

Giancarlo Savi

**QUALI POSSIBILI
OBBLIGAZIONI CONTRATTUALI
TRA EX AMANTI DIVENUTI GENITORI?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CORTE DI APPELLO DI ANCONA 5 dicembre 2009 — Pres.
CASTAGNOLI — Est. SCOLARO.

Relazione precaria amorosa d'ordine meramente sessuale (uomo e donna legati, per qualche tempo, da una) — Figlia naturale comune (nascita di una) — Madre (riconoscimento, subito dopo la nascita, della figlia da parte della) — Successivo, rituale riconoscimento paterno — Madre nubile e padre legato da matrimonio e con prole — Mantenimento della figlia — Autosufficienza economica della figlia (contratto, per scrittura privata, contenente l'obbligo paterno di mantenere la madre fino alla) — Cognome paterno della figlia (impegno materno ad astenersi dalla spendita del) — Ambiente familiare, lavorativo e sociale dell'uomo (impegno materno a lavorare e permanere lontano dallo) — Scrittura privata contrattuale (mera obbligazione naturale contenuta nella) — Sussistenza — Nullità dell'obbligazione naturale — Successiva sottoscrizione di un nuovo pattizio per scrittura privata (novazione della primitiva obbligazione per la) — Esclusione.

(Cost. artt. 2, 4, 16; c.c. artt. 1230, 1234, 1322, 1373, 1418, 1419, 1872, 1966, 1987, 2034; c.p.c. art. 700).

È privo di causa meritevole di tutela giuridica, secondo la previsione di cui all'art. 1322 c.c., il contratto stipulato, per scrittura privata, da ex amanti occasionali divenuti genitori grazie alla nascita di una figlia, con il quale il padre promette di mantenere personalmente anche la madre sino all'autosufficienza economica della figlia naturale, contro l'obbligo materno di non richiedere, per la figlia, la spendita del cognome paterno e di vivere e lavorare in luoghi lontani dall'ambiente familiare, lavorativo e sociale dell'ex amante; tale obbligazione, affetta da nullità, assume la valenza di mera obbligazione naturale, che non può essere, per sua natura, novata con la sottoscrizione di un pattizio per scrittura privata (1).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con atto notif.to in data 3 maggio 2000, P.S. conveniva in giudizio, dinnanzi al Tribunale di Pesaro, M.V., così concludendo: “Piaccia all'ill.mo Tribunale adito, per le causali tutte di cui in atti e *contrariis rejectis*, previo accertamento presupposto

(1) Nota di G. SAVI.

nella convenzione per scrittura privata, stipulata tra P.S. e M.V. in data 10 settembre 1999, e limitatamente alle disposizioni patrimoniali riguardanti e convenute in favore di essa M.V., dichiarare la stessa nulla, ovvero annullarla, e, comunque, in alternativa o subordine, dichiararla inefficace e priva di ulteriori effetti obbligatori”. (*Omissis*)

Si costituiva in giudizio M.V., la quale concludeva per il rigetto delle domande di parte attrice.

Con sentenza del giudice unico del Tribunale di Pesaro, dep.ta in data 9 ottobre 2002, così veniva deciso: (*Omissis*) ... “rigetta la domanda proposta dall’attore nei confronti della convenuta; dichiara valida la scrittura privata *inter partes* in data 10 settembre 1999 nei confronti della convenuta, ad eccezione delle clausole nn. 2-3 e 10 dello stesso atto; dichiara, conseguentemente, che il P. è tenuto ad adempiere tutte le altre clausole contrattuali e ad effettuare tutti i pagamenti, da tramutarsi in Euro secondo il cambio ufficiale, ai quali si è obbligato, con le decorrenze indicate nella scrittura privata e, quindi, con i maturati arretrati, detratte le somme già pagate ai sensi del provvedimento *ex art.* 700 c.p.c. emesso in corso di causa; condanna l’attore a rimborsare in favore della convenuta, e per essa al suo procuratore, che si è dichiarato antistatario, le spese del giudizio, liquidate in Euro 13.032,59 (*omissis*); dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva tra le parti”.

In particolare, così il giudice di primo grado motivava la sua decisione: “Meglio di qualunque ricostruzione dei fatti, dell’una e dell’altra parte, è esaustiva la scrittura privata, intercorsa e sottoscritta dalle parti e — significativamente — dai loro rispettivi difensori che l’assistettero. La causa del negozio si trova espressamente enunciata nella premessa dell’accordo che, così testualmente recita: “Premesso che P.S. e M.V. hanno generato una bambina, nata a Pesaro il 30 giugno 1998, alla quale è stato imposto il nome di M.; che, all’atto di nascita, la bambina è stata riconosciuta esclusivamente dalla madre ed ha preso il cognome di costei; che, successivamente, P.S. ha riconosciuto di essere il padre naturale della piccola M. con atto raccolto, in data 27 agosto 1999, presso l’Ufficio anagrafe del Comune di Pesaro; che la piccola M.M. fin dalla nascita vive con la madre in Pesaro; che le parti intendono definire i loro rapporti conseguenti alla nascita della bambina. Ciò premesso, le parti stipulano e convengono quanto segue: Viene esposto, infatti, il regolamento dei rapporti, articolato in 15 clausole, che chiariscono e confermano che le parti hanno inteso disciplinare non soltanto il rapporto di ciascuno di loro con la figlia, ma

anche i rapporti diretti tra loro, ovviamente tenuto conto di quanto già pattuito per la minore. In termini strettamente interpretativi dell'intero accordo, quindi, non può parlarsi di mancanza di causa o di causa illecita, che prospetti la nullità, l'annullamento, l'inefficacia o la risoluzione del negozio giuridico, ch , anzi, la causa bene   stata identificata ed   corrispondente ad un intento non soltanto soggettivo nel senso che svolge una funzione economico-sociale nell'ambito dell'autonomia privata. Il negozio   valido. Peraltro, non pu  contestarsi che alcune clausole contrattuali siano viziate da nullit  perch  contrarie a norme imperative. Ma tanto non travolge l'intero stabilito, che, per il principio della conservazione del contratto e della normativa di cui agli artt. 1418 e 1419 c.c., rimane in vita.

Il negozio o accordo tra le parti non presenta, infatti, la natura di contratto con prestazioni corrispettive o sinallagmatiche, ma contiene una assunzione individuale di obbligazioni reciproche, tra loro interferenti, ma che mirano, nello svolgimento della volont  liberamente manifestata (  da escludersi perch  non provato qualunque vizio del consenso da parte dell'attore) e per gli effetti di cui all'art. 1322 c.c., al risultato finale di dare una congrua sistemazione agli interessi derivanti da un rapporto *more uxorio* durato oltre due anni e che ha comportato la nascita di una figlia riconosciuta da entrambi i genitori.

Venendo all'esame delle singole clausole, si osserva quanto segue.

1. L'affidamento della figlia alla madre, con la relativa convivenza,   del tutto legittimo e rispondente all'interesse della minore.
2. Sono contrarie a norme imperative, ed in particolare agli artt. 2, 4 e 16 Cost., le clausole n. 2 e 3, e, quindi, sono nulle perch  hanno riguardo a diritti indisponibili (il diritto inviolabile dell'uomo, il diritto-dovere di lavorare, il diritto alla libera circolazione nel territorio nazionale), oltre tutto convenuti impropriamente anche a nome e nell'interesse della minore.
3. L'obbligo assunto dal padre di corrispondere per la figlia l'assegno di lire 1.500.000, impegno peraltro riconfermato nel corso di causa daltore,   perfettamente legittimo.
4. L'obbligo assunto dal P. di corrispondere alla M. un assegno di mantenimento di lire 1.500.000, nonch  di concederle, a titolo di comodato gratuito precario, una dignitosa casa di civile abitazione od un equivalente di lire 1.800.000 per la locazione di altra casa   valido e rispondente alla finalit  del negozio posto in essere.
5. L'obbligo assunto ha una durata prevista nella pattuizione, che   quella della maggiore et  e della indipendenza economica della figlia M., o dalla eventualit  che la convenuta inizi a convivere con altro uomo, o contragga matrimonio (clausola n. 11).

Non è, quindi, a parlarsi di recesso, ammesso che la relativa domanda sia ammissibile. 6. La condizione risolutiva di cui alla clausola n. 10, collegata alla inadempienza delle obbligazioni dei punti 2 e 3 dello stesso atto, è, invece, nulla poiché la nullità parziale colpisce le predette due ultime clausole per le su esposte considerazioni. La nullità parziale, giusta gli artt. 1418 e 1419 c.c., non si comunica, peraltro, al negozio nella sua interezza, non essendo stato dimostrato che il P. non l'avrebbe concluso senza le due clausole, ché, anzi, nei suoi scritti difensivi ha mostrato di non avere in considerazione lo scopo che poteva sottendere l'articolato ai nn. 2 e 3 (ha riferito che la donna già abitava a Pesaro).

Tutti gli altri punti dell'accordo, che attengono a modalità di esecuzione degli obblighi assunti, appaiono in linea con la legittimità e la finalità che le parti si ripromettono.

Alla luce di queste considerazioni, tutti i mezzi istruttori, come richiesti dall'attore, sono da ritenersi ultronei e non concludenti.

Quanto alla capacità economica del P., la consulenza tecnica di ufficio ha evidenziato che l'attore, proprietario di una quota pari al 33,33 della società P. s.p.a. (ben nota fabbrica di calzature), ha la disponibilità di un capitale stimato, per difetto, in Euro 3.000.000 (circa 6 miliardi di lire), oltre ad essere creditore verso la società di somme ingenti. La propria capacità reddituale, giudicata dal c.t.u. assolutamente inattendibile, è comunque di tutto rispetto. Il giudice, in ogni caso, deve tener conto non soltanto del reddito, ma anche del patrimonio dell'obbligato, sicché l'obbligo complessivamente assunto dal P. appare del tutto congruo ed affrontabile con la sua complessiva capacità economica. Al contrario, la situazione economica patrimoniale della convenuta è di scarso ed insoddisfacente rilievo.

