSANDRO, E.: "La negoziazione assistita", cit., p. 1283, ai sensi della quale tale verifica è già disposta dagli avvocati dei coniugi.

unità immobiliare «pretendere, quantomeno, una pianta della casa con un progetto di divisione, perché se si sospetta che una separazione sia finta non si può dare il nulla osta»¹¹². Non è mancato, al riguardo, chi, se da un lato ha riconosciuto che questo meccanismo di controllo possa risultare irragionevole, dall'altro ha manifestato una serie di perplessità sia in quanto non è previsto alcun termine per l'adempimento dei compiti del Procuratore, sia perché non sono contemplati meccanismi sostitutivi rispetto al consenso espresso con la conseguenza che «la tempistica dell'intera procedura risulti del tutto incerta con evidenti disagi delle parti»¹¹³.

Va ricordato, infine, che tale accordo di negoziazione potrà in tal caso avere ad oggetto sia il trasferimento di diritti reali immobiliari nei rapporti tra i coniugi, sia la costituzione di un diritto reale o personale di godimento sull'abitazione a favore di chi non è proprietario: da qui la necessità di considerare – nel silenzio del legislatore – un meccanismo trascrittivo ai fini dell'opponibilità del relativo diritto¹¹⁴.

VII. NATURA DELL'ATTO CONCLUSO DAI CONIUGI: “ACCORDO” O “CONTRATTO”?

Superfluo sarebbe sottolineare l'effetto «dirompente»¹¹⁵ della negoziazione assistita sul tema della autodeterminazione dei rapporti fra i coniugi. Accordi raggiunti a séguito di tali convenzioni – lo si ricorda – producono i medesimi effetti dei provvedimenti giudiziari che definiscono un procedimento di separazione personale, senza bisogno di omologazione.

L'evoluzione normativa è ormai orientata a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia alla coppia nel determinare le relazioni, in specie economiche, successive alla crisi matrimoniale. In tale scenario, se da una parte si riconosce apertamente che fonte del regolamento di interessi è la volontà delle parti¹¹⁶, rispetto alla quale i giudici hanno soltanto poteri di

¹¹² In questi termini, CRESCENZI, M.: “La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia”, www.questionegiustizia.it, par. 3, per il quale tutto questo va posto «a tutela non solo dell'inps ma anche di terzi che possono trovarsi di fronte ad un provvedimento trascritto di assegnazione della casa».

¹¹³ “Il ruolo dell'avvocato nelle ADR”, cit., p. 242.

¹¹⁴ Sull'ampio tema si rinvia a OBERTO, G.: “I contratti nella crisi coniugale: ammissibilità e fattispecie”, in AA.VV.: *Trattato del contratto* (dir. por V. ROPPO), VI, *Interferenze*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 225 ss.

¹¹⁵ RIMINI, C.: *Il nuovo divorzio*, cit., p. 235.

¹¹⁶ Non pare che l'accordo sia ricondotto entro uno “schema” particolare: discorre di “causa familiare” DORIA, G.: *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi*

controllo esterno, dall'altra si registra un'apertura al nuovo che tuttavia non tralascia di dimenticare gli ostacoli culturali e giuridici che storicamente hanno accompagnato l'affermazione del potere di autonomia all'interno del diritto di famiglia. Così, nella relatività delle formule "contratto" e "accordo" con le quali i giudici oggi si riferiscono all'atto concluso dai coniugi: senza prediligere l'uso di una formula rispetto all'altra, sembrano tacitamente rivivere l'eco di un tempo, quando si era soliti riconoscere che il "contratto" rispondeva a un orientamento privatistico del pensiero tramandatoci dalla tradizione romana, che considerava le parti in conflitto d'interesse l'una con l'altra, mentre si ravvisava nell'"accordo" (in senso stretto) – nella misura in cui poteva affermarsi, invece, un orientamento pubblicistico nella scienza giuridica – l'esigenza della collaborazione fra le parti destinato a attuare una convergenza di interessi¹¹⁷.