La domanda dell'attore, pertanto, deve essere rigettata; accolta, invece, la domanda riconvenzionale della convenuta". (*Omissis*)

Avverso la detta sentenza ha proposto appello, con atto notificato in data 5 dicembre 2002, il P.S., il quale, sostenendo l'erroneità della decisione del primo giudice, così concludeva in appello: "Piaccia alla ecc.ma Corte d'appello adita, per le causali tutte di cui in atti e *contrariis rejectis*, previo ogni accertamento e declaratoria, e previa cautelare inibitoria della provvisoria esecutività che assiste la pronuncia gravata, ed in riforma dell'appellata sentenza definitiva resa *inter partes* dal Tribunale di Pesaro, in data 9 ottobre 2002 n. 730, statuire e determinare: Ammettere ed assumere tutti i mezzi probatori dedotti in atti di causa del primo grado, siccome ammissibili, rilevanti e necessari ed opportuni ai fini del decidere. In ogni caso, previo ogni accerta-

mento presupposto nella convenzione per scrittura privata, stipulata tra P.S. e M.V. in data 10 settembre 1999, e limitatamente alle disposizioni riguardanti e convenute in favore di essa M.V., dichiarare la stessa nulla, ovvero annullarla, e, comunque, in alternativa o subordine, dichiararla inefficace e priva di ulteriori effetti obbligatori, ovvero pronunciarne la risoluzione, secondo tutti i profili, progressivamente, subordinatamente ed alternativamente, adottati in atti introduttivi del giudizio di primo grado sino alla memoria difensiva *ex art. 183 c.p.c.* in data 10 febbraio 2001; revocare per l'effetto ed *in parte qua* il provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* reso in corso di causa e vigente *inter partes*, regolando ogni restituzione e refusione di Giustizia. In via di deprecato subordine, dichiarare nulle, oltre le clausole già dichiarate nulle, nn. 2, 3 e 10, anche le clausole nn. 5 e 6 del pattizio per scrittura privata impugnata, siccome contrarie a norme imperative e secondo tutti i profili adottati. Con vittoria delle spese e competenze di entrambi i gradi del giudizio, oltre le successive tutte occorrente, ed oltre al Cap ed all'Iva come per legge; in via di deprecato subordine riformare la pronuncia accessoria sulle spese e competenze di lite nei limiti previsti dalle tariffe vigenti forensi in relazione al valore in contesa”.

In particolare, parte appellante deduceva quali motivi di appello l'erroneità della decisione del giudice di prime cure, con particolare riferimento all'omessa pronuncia su quanto domandato, oltre che la radicale mancata ammissione della prova dei fatti e delle circostanze adottati (“nel momento in cui dalla instaurazione di una mera relazione amorosa carnale ed extraconiugale (assente qualsivoglia forma fattuale di legame o convivenza), o dalla interruzione della stessa, non poteva in alcun modo determinarsi il sorgere di una obbligazione giuridica, per quanto la stessa sia stata prolungata od abbia avuto una qualche rilevanza, atteso che l'ordinamento giuridico non ritiene tale relazione idonea a produrre un qualche diritto tra le parti, od una qualsiasi responsabilità di tipo giuridico; nel momento in cui, appartenendo quelle relazioni all'estrinsecazione della persona, come tale connotata da permanente ed illimitata libertà reciproca, ogni altra implicazione resta affidata, semmai, al campo dei doveri morali e sociali, e ciò tanto più in una fattispecie così singolare, nata in un contesto di rapporti carnali remunerati dal P. alla M. e con assicurazione da parte di questa in ordine all'utilizzo di anticoncezionali; nel momento in cui non risulta, neppure in qualche modo, configurabile un atto di liberalità (remuneratoria), comunque privo dei requisiti di validità *ad substantiam*; nel momento in cui ugualmente non può neppure ipotizzarsi la

costituzione di una rendita vitalizia a titolo gratuito *ex art. 1872 c.c.*, difettando, parimenti, anche la forma *ad substantiam*; nel momento in cui la c.d. obbligazione naturale non produce altrui effetti oltre quello della irripetibilità di quanto spontaneamente prestato, e l'autonomia negoziale in nulla può innovare e trasformare tali rapporti con effetto novativo, creando un diverso, nuovo vincolo giuridico in senso proprio; nel momento in cui non può, parimenti, invocarsi la sussistenza di una efficace promessa unilaterale *ex art. 1987 c.c.*; nel momento in cui sussisteva indisponibilità dei diritti negoziati; nel momento in cui era assente ed invalido il sinallagma contrattuale; nel momento in cui si evidenzia, comunque, una illiceità sia della causa (ove ritenuta sussistente, in qualche modo sussistente una causa negoziale), sia del motivo; nel momento in cui qualsiasi ipotesi di configurare transazione, ai sensi dell'art. 1966 c.c., si palesa obiettivamente nulla; nel momento in cui è sopraggiunto un legittimo recesso o revoca del consenso *ex art. 1373 c.c.*, in assenza di prefissione di un termine di durata della prestazione periodica; nel momento in cui sussiste inadempimento della M.V.; nel momento in cui nessuna rilevanza è stata prevista per le mutevoli condizioni, anche economiche, dell'onerato e per quant'altro come meglio esposto in atti dall'attore/appellante qui instante, sino alla memoria difensiva *ex art. 183 c.p.c.* in primo grado (nel tenore allora vigente)". La relativa causa veniva iscritta al n. 1291/2002 R.G.

A seguito di istanza di inibitoria dell'esecutorietà della sentenza di primo grado, proposta da S.P., con ordinanza in data 16 gennaio 2003, in parziale accoglimento della stessa, la presente Corte disponeva la sospensione della statuizione di condanna del primo giudice, limitatamente all'importo mensile che la scrittura privata impugnata prevedeva a carico del P. ed a favore della M.V. personalmente, repute le altre obbligazioni aventi rilevanza anche nell'interesse della figlia minore M.

Si costituiva in giudizio M.V., in proprio e quale esercente la potestà parentale sulla minore M.M., contestando *in toto* tutto quanto richiesto, dedotto ed eccepito dal sig. P.S., spiegando, altresì, appello incidentale, e rassegnava le seguenti conclusioni: "Piaccia all'ecc.ma Corte: 1) respingere il gravame *ex adverso* proposto; 2) in accoglimento dell'appello incidentale come sopra proposto ed in parziale riforma dell'impugnata sentenza, dichiarare valida la clausola di cui all'art. 2 della scrittura privata *inter partes*, nonché dell'art. 10 limitatamente alla condizione risolutiva relativa al rispetto della clausola n. 2; 3) in subordine, nel denegato caso di accoglimento anche parziale dell'appello proposto *ex adverso*, procedere alla rideterminazione del contri-

buto al mantenimento della piccola M.M. in relazione alle possibilità reddituali patrimoniali delle parti, come risultanti dalla c.t.u. in atti, nella misura di Euro 2.500,00 mensili o quella maggiore o minore somma che sarà ritenuta di Giustizia, con eventuale integrazione istruttoria o rimessione della causa al giudice di primo grado, ove necessario a tale scopo; 4) in via istruttoria ci si oppone all'ammissione delle prove *ex adverso* richieste, e, in denegato caso di loro ammissione, si insiste per l'ammissione delle prove formulate, nonché di congruo termine per l'indicazione di prova contraria. Con vittoria di spese di lite”.

Con successivo ed ulteriore atto di citazione in appello, ritualmente notificato, P.S. conveniva in giudizio M.V., spiegando le seguenti conclusioni: “Piaccia all'ecc.ma Corte adita, per le causali tutte di cui in atti, e *contrariis reiectis*, previo ogni accertamento e declaratoria, e previa riunione del presente giudizio a quello già pendente *inter partes*, rubricato al n. 1291/02 R.G., e previa, ancora, occorrendo ed in ipotesi (ipotesi avversata) nuova cautelare inibitoria anche del provvedimento di correzione reso *inter partes* dal medesimo giudice di primo grado, Tribunale di Pesaro, con decreto in data 28 gennaio 2004, ed in riforma dell'appellata sentenza definitiva resa *inter partes* dal Tribunale di Pesaro, in data 9 dicembre 2002 n. 730, e del medesimo successivo decreto di correzione in data 28 gennaio 2004, statuire e determinare: accogliere l'appello principale già proposto, sul quale si insiste *in toto*, e per l'effetto riformare anche il decreto di correzione reso in data 20 gennaio 2004, siccome nullo, inammissibile e/o improcedibile, infondato in fatto ed in diritto; in ogni caso, accertato anche il difetto di competenza e potere decisorio del giudice di primo grado in pendenza del gravame d'appello innanzi a questa Giustizia, dichiarare, del pari, nullo, illegittimo, inammissibile e/o improcedibile, ovvero comunque infondato in fatto ed in diritto, il decreto di correzione *ex artt.* 287, 288 e 93 c.p.c., reso *inter partes* dal Tribunale di Pesaro in data 28 gennaio 2004, riformandolo, annullandolo e revocandolo *in toto*. Con vittoria di spese e competenze anche di questo ulteriore, nuovo grado del giudizio, oltre le successive occorrendo ed oltre al Cap ed Iva come per legge”.

In particolare, proponeva appello avverso il decreto di correzione della stessa sentenza definitiva già gravata in appello (decreto reso in data 28 gennaio 2004, dallo stesso giudice di prime cure, *inaudita altera parte* e senza fissazione di udienza); con tale decreto afferente alla condanna accessoria del P.S. alla refusione delle spese e competenze

del giudizio, veniva revocata la qualifica antistataria del procuratore e difensore di primo grado, per tali oneri, e dichiarata la titolarità dell'importo già liquidato in capo personalmente a M.V.

Si costituiva, quindi, in giudizio, M.V., in proprio e quale esercente la potestà parentale sulla minore M.M., contestando tutto quanto richiesto, dedotto ed eccepito nell'atto di citazione, insistendo per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: "Piaccia alla ill.ma Corte 1. Accogliere tutte le conclusioni contenute nella comparsa di costituzione con appello incidentale dep.ta nel gravame principale rubricato al n. 1291/2002 R.G.C.A.; 2. Respingere con ogni statuizione l'odierno ulteriore gravame per i motivi sopra esposto; 3. Con vittoria di spese di lite del presente ulteriore gravame". Il relativo giudizio veniva iscritto al n. 325/04 R.G.

Riuniti i procedimenti, all'udienza del 21 maggio 2009, sulle conclusioni rassegnate dalle parti, la causa veniva trattenuta in decisione, con assegnazione dei termini di legge, *ex art.* 190 c.p.c., per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

MOTIVI DELLA DECISIONE — L'appello proposto dal P.S. risulta parzialmente fondato e, pertanto, va accolto nei seguenti limiti.

Come doverosa premessa, va riportato il contenuto della scrittura privata intercorsa tra le parti. In essa si legge: "Con la presente scrittura da valere tra le parti ad ogni effetto di legge, tra P.S., nato a C.M. e quivi residente, da una parte, e M.V., nata a Donezraya (Ucraina), residente in Pesaro, in proprio e quale madre esercente la potestà parentale sulla figlia minore M.M., nata a Pesaro, dall'altra. Premesso che P.S. e M.V. hanno generato una bambina, nata a Pesaro, alla quale è stato imposto il nome di M.; che, all'atto della nascita la bambina è stata riconosciuta esclusivamente dalla madre ed ha preso il cognome di costei; che, successivamente, P.S. ha riconosciuto di essere il padre naturale della piccola M. con atto raccolto, in data 27 agosto 1999 presso l'Ufficio anagrafe del Comune di Pesaro; che la piccola M.M., fin dalla nascita, vive con la madre in Pesaro; che le parti intendono definire i loro rapporti conseguenti alla nascita della bambina. Ciò premesso, le parti stipulano e convengono quanto segue: 1. Le parti convengono che la piccola M. resti affidata alla madre e continui a vivere con lei, attualmente nel domicilio di Pesaro, e, successivamente, vada a vivere con la medesima in altra abitazione di cui appresso si dirà. 2. Le parti stabiliscono che per motivi di opportunità riguardanti la persona di S.P., riferite al suo stato civile, essendo egli coniugato con

altra donna e vivendo con costei e con il figlio, nato in costanza di matrimonio in C.M., M.V. e la piccola M. vadano a vivere in territorio diverso da quello delle provincie marchigiane di M.A. ed A.P.; in particolare, M.V. si obbliga anche a non esercitare alcuna attività lavorativa, di qualsiasi genere o natura nel predetto territorio. 3. Per le medesime motivazioni esposte al punto n. 2, che precede, M.V. si obbliga a non richiedere l'attribuzione del cognome del padre in favore della figlia M., che conserverà il cognome della madre. 4. P.S. si obbliga a corrispondere, a titolo di mantenimento per la piccola M., un assegno mensile di lire 1.500.000 (un milionecinquecentomila), che verrà corrisposto alla madre M.V., che accetta. 5. Fermo restando l'adempimento delle obbligazioni assunte da M.V. nei punti n. 2 e n. 3 che precedono, P.S. si obbliga a corrispondere in favore di questa ultima ed in aggiunta all'assegno di mantenimento previsto in favore della piccola M., l'ulteriore importo di lire 1.500.000 (un milionecinquecentomila) mensili. 6. P.S., fermo restando l'adempimento delle obbligazioni assunte da M.V. nei punti n. 2 e n. 3 che precedono, si obbliga a concedere in uso a questa, a titolo di comodato gratuito precario, una dignitosa casa di civile abitazione, avente una superficie oscillante tra i 70 e gli 80 metri quadrati, adeguatamente arredata, da individuarsi da P.S. ed ubicata nel Comune di Pesaro, zona semicentrale. Detta obbligazione sarà valida ed efficace e spiegherà effetti fino a che la piccola M. non avrà raggiunto la propria indipendenza economica, dopo di che M.V., a semplice richiesta scritta del P., si obbliga a restituire, libero e vuoto di persone e cose, l'abitazione suddetta, con gli arredi forniti da quest'ultimo. 7. Resta inteso che tutti i costi conseguenti derivanti dalle utenze elettriche, idriche, telefoniche, da riscaldamento, da oneri condominiali, da manutenzione ordinaria e da quant'altro connesso con l'uso dell'abitazione prevista al punto n. 6, che precede, saranno ad esclusivo carico di M.V., che provvederà a sostenerli a propria cura e spese. 8. L'importo complessivo di lire 3.000.000 (tre milioni), risultante dalla sommatoria dell'assegno di mantenimento per la piccola M. e dell'importo previsto in favore di M.V. al punto n. 5, che precede, verrà corrisposto da P.S., che ne farà rimessa direttamente a questa ultima all'indirizzo che dalla medesima verrà indicato, entro e non oltre i primi 10 giorni di ciascun mese a far tempo dall'1 ottobre 1999, atteso che il P. ha già provveduto ad inviare, con vaglia telegrafico dell'1 settembre 1999, l'importo di lire 1.500.000 per il mantenimento della minore, e provvede, contestualmente alla firma del presente atto che ne costituisce quietanza, a versare l'ulteriore

importo di lire 1.500.000 in favore di M.V. 9. Eventuali spese straordinarie che si dovessero rendere necessarie nell'interesse della minore e riferite, in via esclusiva, a cure mediche e prestazioni sanitarie non coperte dal Servizio sanitario nazionale, saranno a carico di P.S. 10. Resta inteso tra le parti che l'assegno mensile di lire 1.500.000 previsto al punto n. 5 che precede e l'uso della casa di civile abitazione di cui al punto n. 6 che precede, non verranno più mantenuti da S.P. nell'ipotesi in cui M.V. si dovesse rendere inadempiente rispetto alle obbligazioni contenute nei punti n. 2 e n. 3 del presente atto. In dette ipotesi P.S. non sarà più tenuto a versare il cit. assegno di lire 1.500.000 in favore di M.V. ed avrà la facoltà di richiedere la restituzione della casa di civile abitazione, compresi i mobili messi a disposizione dal P., libera da persone e cose, avendo le parti già tenuto conto della necessità di alloggio della piccola M. nella determinazione dell'assegno di mantenimento previsto per costei. 11. Parimenti, l'uso dell'abitazione in comodato gratuito precario di cui sopra è detto, cesserà automaticamente laddove M.V. inizierà a convivere, ivi, con altro uomo, o contrarrà matrimonio. 12. Fino a quando P.S. non avrà procurato l'abitazione prevista al punto 6 che precede, continuerà a provvedere al pagamento del canone di locazione inerente all'abitazione sita in Pesaro fino al 31 ottobre 1999, mediante la corresponsione della ulteriore somma di lire 1.800.000 (unmilioneottocentomila) da versarsi a mani della M.V., fermo restando che tutti gli altri costi inerenti alla stessa verranno sostenuti dalla predetta; quest'ultima, al termine della locazione, potrà trattenere per sé l'importo equivalente a due mesi di canone mensile costituito presso il locatore a titolo di deposito cauzionale, che verrà detratto dall'assegno di lire 1.500.000 mensili pattuito in favore della M.V. al punto n. 5 del presente atto. 13. A far tempo dall'1 novembre 1999 e fino a quando P.S. non avrà reperito l'abitazione di cui sopra, s'impegna ed obbliga a corrispondere a M.V. la ulteriore somma di lire 1.500.000 mensili, fermo restando che l'abitazione in questione dovrà essere reperita e messa a disposizione della predetta entro, e non oltre, il 31 marzo 2000. 14. Le parti convengono, altresì, che laddove P.S. dovesse richiedere la restituzione dell'abitazione di cui al punto n. 6 della presente scrittura, corrisponderà in favore di M.V. ed a titolo di penale convenzionale la somma di lire 200.000.000. 15. Le spese e competenze legali dovute in favore dei legali delle parti restano interamente compensate fra le stesse, che provvederanno ad assolverle separatamente in favore dei rispettivi professionisti. Pesaro, lí 10 settembre 1999".

Tanto premesso, se non sorgono problemi per quanto riguarda l'onere di mantenimento della prole naturale, stante il rinvio normativo dall'art. 261 c.c. all'art. 148 c.c., in tema di concorsi agli oneri, riferito ai genitori legittimi, al di fuori di tale specifica disposizione riguardante la prole, non sono rinvenibili (neppure per i conviventi *more uxorio*) obblighi di contribuzione agli oneri del *ménage* giuridicamente coercibili, quali quelli che incombono, invece, sui coniugi *ex art.* 143, comma 2, c.c. Anche i *partners* che si prestano reciproca assistenza materiale e morale concorrono spontaneamente a sostenere gli oneri economici della vita familiare, adempiono, in tal modo, ad una obbligazione naturale *ex art.* 2034 c.c., per cui, se tutto ciò venisse a cessare per volontà unilaterale o bilaterale dei conviventi, non sarebbe azionabile in nessun caso alcuna pretesa di mantenimento. Ribadito che ai rapporti fra conviventi *more uxorio* non si possono applicare, in linea di principio, neppure analogicamente, le norme dettate sul rapporto coniugale, bisogna verificare cosa accade nell'ipotesi in cui gli stessi regolamentino con una convenzione i loro rapporti reciproci.

Orbene, il riconoscimento in favore di uno dei *partners* di un contributo in favore dell'altro si configura come un'obbligazione naturale. In altri termini, esso si caratterizza dalla spontaneità e ciò significa che non sono escutibili coattivamente; tuttavia, una volta eseguite, non ammettono la ripetizione secondo la regola della *soluti retentio* prevista dall'art. 2034 c.c.

Orbene, ferma restando la competenza del Tribunale per i minorenni per le questioni inerenti ai doveri dei genitori nei confronti della figlia (per cui deve affermarsi — in difetto, allo stato, di diverse disposizioni dettate dal giudice funzionalmente competente — la validità delle disposizioni che hanno, anche se di riflesso, ad oggetto la situazione della minore, con ciò confermandosi quanto già statuito dal primo giudice), deve, invece, affermarsi (in aggiunta a quelle individuate dal giudice di primo grado) anche l'invalidità della clausola n. 5 della detta convenzione.

Infatti, “è da escludere che un'obbligazione naturale possa assumere i connotati di un'obbligazione in senso proprio, in dipendenza di una sorte di novazione... Il secondo comma dell'art. 2034 c.c. sancisce categoricamente che i doveri del tipo considerato “non producono altri effetti” oltre quello della irripetibilità, previsto nel comma precedente” (cfr. Cass. civ. 29 novembre 1986 n. 7064).

Pertanto, considerato che nella clausola n. 5 (fermo restando l'adempimento delle obbligazioni assunte da M.V. nei punti n. 2 e n. 3

che precedono) P.S. si obbliga a corrispondere in favore di questa ultima ed in aggiunta all'assegno di mantenimento previsto in favore della piccola M. l'ulteriore importo di lire 1.500.000 (unmilioneccinquecentomila) mensili, le parti hanno sostanzialmente "novato" una obbligazione naturale, poiché l'originaria obbligazione — al di fuori dello spontaneo adempimento — non può produrre ulteriori effetti; la stessa clausola deve considerarsi nulla per mancanza del suo principale presupposto, e, cioè, l'esistenza di una obbligazione civilmente perfetta da sostituire (art. 1234, comma 1, c.c.).

Né vale replicare che nel caso in esame l'obbligazione contratta dall'odierno appellante avrebbe una sua ragione giustificatrice nelle contrapposte obbligazioni assunte da M.V.. Infatti, se, da un lato deve — come correttamente osservato dal giudice di primo grado — affermarsi la nullità della clausola n. 2 anche perché assunta in nome e per conto di un soggetto (la minore) estranea alle parti, dall'altro occorre ricordare (quand'anche si ritenesse valida tale clausola) che essa sarebbe inefficace. Infatti, "solo l'accordo di separazione costituisce un atto di natura essenzialmente negoziale, precisamente un negozio giuridico bilaterale a carattere non contrattuale (in quanto privo del carattere della patrimonialità), nei confronti del quale il provvedimento di omologazione assume efficacia sospensiva. Questi accordi, frutto della libera autodeterminazione dei coniugi, sono diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322 c.c.*" (cfr. Cass. 17 giugno 2004 n. 11342; Cass. 11 novembre 1992 n. 12110; Cass. 21 dicembre 1987 n. 9500; Cass. 27 ottobre 1972 n. 3299).

Orbene, poiché nel caso in esame mancano ambedue tali condizioni (l'esistenza di un rapporto di coniugio e l'essersi verificato l'evento della condizione sospensiva dell'omologa), deve, in ogni caso, ritenersi non produttiva di effetti la clausola in questione.

Pertanto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, deve dichiararsi la nullità anche della clausola n. 5 della scrittura privata *inter partes* in data 10 settembre 1999 e confermarsi, per il resto, quanto già statuito, stante la necessità di provvedere alle esigenze della minore in attesa delle decisioni del giudice funzionalmente competente.

Per quanto riguarda gli ulteriori motivi di appello e la censura nei confronti del provvedimento di correzione delle spese di lite, gli stessi devono considerarsi assorbiti anche in considerazione di quanto si dispone in merito alle spese di lite. Infatti, in considerazione della natura della controversia, delle questioni di diritto prospettate e della mancanza di precedenti giurisprudenziali relativi al caso specifico, si

ritengono sussistenti i giusti motivi di cui all'art. 92 c.p.c. per dichiarare integralmente compensate tra tutte le parti le spese di giudizio anche in relazione al giudizio di primo grado.