Ad ogni modo dubbi e incertezze interpretative – che avvolsero i rapporti giuridici familiari e contribuirono a rallentare quel percorso di affermazione del potere di autoregolamentazione dei privati all'interno di tale ramo del diritto – potevano porsi e giustificarsi all'interno di quella fase storica ove diffusa era la tesi che individuava nella materia dei connotati pubblicistici¹¹⁸, in virtù dell'interesse connesso alla formazione della famiglia, intesa quale cellula fondamentale dello Stato. Le mutevoli trasformazioni e cambiamenti legati al nuovo assetto costituzionale hanno reso l'immagine della famiglia

in occasione della separazione personale e del divorzio, Giuffrè, Milano, 1996, p. 203 ss., secondo il quale la "causa familiare" sarebbe quella propria degli accordi volti a soddisfare interessi patrimoniali ed esistenziali nella fase patologica del matrimonio. Osserva OBERTO, G.: *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 705 ss., che gli accordi diretti a disciplinare le conseguenze della crisi del matrimonio sono caratterizzati da una "causa di definizione della crisi coniugale".

¹¹⁷ BETTI, E.: *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino, 1950), rist., Esi, Napoli, 1994, p. 305 (corsi originali), il quale riconosceva: il negozio si configura in maniera differente «secondo che gli interessi in giuoco siano interessi fra loro *contrapposti* o divergenti, il cui conflitto o concorso raggiunga nel negozio la sua composizione o convergenza, oppure siano interessi *paralleli*, il cui comune indirizzo trovi nel negozio il mezzo di attuarsi praticamente. Il negozio [...] a interessi contrapposti o divergenti è il *contratto*; il negozio, invece [...] a interessi paralleli o convergenti a uno scopo comune si suol qualificare come "*accordo*", nel senso più ristretto che in dottrina si conviene di dare a questo termine».

¹¹⁸ CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale* (Roma, 1914), p. 3 ss., rist., Ed. Forni, Bologna, 1978, aveva magistralmente scolpito questa concezione della famiglia più vicina al diritto pubblico che al diritto privato, perché pubblici erano gli interessi che nell'istituzione della famiglia si realizzavano, nonché gli strumenti, l'autorità, la potestà mediante i quali venivano perseguiti. Lungimirante, al contrario, il pensiero di JEMOLO, A.C.: *Sul diritto di famiglia, Scritti in onore di Scaduto*, I, Cedam, Padova, 1970, p. 563, secondo il quale «un diritto di famiglia statale costituisce un elemento eterogeneo, destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato».

nello “specchio del diritto”¹¹⁹ profondamente mutata: non l’istituzione protetta in vista di interessi superiori, ma formazione sociale «in posizione servente rispetto alla persona»¹²⁰ nella prospettiva segnata dall’art. 2 cost. Sì che, in tale cornice, il quadro della famiglia si arricchisce di questa «tendenza alla contrattualizzazione»¹²¹ delle relazioni “non più amorose” nella ricerca di un equilibrio tra opposti e umani interessi che sappia operare un taglio (senza una decisione del giudice)¹²² in quella realtà della “coppia” nella quale – prendendo in prestito le parole del Manzoni – è impossibile porre da un lato tutto il torto e dall’altro tutta la ragione¹²³, ma necessario ad ogni modo addivenire a una composizione di quella «concordia discordia»¹²⁴ che attanaglia i coniugi al termine del cammino a due, riportando un “nuovo ordine civile” nei loro rapporti.

ÍNDICE

¹¹⁹ Espressione cara a GALGANO, F.: *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, spec. p. 8.

¹²⁰ PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile*, cit., p. 665; v., inoltre, CIATTI, A.: *Famiglia e minori*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2 ss.

¹²¹ PALAZZO, M.: “Il diritto della crisi coniugale”, cit., p. 587.

¹²² «Decidere vuol dire, secondo l’etimologia, tagliare» (CATANIA, A.: *Analisi del diritto. Studi di teoria generale*, Jovene, Napoli, 1992, p. 89), e la «decisione è sempre una scelta, un atto selettivo» (IRTI, N.: “Dubbio e decisione”, in AA.VV.: *Il linguaggio, la condotta, il metodo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 135); scelta che non è resa da un organo giudicante, ma da un incontro di voleri.

¹²³ In tal senso MANZONI, A: *I promessi sposi*, a cura di B. Travi, Ed. Mondadori, Milano, 1981, p. 21, il quale osserva: «la ragione e il torto non si dividon mai con un taglio così netto, che ogni parte abbia soltanto dell’una e dell’altro».

¹²⁴ ASCARELLI, T.: “Antigone e Porzia”, in ID.: *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Utet, Torino, 1960, p. 115.