(1) Quali possibili obbligazioni contrattuali fra ex amanti divenuti genitori?

SOMMARIO: 1 Premessa. — 2. Il caso concreto. — 3. Il dato normativo. — 4. La decisione. — 5. Una prima considerazione prospettica. — 6. La rilevanza delle argomentazioni della Corte. — 6.1. L'autonomia negoziale nella famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio. — 6.2. L'autonomia negoziale nella famiglia di fatto. — 7. Riflessioni ed argomenti critici. — 8. Conclusioni.

1. La pronuncia di merito che si annota si segnala per l'obiettivo singolarità del caso concreto e per il rilievo che assume in ordine alla tematica afferente l'autonomia contrattuale nel diritto di famiglia e delle persone; evidente l'interesse sotteso, risultando assai raro imbattersi in fattispecie simili; attraverso una convenzione contrattuale per scrittura privata stipulata tra "ex" (senza nessun altro aggettivo ipotetico, salvo quello di amanti, non essendo mai intercorso un vincolo di coniugio, né un rapporto di stabile convivenza *more uxorio* e neppure qualsivoglia previsione contrattuale preventiva), divenuti loro malgrado genitori, si era preteso di dare valenza giuridica ad un rapporto relazionale altrimenti affidato al canone della *soluti retentio* di cui all'art. 2034 c.c.; la medesima sentenza è, quindi, occasione per alcune considerazioni che vadano oltre il richiamo degli insegnamenti riguardanti la sfera di rilevanza giuridica attribuita ai doveri morali e sociali ed i limiti della libertà contrattuale in sede di separazione coniugale od in similari contesti, attingendo le variegate "forme di affettività e genitorialità"; peraltro, l'argomento è tutt'altro che agevole per il contrasto che in questo momento storico si evidenzia tra un fenomeno sociologico indubabilmente proteso all'atomizzazione individualistica, un ordinamento positivo frammentario e l'indirizzo della giurisprudenza volto a tener salda la delimitazione della sfera riservata alla libera compromissione negoziale dei rapporti tra coniugi e tra genitori.

2. La stessa descrizione della fattispecie, che a fronte dei tratti descrittivi come si leggono nella sentenza, di mera trascrizione sia della scrittura privata oggetto di contenzioso che delle conclusioni delle parti, necessitava di una integrazione attraverso l'esame degli atti di causa, ingenera un qualche disagio: un uomo coniugato con prole, noto imprenditore, contemporaneamente alla propria vita coniugale/familiare, si procura, secondo l'asserto, occasionali prestazioni carnali, a quanto sembra, remunerate, instaurando una certa frequentazione con una donna, cittadina extracomunitaria, conosciuta in un locale notturno, rassicurato da questa sull'effettivo utilizzo di contraccettivi

che lo ponessero al riparo dal “rischio” paternità (questa la ricostruzione storica della vicenda che l'uomo ha dedotto e chiesto di provare); da questo rapporto che non involgeva alcuna forma di convivenza nel quotidiano o *consortium vitae*, né presente, né passata, viene generata una figlia; alla nascita viene riconosciuta dalla sola madre, assumendone il cognome; lo stesso evento è causa di immediata interruzione della peculiare relazione; dalla narrazione degli accadimenti esposti in sentenza, affidata invero alla mera trascrizione degli atti di parte, si comprende come l'uomo prenda coscienza della gravità di quanto posto in essere ed entrambi sembrano in qualche modo colti da una crisi esistenziale; razionalmente, dopo qualche tempo dalla nascita, evidentemente previo accertamento sull'effettiva paternità biologica, l'uomo riconosce la propria figlia, ma a questa non viene attribuito il cognome paterno neppure in aggiunta a quello materno, e con l'ausilio di rispettivi difensori viene “confezionata” una scrittura privata, il cui preambolo recita “le parti intendono definire i loro rapporti conseguenti alla nascita della bambina”, sottoscritta da entrambi e dai medesimi legali che li assistevano, con la quale, in buona sostanza, narrato l'antefatto, si regolano per iscritto e con i poteri dell'autonomia contrattuale dei singoli, tre ordini di conseguenti obbligazioni reciproche: 1) la donna doveva continuare a vivere ed eventualmente a lavorare, lontana dai luoghi di vita dell'uomo, obbligandosi anche a non richiedere per la figlia, pur successivamente riconosciuta, l'attribuzione del cognome paterno; 2) la bambina rimaneva affidata alla madre, con facoltà per il padre di visitarla e tenerla con sé, con adeguate provvidenze economiche di contributo paterno al suo mantenimento, comprensive anche del costo integrale della casa d'abitazione, previste sino a che non fosse stata raggiunta l'autosufficienza economica, secondo il canone *ex artt.* 147, 148, 261 c.c.; 3) l'uomo si obbligava, inoltre, a mantenere *pro futuro* anche la donna con un cospicuo assegno mensile, per la medesima durata temporale; da rimarcare come tali eventi si verificano anteriormente alla novella di cui alla l. 8/2/2006 n. 54.

Passa qualche tempo e l'uomo impugna il pattizio, limitatamente alla parte appena enumerata al punto 3), che prevede l'attribuzione di un mantenimento in favore della donna personalmente, confermando così le proprie obbligazioni previste in favore della figlia; l'uomo lamenta che una tale obbligazione non possa avere alcuna validità ed efficacia giuridica, aggiungendo di averla sottoscritta in stato di prostrazione psicologica, e sulla base di errata consulenza legale. La donna si costituisce in giudizio contrastando la domanda sotto ogni profilo, nei termini che emergono dalla sentenza.

Il Tribunale adito, nel negare accesso alla prova storica della vicenda, sulla base della sola scrittura privata e con l'ausilio di un consulente tecnico (per la verifica delle rispettive capacità reddituali-patrimoniali), respinge la domanda, ma dichiara la nullità delle clausole che, in violazione di norme imperative, impedivano alla donna libertà di residenza e di occupazione lavorativa, nonché di tutelare i diritti di nascita della figlia minore (clausole n.

2, 3 e 10); il primo giudice, in particolare, rinviene nella convenzione in parola una valida causa contrattuale a fondamento delle obbligazioni liberamente assunte dal padre in favore della madre per se stessa personalmente.

Di contrario avviso è andata la Corte d'orica, investita dall'appello proposto dall'uomo, la quale ha negato che quella previsione trovasse fondamento in una qualche valida causa contrattuale *ex art.* 1322 c.c., costituendo soltanto un'obbligazione naturale, che tale rimane anche ove trasfusa in un pattizio per scrittura privata, alla quale non ha riconosciuto alcuna efficacia neppure novativa, dichiarando così la nullità (anche) della clausola n. 5 di quella convenzione in contesa.

L'ipotesi oggetto del contenzioso, a dire della Corte, non coinvolge la responsabilità genitoriale, non essendo stato attinto né il rapporto di filiazione, né il regolamento concordato degli oneri che gravano sui genitori per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della figlia sino a che persiste la condizione di non autosufficienza economica, che, come ben noto, determina l'estinzione dell'obbligazione/dovere genitoriale.

Da rimarcare come la vicenda mette in luce una ipotesi di genitorialità aliena da qualsivoglia relazione affettiva accumulata da vita quotidiana stabilmente fissata, nella cui ricorrenza oggi si individua il diffuso fenomeno della cosiddetta famiglia di fatto, reputata sotto vari profili giuridicamente rilevante; colpisce, inoltre, pur a fronte di un accadimento antico quanto l'umanità, che una simile scrittura privata sia stata sottoscritta in epoca così recente, su modelli chiaramente appartenenti ad un passato remoto, quando netta era la distinzione anche tra i figli legittimi ed i "figli della colpa".

3. Si evidenzia subito come i canoni normativi coinvolti si individuano principalmente nelle previsioni *ex artt.* 1322, 1372 e 1418, nonché 1234 e 2034 c.c.; ovvio e scontato, peraltro, il richiamo alle regole *iuris* cardine poste dagli artt. 2, 29, 30 Cost. e 143, 144, 147, 148, 155, 156, 160, 161, 162, 261, 316, comma 2, 129, comma 2, c.c., nonché sul versante processuale, agli artt. 158 c.c., 711 c.p.c., 4, comma 16, l. div. ed all'art. 317 *bis* c.c.

4. La sentenza della Corte d'appello marchigiana procede alla disamina del caso, pur a fronte delle puntuali istanze riportate, basandosi in sostanza sul confronto tra la situazione giuridica dei coniugi genitori e quella, diversa, dei genitori naturali, anche ove tra loro in relazione di convivenza *more uxorio*, demarcando solo per implicito i limiti che in tali distinte condizioni giuridiche soggettive l'ordinamento pone alla libertà contrattuale dei singoli; tale confronto viene disegnato prendendo come parametro di riferimento l'autonomia contrattuale dei coniugi in sede di separazione consensuale, e la motivazione affidata al richiamo di alcuni precedenti di legittimità (1) sul punto.

(1) Trattasi esattamente di: Cass., sez. II, 17 giugno 2004 n. 11342, in *Gius*,

A fronte di quella convenzione per scrittura privata, atipica (che nel tessuto motivato è peraltro trascritta), la soluzione della Corte, pur decisamente sfuggitiva rispetto alle impegnative tematiche ad essa sottoposte, ed erratica nella motivazione, appare in concreto condivisibile quanto al risultato, e ciò per la ragione dirimente che le parti, libere da qualsivoglia vincolo di vita — coniugio od altro patto di vita —, hanno formulato quello specifico sinallagma impugnato di validità, scisso dal collegamento specifico con le esigenze di cura della loro figlia (esigenze fatte oggetto di coeve previsioni specifiche), mentre le obbligazioni assunte in corrispettivo dalla madre beneficiata risultavano platealmente contrarie a norme imperative od all'ordine pubblico (il diritto indisponibile della figlia in ordine alla possibilità di assumere il cognome paterno *ex art. 262 c.c.*, peraltro disposto in evidente conflitto di interessi ma che la Corte, evidentemente errando, definisce assunta per un soggetto — la figlia minore — “estraneo alle parti”, ed il diritto costituzionalmente garantito alla libertà di residenza e di lavoro), incappando nella previsione *ex art. 1418 c.c.*, e, quindi, nei presupposti di cui agli artt. 1343 o 1345 c.c.

Posto, infatti, che il mantenimento della minore era stato fatto oggetto di distinte previsioni *ictu oculi* adeguate, rientranti obiettivamente nei classici schemi pragmatici che si hanno in sede di separazione, divorzio, nullità e giudizi tra genitori naturali aventi ad oggetto il mantenimento della prole (2) ai sensi degli artt. 147, 148, 155, comma 4, 261 e 317 *bis c.c.*, previsioni convenzionali che le parti non avevano impugnato (e comunque, come rileva la Corte, di eventuale competenza funzionale del Tribunale minorile), è proprio quella materia di scambio e patteggiamento che gli attribuisce indubitabile connotazione illecita; ed allora, semmai qualche dubbio ricorresse, era, da un lato, la verifica del se poteva individuarsi una qualche valida causa contrattuale connessa al mantenimento della minore in quanto affidata alle quotidiane cure materne e, dall'altro, in ordine al se effettivamente, nella peculiare fattispecie data, ricorresse o meno un dovere morale e, quindi, un'obbligazione naturale; ad un positivo riscontro della prima ipotesi sarebbe, infatti, conseguita la validità ed efficacia della convenzione anche sul punto controverso, mentre ad un negativo riscontro della seconda ipotesi sarebbe addirittura conseguita la possibilità di ripetizione di quanto già corrisposto (per il lungo periodo temporale di durata in concreto dell'obbligazione prima

2004, 3868; Cass., sez. I, 11 novembre 1992 n. 12110, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 304, con nota di MORACE PINELLI; Cass., sez. I, 21 dicembre 1987 n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, 144, con nota di MARICONDA, ed in *Giust. civ.*, 1988, I, 1237, con nota di COSTANZA; e Cass., sez. I, 27 ottobre 1972 n. 3299, in *Foro it.*, 1973, I, 1878.

(2) In tema sia consentito rinviare a due recenti miei scritti, *Mantenimento del figlio naturale, procedimento ex art. 148 c.c., competenza funzionale*, in *Fam. dir.*, 2009, 1023; e *Intervento del figlio maggiorenne nei giudizi coniugali/genitoriali aventi ad oggetto il proprio mantenimento*, in *Giur. it.*, 2011, 82; come pure alle citazioni in essi rinvenibili.

che venisse fatta oggetto dell'inibitoria in appello), trattandosi, peraltro, o di vitalizio o di donazione privi delle forme prefigurate dall'ordinamento *ad substantiam*, ovvero delle altre ipotesi che risultano ben riassunte nella trascrizione dei motivi dell'appello proposto.

In un tale contesto suscita vivo interesse il paragone preso a base della decisione, che coincide con l'affermazione secondo cui anche tra i *partners* nelle cosiddette convivenze *more uxorio* le attribuzioni patrimoniali di "mantenimento" che si volessero fissare per il tempo successivo alla cessazione di una tale relazione, venuta meno per volontà unilaterale o bilaterale dei conviventi, si configurano sempre e comunque come un'obbligazione naturale, poiché la reciproca assistenza materiale e morale che essi concorrono spontaneamente a sostenere quanto agli oneri economici della vita parafamiliare non possono proseguire oltre la sua vigenza nel quotidiano, in quanto non si possono applicare, in linea di principio e neppure analogicamente, le norme dettate per la diversa fattispecie in cui intercorre il vincolo di coniugio.

5. È certamente un risultato acquisito al nostro ordinamento quello secondo cui la convivenza che evidenzia i principali caratteri propri della famiglia fondata sul matrimonio, rappresentati in buona sostanza dalla ricorrenza di un vincolo affettivo esternato nei comportamenti quotidiani tra soggetti che vivono come coniugi/genitori e su un piano di stabilità, configura una formazione sociale costituzionalmente rilevante (3), nell'alveo di tutela apprestato dall'art. 2 Cost.; tale lettura giuridica del fenomeno della convi-

(3) CORASANITI, *Famiglia di fatto e formazioni sociali*, in AA.VV., *La famiglia di fatto*, Parma, 1977, 143; PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Napoli, 1980, 84; PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 136; FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, *ivi*, 51; ROPPO, voce *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; ALPA, *La famiglia di fatto, profili attuali*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 810; D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989; DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig., disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 192; QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in questa *Rivista*, 1994, 288; FERRANDO, *Convivere senza matrimonio. Rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, 183; TOMMASINI, *La famiglia di fatto, Il diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. priv.*, BESSONE, I, Torino, 1999, 503; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 65; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 520; ZATTI, *Familia, Familiae. Declinazione di un'idea*, I. *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I, 9; SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano*, *ivi* 2003, I, 123; BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004, 1; CATAUDELLA, *Coppie omosessuali: legislazioni in ordine sparso*, in *Guida dir.*, 2004, 3, 65; BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 27; GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in questa *Rivista*, 2006, 1219; LIPARI, *Rapporti coniugali di fatto e rapporti di convivenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1026; BONILINI, *La famiglia*, in

venza *more uxorio* della coppia non fondata sul matrimonio, comunemente oggi definita famiglia di fatto od unione di fatto, come ben noto, non scalfisce l'“istituzione” familiare fondata sul matrimonio, come disegnata dal Costituente con i fondamentali canoni *ex art. 29 Cost.*, permanendo una netta distinzione di “statuto” (4); la conclusione cui si giunge secondo l'opinione

Diritto civile, diretto da LIPARI e RESCIGNO, II, Milano, 2009, 70; MORRONE, in *Codice della famiglia*, a cura di SESTA, I, Milano, 2009, *sub art. 2 Cost.*

D'uopo comunque, segnalare le ampie perplessità di TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1977, 1, e *Id.*, *Morte della famiglia o famiglia senza famiglie*, *ivi*, 1988, 19; come pure la diversa opinione che individua negli strumenti riservati dall'ordinamento all'autonomia privata l'unica possibile regolamentazione della convivenza, espressa da GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 143; ed i netti distinguo di JEMOLO, *La c.d. famiglia di fatto*, in *Scritti R. Nicolò*, Milano, 1982, 47, e MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 4.

(4) La Corte Costituzionale prosegue recisa nel suo indirizzo teso ad escludere qualsivoglia equiparazione tra la famiglia fondata sul matrimonio e la cosiddetta famiglia di fatto, mentre, d'altro canto, non ha mai negato la rilevanza giuridica del fenomeno famiglia di fatto, a fronte del basilare canone di cui all'art. 2 Cost., fissando una lettura armonica dei diversi livelli di tutela oramai ben nitida e consolidata. Il percorso elaborato dalla Corte risulta peculiarmente tratteggiato con Corte cost. 18/11/1986 n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353, ed in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1960; Corte cost., 7/4/1988 n. 404, in *Foro it.*, 1988, I, 2515, con nota di PIOMBO, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627, con nota di TRABUCCHI, in questa *Rivista*, 1988, 1559, con nota di SCALISI, ed *ivi*, 1990, 767, con nota di DOGLIOTTI; Corte cost., 18/1/1996 n. 8, in *Giur. it.*, I, 1, 281; Corte cost., 30/12/1997 n. 451, in *Giur. cost.*, 1997, 4001; *Id.*, 29/1/1998 n. 2, in *Fam. dir.*, 1998, 214, con nota di FIGONE; Corte cost., 13/5/1998 n. 166, *ivi*, 1998, 205, con nota di CARBONE, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 678, con nota di FERRANDO, ed in *Giur. it.*, 1998, 1783, con nota di COSSU; Corte cost., 20/7/2000 n. 313, in *Giur. cost.*, 2000, 2367; Corte cost., 25/7/2000 n. 352, *ivi*, 2567; Corte cost., 3/11/2000 n. 461, *ivi*, 3642; Corte cost., 14/11/2000 n. 491, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 176, con nota di QUADRI; Corte cost., 11/6/2003 n. 204 in *Foro it.*, 2003, I, 2222; Corte cost., 12/2/2004 n. 62, in *Corr. giur.*, 2004, 455, con nota di IZZO; Corte cost., 20/4/2004 n. 121, in *Fam. dir.*, 2004, 329, con nota di PITTARO; Corte cost., 27/3/2009 n. 86, in *Corr. giur.*, 2010, 97, con nota di NASCIMBENE; Corte cost., 8/5/2009 n. 140, in *Foro it.*, 2010, I, 796, con nota di CAPPUCCIO; Corte cost., 6/11/2009 n. 286, in *Fam. dir.*, 2010, 221, con nota di TOMMASEO; Corte cost., 18/12/2009 n. 335, *ivi*, 339, con nota di ASTONE; Corte cost., 14/1/2010 n. 7, *ivi*, 2011, 113, con nota di ALVISI; Corte cost., 5/3/2010 n. 82, in *Foro it.*, 2010, I, 1064; Corte cost., 15/4/2010 n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, 653, con nota di GATTUSO, intervenuta in ordine all'ipotesi di matrimonio per le persone dello stesso sesso. “Il matrimonio assicura ad ognuno dei due sposi un diritto assoluto con riferimento all'altro, diritto esclusivo che non si riferisce soltanto al rapporto fisico, ma si estende a tutta la convivenza: diritto di essere l'unico (l'unica) ad avere la vita in comune con la persona che è coniuge. L'esclusività sociale garantita dalla celebrazione diventa l'identità sociale dei coniugi e della famiglia fondata sul matrimonio, l'unica che presenta una struttura giuridica tale da meritare, per lo Stato, la qualifica di ‘società naturale’. Ed è questa l'essenza che consente di mantenere ferma la distinzione tra

prevalente, è quella per cui giuridicamente la famiglia di fatto rileva quale formazione sociale che consente lo sviluppo della personalità del singolo che la compone.

Alla crescente diffusione del “modello” di convivenza *more uxorio* (cioè di quanti si comportano come se fossero coniugi), quale scelta alternativa all’unione matrimoniale, fondata essenzialmente sulla libertà e l’autonomia dei *partners* (5), ha fatto da contraltare una legislazione che ha sparso, qua e là, nell’ordinamento, in maniera disorganica, regole su specifici temi, i cui interessi sottostanti sono stati reputati meritevoli di tutela (6); come pure una

famiglia legittima e famiglia c.d. di fatto (caratterizzata dalla convivenza *more uxorio*) nonostante le misure di protezione di quest’ultima e la quasi totale equiparazione tra la filiazione naturale e quella legittima”. Con queste parole si esprimeva efficacemente in tempi oramai remoti, PIETROBON, *Sull’essenza del matrimonio civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 712.

(5) Caratteristica che tutt’oggi, pur in un contesto di aspre opinioni contrapposte, sembra come inibire il legislatore nazionale alla regolamentazione del rapporto, secondo uno statuto minimo, che finirebbe inevitabilmente per violare proprio quella libertà di scelta individuale cui si verrebbe a sovrapporre una ingerenza statale, per quanto ispirata da valori di protezione; e le scelte individuali, come diffusamente insegnato, non tollerano imposizioni e divieti neppure nel matrimonio, tanto che la prima libertà inviolabile è proprio insita nella scelta di non sposarsi.

(6) Non è certo questa la sede propria per una elaborazione compiuta, ciò non di meno è opportuno il richiamo ad alcune disposizioni di legge ordinaria. Intanto il primo dato rilevante è costituito dalla nozione anagrafica di famiglia di cui all’art. 4 d.P.R. 30/5/1989 n. 223. In merito alla successione nel contratto di locazione abitativa *ex art.* 6 l. 27/7/1978 n. 392, come visto, è intervenuta a più riprese la Corte delle leggi, ed, in particolare, dapprima ne ha esteso la spettanza al convivente *more uxorio* e poi ha esteso la possibilità dell’assegnazione in uso della casa familiare, in presenza di prole nata da rapporti di convivenza familiari non fondati sul matrimonio (citazioni nota 4), previsione ora espressa nel vigente art. 155 *quater* c.c., applicabile in virtù dell’art. 4 l. n. 54/2006. Al rapporto parafamiliare fa riferimento l’art. 1 della l. 29/7/1975 n. 405 relativa ai servizi assistenziali dei consultori familiari; l’art. 6 della l. 4/5/1983 n. 184 come modificata ed integrata dalla l. 28/3/2001 n. 149, in relazione agli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità del vincolo ai fini dell’adozione; la l. 20/10/1990 n. 302 per le provvidenze a favore dei conviventi *more uxorio* delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata; l’art. 3 della l. 1/4/1999 n. 91 relativamente ai soggetti titolati ad ottenere le informazioni mediche dovute in attesa di trapianto; l’art. 17 della l. 17/2/1992 n. 179, permette la sostituzione al socio assegnatario defunto, del convivente da almeno un biennio rispetto al decesso; l’art. 4 della l. 8/3/2000 n. 53 in ordine al diritto del lavoratore ad un permesso retribuito in caso di morte o di grave infermità del convivente; gli artt. 342 *bis* e 342 *ter* c.c., introdotti con la l. 4/4/2001 n. 154 sull’estensione al convivente degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; l’art. 408 c.c., introdotto con la l. 9/1/2004 n. 6, in ordine alla scelta dell’amministratore di sostegno; l’art. 5 della l. 19/2/2004 n. 40 sulla possibilità dei conviventi di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita; l’art. 4 della l. 8/2/2006 n. 54, che estende la disciplina sull’af-

proliferazione di rivendicazioni e controversie, di norma proposte al momento in cui viene intrapresa nuova convivenza da parte del coniuge già separato o divorziato, ovvero si verifica per qualsiasi causa il venir meno del vincolo affettivo di fatto, con frequente intervento degli organi giurisdizionali (7).

fidamento condiviso anche ai figli di genitori non coniugati. Di rilievo anche le previsioni nel settore penale e processual-penalistico, quali, ad esempio, in ordine ai maltrattamenti in famiglia, l'art. 572 c.p.; l'art. 199 c.p.p. per la facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; le stesse previsioni di cui alla citata l. n. 154/2001 per la disciplina penalistica degli abusi familiari, di cui all'art. 282 *bis* c.p.p.; l'art. 681 c.p.p. in tema di richiesta di grazia; l'art. 30 della l. 26/7/1975 n. 354, che prevede la concessione di permessi ai condannati in caso di imminente pericolo di vita del convivente; ma vedi meglio il riferimento di cui *infra*.

(7) I precedenti giurisprudenziali sono decisamente numerosi ed in questa sede possono solo richiamarsene alcuni, tenuto peraltro conto sia delle citazioni che precedono che di quelle che seguono, onde non ripetere vanamente gli stessi riferimenti. Abbiamo già visto della possibilità di assegnazione della casa familiare già *ante* novella c.d. sull'affidamento condiviso, secondo Corte Cost. 15/3/1998 n. 166, cit., cui faceva eco, tra altre, Cass., sez. I, 26/5/2004 n. 10102, in *Foro it.*, 2004, I, 2742; mentre Cass., sez. I, 1/8/2000 n. 10034, in *Giur. it.*, 2001, 902, con nota di DIMARTINO, è intervenuta, in conformità alla giurisprudenza costituzionale citata in nota 4, a proposito della successione nella conduzione locativa. Relativamente al subentro nell'assegnazione di alloggio popolare, si veda invece Cass., sez. I, 22/4/2002 n. 5853, in *Arch. civ.*, 2003, 194. In ipotesi di risarcimento del danno aquiliano patito dal convivente *more uxorio* sul presupposto della sussistenza di una stabile famiglia di fatto, si vedano, la storica Cass., sez. III, 28/3/1994 n. 2988, in *Resp. civ. prev.*, 1995, 564; e poi, Cass., sez. III, 29/4/2005 n. 8976, in *Fam. dir.*, 2005, 434; Cass., sez. III, 7/6/2011 n. 12278, in *www.personaedanno.it*; sempre in tema, ben rilevanti, Cass., sez. IV pen., 27/9/2001 n. 35121, in *Dir. gius.*, 2001, 29, e Cass., sez. I pen., 18/2/2010 n. 6587, in *Fam. minori*, 2010, 4, 59, con nota di AMATO, le quali dichiarano ammissibile la costituzione di parte civile, rispettivamente, degli affidatari di un minore e del convivente, per l'esercizio dell'azione risarcitoria. Imponente la mole di precedenti a proposito del diritto all'assegno di mantenimento da parte del coniuge separato, o dell'assegno divorzile, per effetto della costituzione di una nuova famiglia di fatto (secondo l'art. 5, comma 10, l. div., il nuovo matrimonio causa la perdita di diritto del coniuge alla misura assistenziale); ovvero in tema di adeguamento di tali misure per effetto di una nuova famiglia di fatto intrapresa dal coniuge onerato separato, in procinto di divorziare o divorziato, in ordine all'assegno di mantenimento od alla spettanza od alla revoca dell'assegno divorzile, ovvero delle previsioni per la prole, e così, tra le tante, Cass., sez. I, 2/6/2000 n. 7328, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2225; Cass., sez. I, 22/11/2000 n. 15065, in *Fam. dir.*, 2001, 34, con nota di DE MARZO; Cass., sez. I, 17/1/2002 n. 432, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1001, con nota di FINOCCHIARO; Cass., sez. I, 20/1/2006 n. 1179, in *Banca dati Il Foro it.*; Cass., sez. I, 26/1/2006 n. 1546, *ivi*; Cass., sez. I, 24/2/2006 n. 4203, in *Fam. dir.*, 2006, 599; Cass., sez. I, 10/11/2006 n. 24056, *ivi*, 2007, 329, con nota di ASTIGGIANO; Cass., sez. I, 28/6/2007 n. 14921, *ivi*, 2008, 257, con nota di VISALLI; Cass., sez. I, 3/8/2007 n. 17043, in *Fam. min.*, 2007, 9, 70; e da ultimo, sulla rilevanza della sopravvenienza di nuova prole, si cfr., Cass., sez. I, 4/2/2009 n. 2709, in *banca dati*

Gli elementi certi di elaborazione giurisprudenziale qui ancora da premettere nell'ottica prospettica in parola risultano connessi, da un lato, all'esigenza di rinvenire una convivenza *more uxorio* dotata dei crismi di una reale comunione di vita e di affetti, che abbia raggiunto una sufficiente stabilità (8), quale presupposto al riconoscimento dei diritti soggettivi ammessi alla tutela ovvero quale presupposto di rilevanza, e, dall'altro, dalla netta esclusione dei diritti che possono derivare unicamente dal vincolo di coniugio, e così, per

Platinum; e Cass., sez. I, 11/4/2011 n. 8227, in *Giur. it.*, 2011, 994. Con peculiare riguardo alla pensione di reversibilità, Cass., sez. I, 10/10/2003 n. 15148, in *Foro it.*, 2003, I, 3277; e Cass., sez. I, 16/12/2004 n. 23379 in *Fam. dir.*, 2005, 393, con nota di RAVOT. In tema di decorso o meno della prescrizione tra conviventi *more uxorio*, è intervenuta Corte cost. 29/1/1998 n. 2, cit. in nota 4, giunta a conclusione negativa siccome l'ipotesi tra coniugi *ex art.* 2941, n. 1, c.c., deve ritenersi tassativa. Si era occupata della titolarità dell'acquisto di beni immobili da parte del convivente *more uxorio*, App. Firenze 12/2/1991, in questa *Rivista*, 1992, 633, escludendo in radice la pretesa di una qualche equiparazione con il regime patrimoniale della comunione tra coniugi. In tema di donazione di gioielli al convivente era intervenuta Cass., sez. II, 24/11/1998 n. 11894, in *Giust. civ.*, 1999, I, 686, statuendone la validità solo ove rientrante nelle liberalità d'uso. Cass., sez. lav., 18/6/2010 n. 14783, in *Fam., pers. succ.*, 2010, 827, con nota di CORSO, si è invece pronunciata a proposito dell'assegno per il nucleo familiare nella famiglia di fatto, ammettendone la spettanza per i figli nati fuori dal vincolo di coniugio senza condizioni. In relazione al ricongiungimento tra *partners* stranieri non coniugati, si cfr. Cass., sez. I, 17/3/2009 n. 6441, in *Fam. dir.*, 2009, 454. Nel settore penale i precedenti risultano altrettanto numerosi anche per tema; per una loro minuziosa rassegna si rinvia a PITTARO, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. dir.*, 2010, 933.

(8) Secondo la nota pronuncia di merito Trib. Brescia 10/4/2003, in *Fam. dir.*, 2003, 476, con nota di DELCONTE, "la convivenza *more uxorio* dev'essere connotata da stabilità e, dunque, dev'essere messa alla prova di un certo trascorrere del tempo, ...si può definire stabile quando perduri da almeno un paio di anni dal suo inizio". Fanno precipuo riferimento al criterio della stabilità, invero esigendone la ricorrenza in uno ai connotati della continuità e regolarità, anche gli insegnamenti di Cass., sez. I, 8/8/2003 n. 11975, in *Guida dir.*, 2003, 38, 75; anteriormente si evidenziava il riferimento alla stabilità ed all'affidabilità, trascendente la mera esistenza di rapporti sessuali, in Cass., sez. I, 4/4/1998 n. 3503, in *Fam. dir.*, 1998, 333, con nota di DE PAOLA (nella giurisprudenza anteriore ricorreva la definizione "comunanza di vita e di interessi, non basata su un mero rapporto sessuale di carattere ancillare"); cfr. Cass., sez. I, 24/3/1977 n. 1161. Precisazione ulteriore si rinviene poi in Corte App. Roma 2/3/2001 n. 729, in *Guida dir.*, 2001, 25, 53, nella distinzione tra il semplice rapporto occasionale e la famiglia di fatto; Cass., sez. I, 10/11/2006 n. 24056, in *Fam. dir.*, 2007, 329, con nota di ASTIGGIANO, preferisce esprimersi con riferimento ad una convivenza di fatto consolidata e protrattasi nel tempo, assumendo che la stabilità è solo quella derivante da garanzie giuridiche. D'altro canto, l'art. 6 l. 4/5/1983 n. 184 si riferisce ad un rapporto di convivenza di fatto stabile e continuativa di almeno tre anni, seppure in tema di adozione, ovviamente, rilevano elementi di estrema cautela; la questione, peraltro, mette in luce anche non trascurabili difficoltà probatorie.

quanto ci riguarda, dalla negazione per il convivente *more uxorio* del diritto al mantenimento ed agli alimenti (9).

Altro elemento di tale complessa elaborazione, oramai più che trentennale, è quello secondo cui alla prole, anche se nata fuori dal matrimonio, è assicurata pienezza di tutela giuridica e sociale, con esatta estensione ai figli naturali dei canoni della responsabilità genitoriale ed il superamento di ogni antica discriminazione (10).

Come ben si comprende, allora, le relazioni affettive (11), ove non giungano alla celebrazione del matrimonio, possono evolvere verso una relazione di convivenza stabile, configurando così il fenomeno della cosiddetta famiglia di fatto (12), ma, ancor prima di tali “traguardi”, esse certamente non rilevano per

(9) Oltre i precedenti citati e quelli che analizzeremo *infra*, in particolare *sub* 6.2, meritano un richiamo i precedenti di Trib. Napoli 8/7/1999, in *Fam. dir.*, 2000, 501, con nota di MORELLO DI GIOVANNI; Trib. Roma, 10/10/1985, in *Temi romana*, 1985, 953; Cass., sez. II, 3/2/1975 n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, 2301, con nota di FLORINO. Ad essi si aggiunge ora la pronuncia annotata.

(10) Ampia la bibliografia, tra cui, FERRANDO, *La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2008, 635 e le sue opere anteriori ivi citate; ma anche: GALGANO, *Trattato di diritto civile*, I, Padova, 2009, 537 ss.; DOGLIOTTI, *Affidamento condiviso e diritto dei minori*, Torino, 2008, 25; PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, CICU-MESSINEO-MENGONI, Milano, 2007, 551 ss.; DOSSETTI, *La disciplina unitaria dello status di figlio: un adempimento che non può essere rinviato*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 418; BIANCA, *Diritto civile*, 2. *La famiglia. Le successioni*, cit., 316; ROSSI, *Il mantenimento dei figli*, Milano, 2005, *passim*; SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, II, 470; D'AURIA, *Il rapporto di filiazione e la filiazione legittima*, in *Manuale del nuovo diritto di famiglia*, a cura di CASSANO, Piacenza, 2003, 1102; PERLINGIERI-PISACANE, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 2001, 191. Residue problematiche ovviamente permangono: a titolo esemplificativo e con precipuo riferimento a quelle afferenti il versante processuale, mi sia consentito rinviare al mio scritto, *Mantenimento del figlio naturale, procedimento ex art. 148 c.c., competenza funzionale del giudice*, cit., in nota 2.

(11) Opportuno precisare come l'utilizzo nel titolo del presente lavoro della qualificazione soggettiva di “amante” discende dalla fattispecie, e non costituisce certo un pregiudizio negativo o, peggio ancora, spregiativo (né potrebbe esserlo, trattandosi del participio presente del verbo amare); non è, del pari, fuori luogo evidenziare, ancora nell'ottica della razionalità, come il commercio del proprio corpo nell'esperienza umana non risponde neppure alle leggi dell'amore; salvo il rigore di questo limite giuridico per il civilista, qualunque citazione anche letteraria non consentirebbe di distinguere adeguatamente le possibili variabili e sfumature infinite, né, d'altronde, può reputarsi utile l'esigenza di una catalogazione, rilevando appunto soltanto il limite dell'illiceità.

(12) Il riferimento è volutamente limitato, pur richiamandosi gli sforzi della dottrina più recente nell'individuazione delle molteplici realtà affettive; per tutti, da ultimo, BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1105, e le ampie citazioni ivi rinvenibili. Peraltro, in nota 8 si è già evidenziata la distinzione tra famiglia di fatto e relazione affettiva occasionale. Sotto il profilo della variegata natura delle relazioni di fatto, di rilievo il precedente di Trib. Venezia 31/7/2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 864, con nota di VALLE.

il diritto (l'eventuale promessa di matrimonio violata ovvero l'eventuale patto di convivenza inattuato, comunque, non rilevano in questa sede) e lo "statuto" di tali relazioni può derivare unicamente dall'eventuale rapporto di filiazione, come nella specie verificatosi; poco importa la natura od il contesto, lecito o meno, della relazione, che può consistere anche in una mera relazione carnale frutto di prostituzione (rapporto contrattuale obiettivamente illecito nella causa, pur con il peculiare "contrappeso" *ex art. 2035 c.c.*), ciò che rileva è unicamente la responsabilità genitoriale per il solo fatto della procreazione, e la vicenda umana sottesa mette in luce anche il "rischio" di chi con il proprio agire viene infine attinto dalla conseguente responsabilità in parola.

6. La soluzione data al caso che ci occupa passa unicamente dal confronto con la situazione della causa contrattuale meritevole di tutela nell'ambito dell'accordo dei coniugi in vista della loro separazione consensuale e dall'ulteriore confronto, rafforzativo, con l'ipotesi della dissoluzione della convivenza *more uxorio*.

Si intuisce immediatamente, però, l'irrelevanza (peraltro dichiarata) di tali argomenti rispetto alla concreta fattispecie giunta all'esame della Corte, non ricorrendo né il vincolo di coniugio e neppure un vincolo parafamiliare di fatto.

Probabilmente la Corte, per trovare la soluzione al caso, in negativo ed a mero confronto, ha inteso riferirsi all'ampio tema dell'autonomia negoziale dei coniugi ed all'autonomia contrattuale dei conviventi *more uxorio*, errando *in primis* nel non considerare l'autonomia negoziale dei genitori come l'ipotetico parametro di riferimento autenticamente rilevante nella specie.

Come ben noto, il tema dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia occupa uno spazio crescente per l'interprete.

Si discute, infatti, di autonomia negoziale in molti sensi ed è a tutt'oggi arduo ridurre ad unità sistematica e ad un'omogenea catalogazione quella esigenza dei singoli che pretende di passare attraverso gli strumenti dell'accordo negoziale (secondo schemi in genere atipici), per la regolamentazione degli interessi familiari, con le molteplicità funzionali sottese, tra le quali spicca quella di dare certezze alle conseguenze fisiologiche o patologiche dell'unione familiare, *lato sensu* intesa.

6.1. Dovendo in questa sede necessariamente limitarci a qualche schematico cenno riassuntivo sullo "stato dell'arte", e premesso che l'ottica che ci riguarda è incentrata ovviamente sulle pattuizioni di connotato economico-patrimoniale, quanto alla famiglia fondata sul matrimonio, si evidenziano ripartizioni importanti. Al di là della constatazione ontologica per cui è, innanzitutto, lo stesso matrimonio un rapporto che nasce dalla espressione della volontà dei nubendi (nelle forme solenni prefigurate dall'ordinamento) ed è solo alla volontà del coniuge che può conseguire poi lo *status* separato o

di scioglimento del vincolo (13), la prima individuazione, avuto riguardo all'autonomia dei coniugi in costanza di vita matrimoniale, coglie quel diritto-dovere di autoregolamentazione concorde ed armonica della vita di coppia, ivi compresa la scelta del regime patrimoniale, secondo il cardine normativo che discende dagli artt. 2, 29 Cost., 143 e 144 c.c., pur trovando la propria misura limitativa nella sintonia con i diritti ed i doveri inderogabili derivanti dal matrimonio, dei quali è parola in via di principio nello stesso dettato costituzionale e nell'art. 160 c.c.; invero, la ricerca dell'accordo quale metodo di attuazione dei doveri nascenti dal matrimonio costituisce ulteriori doveri coniugali che abbraccia tutti gli aspetti della convivenza e si sostanzia nel tener conto del parere dell'altro. Si passa alla evenienza di regolamentazione pattizia della cosiddetta separazione di fatto, nella quale si colloca l'ipotesi degli accordi tra coniugi in vista dell'interruzione di mero fatto della convivenza, ovvero già in stato di vita separata, riguardo proprio ad una tale condizione, ai rapporti economico-patrimoniali che ne discendono, al mantenimento ed all'affidamento della prole, che escluda sia il ricorso al (preventivo) controllo giudiziale del consenso come la proposizione della domanda in via contenziosa; anche qui espressione di quella autonomia familiare nitidamente delineata dagli artt. 144 e 316 c.c., per quanto soggettiva, obiettivamente ammessa, al riparo dal controllo giudiziale, ma finché, per l'appunto, non sia proposta domanda di separazione, consensuale o giudiziale. Ma la più vasta gamma di attenzioni è stata posta relativamente alla sorte degli accordi il cui consenso risultasse poi revocato unilateralmente (anteriormente o successivamente all'omologazione), all'estensione degli accordi omologabili nella separazione consensuale (14) ed alla validità ed efficacia degli accordi ulteriori tra coniugi separati consensualmente, ma non omologati dal Tribunale, siano essi anteriori "in vista" della separazione quando la crisi coniugale è solo prefigurata od "in occasione" della separazione a crisi oramai conclamata, ovvero successivi a modificazione delle condizioni già vigenti, ove si staglia un vistoso conflitto tra il bene di una incontrastata autonomia dei coniugi nel momento in cui il loro *status* vive la trasformazione dall'unità alla separatezza, ed il bene della tutela

(13) Si cfr. Cass., sez. I, 13/12/1995 n. 12775, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 346, con nota di MELITI.

(14) Importante l'esplicito insegnamento di Cass., sez. I, 15/1/1997 n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 278, con nota di ZANUZZI, che, nel qualificare l'autonomia privata come la principale fonte di determinazione degli effetti patrimoniali della separazione, precisa che nel contenuto dell'accordo di separazione rientra "ogni eventuale statuizione finalizzata a regolare l'assetto economico dei rapporti tra i coniugi in conseguenza della separazione, comprese quelle attinenti al godimento ed alla proprietà dei beni"; ma un tale riferimento nella giurisprudenza della Corte è ricorrente. Da menzionare, tra i tanti, due recenti pronunce di merito afferenti la possibilità di operare trasferimenti immobiliari diretti: App. Milano 12/1/2010, in *Fam. dir.*, 2011, 589, con nota di OBERTO; e Trib. Varese 23/1/2010, *ivi*, 60, con nota di GRASSO.

degli interessi ritenuti bisognosi di una particolare protezione, anche sul versante delle garanzie processuali; da qui la sanzione di nullità *a posteriori* che può colpire gli accordi non in linea con il rispetto dei diritti inderogabili; similare attenzione, avuto riguardo al dato normativo ultimo, involge la rilevanza degli “*accordi intervenuti tra i genitori*” di cui è parola nell’art. 155, comma 2, penultimo capoverso, come pure nei successivi commi 3 e 4, c.c.; importante anche l’ipotesi della riconciliazione successiva alla pronuncia di separazione od all’omologazione di quella consensuale, *ex art.* 157 c.c., che presuppone proprio un “*comune accordo*” e, quindi, l’eventuale utilizzo anche degli strumenti dell’autonomia negoziale garantiti ai privati. Rilevante pari attenzione è stata posta relativamente ai limiti di validità degli accordi in vista del divorzio, od a modificazione del già vigente regime divorzile (con peculiare riguardo alla libera derogabilità pattizia del diritto all’assegno divorzile), come pure all’autonomia negoziale nelle ipotesi di annullamento del vincolo di coniugio. Anche al confronto con le deviazioni tipiche dei contratti, quali, ad esempio, il tema dei vizi della volontà, è stata riservata rilevante attenzione.

Le soluzioni, che indubitabilmente tendono a segnare crescenti spazi di autonomia rimessi ai coniugi, sono risultate, però, tutt’altro che omogenee e difficoltosa è l’individuazione di un filo conduttore comune.

La dottrina e la giurisprudenza risultano, peraltro, animate da linee tendenzialmente volte al dissenso.

Attraverso l’analisi del contributo della dottrina si evince una prevalente propensione per la più ampia esplicazione pattizia privata dei singoli, anche nei loro rapporti familiari, reputando doversi assicurare quella libertà negoziale, quale forma privilegiata di realizzazione della personalità umana, secondo il parametro primario per cui soltanto attraverso la tutela del singolo componente il nucleo familiare si può tutelare adeguatamente la comunità familiare nel suo complesso (15); l’accento cade sull’eguaglianza dei due

(15) Impressionante la mole dei contributi in qualche modo rilevanti; si fa riferimento ai seguenti, ove, comunque, si rinvengono ampie citazioni e che rispecchiano le diverse sensibilità e posizioni: OBERTO, *Trasferimenti patrimoniali in favore della prole operati in sede di crisi coniugale*, in *Fam. dir.*, 2007, 64; dello stesso Autore numerosi altri contributi, tra i quali, oltre al fondamentale *I contratti della crisi matrimoniale*, Milano, 1999, anche *L’autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, 617, e *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. dir.*, 2003, 389 (I parte) e 495 (II parte); MANTOVANI, *Separazione personale dei coniugi*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 2007, sub V, n. 4, *Separazione di fatto e accordi tra i coniugi*; RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006; ANDRINI, *L’autonomia privata dei coniugi tra status e contratto*, Torino, 2006; BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, cit., 17 e 34; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi matrimoniale*, in *Familia*, 2005, I, 1; EMILIOZZI, *La riconciliazione dei coniugi tra separazione e divorzio*, Napoli, 2005; F.

coniugi, sulla loro libertà e sul rispetto della personalità anche dei figli, quali momenti centrali a base della loro autonomia, in un sistema giuridico che, fermi i diritti-doveri personali inderogabili nel coniugio, permeato dal principio generale della solidarietà, ha obiettivamente abbandonato il dogma dell'indissolubilità del vincolo coniugale in una visione di connotato pubblici-

PATTI, *Accordi patrimoniali tra coniugi connessi alla crisi del matrimonio. Autonomia negoziale e ruolo del notaio*, in *Vita not.*, 2004, 1381; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 47; MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 85; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, I, 285; AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge più debole tra legge e autonomia privata*, *ivi*, 2002, 967; ROMANO, *Le disposizioni convenzionali tra coniugi nell'assetto post-matrimoniale*, in *Contratti*, 2002, 93; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 245; RUSSO, *Il divorzio all'americana*, in *Foro it.*, 2001, I, 1328; DE MARZO, *Divorzio su domanda congiunta e equità degli accordi patrimoniali*, in *Fam. dir.*, 2000, 263; RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Matrimonio e famiglia*, 2000, 343; e *Id.*, *Il diritto di famiglia ad un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 111; CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del mènage*, Padova, 1999; OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 19; LONGO, *Trasferimenti immobiliari a scopo di mantenimento del figlio nel verbale di separazione: causa, qualificazione, problematiche*, in questa Rivista, 1998, 576; BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in *Commentario codice civile diretto da SCHLESINGER*, Milano, 1997; ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997; FIGONE, *Sull'annullamento del verbale di separazione consensuale per incapacità naturale*, in *Fam. dir.*, 1997, 441; GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 695; DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano 1996; COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, 105; CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali fra coniugi (in crisi)*, in *Fam. dir.*, 1994, 148; CEL, *Transazione stipulata tra coniugi in vista della separazione*, *ivi*, 662; RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *I contratti in generale*, a cura di ALPA e BESSONE, II, 2, in *Giurisprudenza sistematica civ. comm.*, Torino, 1991, 1160; POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. giur.*, 1988, 116; A. FINOCCHIARO, *Sulla pretesa inefficacia di accordi non omologati diretti a modificare il regime della separazione consensuale*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1657.

Con una visione più larga in ordine al "controllo" della libertà contrattuale ed alle sue contraddizioni, si rinvia a MANTELLO, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008; SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 263; ma anche a SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229.

stico, autoritaria e paternalistica, per approdare ad una “concezione privatistica della famiglia”, frutto anche di una lunga stagione di riforme, ed in particolare di quella di cui alla l. 19/5/1975 n. 151, di quella anteriore sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio di cui alla l. 1/12/1970 n. 898, resistita anche a *referendum* popolare abrogativo ed aggiornata con l. 6/3/1987 n. 74 e, da ultimo, quella di cui alla l. 8/2/2006 n. 54; l'esito complessivo che ne è scaturito ha fatto assurgere la regola dell'accordo a chiave di volta della dinamica familiare, con spostamento del baricentro dall'intervento giudiziale alla soluzione concordata dei conflitti (16); l'autonomia privata diviene, così, una fonte privilegiata nel regolare la vita della famiglia sia quando si volge in condizioni di normalità, sia quando insorgono dissidi o si dissolve, al fine di favorire l'equilibrata soluzione dei conflitti tra le ragioni dei singoli, con tutti i loro bisogni, esigenze ed interessi, riducendo, quanto più possibile, l'area dell'intervento decisorio giudiziale.

La giurisprudenza sembra, invece, propendere per una libertà negoziale tendenzialmente controllata, richiamandone i limiti, sia riguardo alle rinunce preventive che alla validità ed efficacia delle disposizioni ed obbligazioni liberamente assunte con lo strumento contrattuale a regolamentazione dei rapporti familiari, e che secondo l'ordinario canone *ex art. 1372 c.c.* avrebbero puramente e semplicemente “forza di legge tra le parti”; la verifica finisce per attingere la causa del negozio in concreto posto in essere dai coniugi/genitori (rappresentabile all'interesse familiare organizzato conformemente alle singole proprie esigenze), al fine di vederne confermata o meno la sua meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* e, quindi, la sua validità ed efficacia; pur risultando evoluta verso lo stesso principio di autodeterminazione, l'ottica è cauta, nella consapevolezza che deve sempre aversi riguardo al rispetto del limite dell'indero-

(16) Sempre sul tema, avuto riguardo alla dottrina anteriore ed agli opportuni confronti, oltre alle fondamentali pagine di F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, 381, giova ricordare quelle di RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi* e LIPARI, *Il matrimonio*, entrambi in *Aa.Vv., Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, a cura di BELVEDERE e GRANELLI, Padova, 1996; ed ancora è d'uopo richiamare: ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981; TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19, e *Id.*, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 1553; FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 614; SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1976, 419; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 474; PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 530; per riflessioni di valenza processuale, MONTESANO, *Nuovi rimedi giudiziari per le famiglie in crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 1.

gabilità, e si incentra sostanzialmente sul principio di indisponibilità degli *status* e delle garanzie a tutela dei soggetti deboli, in ossequio al canone della solidarietà discendente dall'unione familiare.

Non si può prescindere da un breve approfondimento esemplificativo, analizzando proprio la giurisprudenza che in questo contesto appare saliente, anche per il fatto che la stessa pronuncia qui annotata pone espresso riferimento agli specifici precedenti di legittimità indicati, quale reale esplicitazione motiva della decisione.

Tra gli insegnamenti del Supremo Collegio, limitandoci volutamente a quelli intervenuti in epoca più recente, dagli anni '90 sino ai giorni nostri, spiccano alcune pronunce aventi una peculiare rilevanza per il nostro tema; si può così partire dal precedente di Cass., sez. I, 17/6/1992 n. 7470 (17), il quale attribuisce piena validità ed efficacia ad un accordo con il quale i coniugi in crisi relazionale, nel mentre fissavano l'instaurazione di un regime di vita comportante la loro separazione di fatto, disponevano anche trasferimenti immobiliari e mobiliari a regolamentazione dei reciproci rapporti patrimoniali ed a tacitazione dell'obbligo di mantenimento del coniuge debole (moglie) e del figlio minore; osserva, in particolare, l'organo di legittimità che un tale accordo (del quale viene senz'altro esclusa la causa di liberalità, essendo solutorio dei doveri di contributo al mantenimento (18)), pur se non è idoneo a produrre gli effetti della "separazione legale", corrisponde in buona sostanza alle stesse regole del *ménage* concordate per il governo della famiglia nel suo complesso, secondo la previsione *ex art.* 144 c.c., norma che costituisce la fonte di piena legittimazione delle manifestazioni negoziali dei coniugi, valevoli anche nei momenti di crisi; sull'ulteriore presupposto che l'accordo tra i coniugi di vivere "separati di fatto" non è illecito (19), pur non essendo idoneo a produrre gli effetti di *status* che solo alla separazione legale possono ricondursi, veniva riconosciuta la meritevolezza della detta causa solutoria atipica *ex art.* 1322 c.c., cioè secondo l'ordinaria previsione fissata all'autonomia dei singoli; quella convenzione veniva, quindi, dichiarata rispettosa dei limiti di inderogabilità *ex art.* 160 c.c., corrispondendo tale potere negoziale

(17) Rinvenibile, tra le altre, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 808, con nota di SINESIO.

(18) In tema è utile il richiamo anche di Cass., sez. I, 23/3/2004 n. 5741, in *Guida dir.*, 2004, 18, 62; ed in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 283.

(19) Invero, a riguardo proprio della condizione di separazione di fatto, era intervenuta anche Corte cost. 7/4/1988 n. 404, cit. in nota 4, prefigurando per larghe linee lo stesso percorso; infatti, la Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 6 l. 27/7/1978 n. 392, equiparava la posizione del coniuge separato di fatto al coniuge separato legalmente, riconoscendo tutela al bene primario dell'abitazione goduta in locazione, anche nell'eventualità che fosse stata fatta oggetto di un accordo tra coniugi diretto a regolarne la successione nel godimento in capo ad uno soltanto, proprio nel momento della cessazione di fatto del rapporto di convivenza coniugale.

proprio a quel valore primario cui la norma di legge invita, e cioè all'esplicazione della responsabile autodeterminazione dei coniugi/genitori, regolamentazione che, fatte salve le soglie minime ed inderogabili di soddisfacimento delle esigenze dei beneficiari riconducibili ai diritti-doveri reciproci e verso i figli *ex artt.* 143 e 147 c.c., viene dichiarata “*appartenere in principio alle parti*”. Praticamente identici i successivi insegnamenti di Cass., sez. I, 15/5/1997 n. 9034 (20) sino alla recente Cass., sez. I, 6/2/2009 n. 2997 (21).

Altro precedente tra i più noti e discussi è quello di Cass., sez. I, 24/2/1993 n. 2270 (22), con la quale, sulla base di una consapevole disamina e composizione di anteriori precedenti (23), anch'essi fonte di molteplici disquisizioni, si insegna che i patti modificativi degli accordi di separazione consensuale dei coniugi, successivi all'omologazione, devono ritenersi validi ed efficaci, ed il loro fondamento di ammissibilità e tutela ravvisato nell'art. 1322 c.c., risultando apprezzabile l'esigenza e la possibilità che l'accordo originario, vigente sempre secondo la clausola *rebus sic stantibus* (24), venga adeguato nel corso del tempo, secondo le sopravvenienze, sulla base della stessa intesa e senso di responsabilità dei coniugi; aggiunge la Corte che la validità di un tale accordo prescinde dal procedimento contenzioso *ex artt.* 710, 711 c.p.c., non rinvenendosi nell'ordinamento la possibilità di esperire una ulteriore omologazione, successiva a quella originaria, né potendosi ipotizzare un mutamento del titolo da consensuale omologata a consensuale di fatto, in quanto la separazione resta “omologata”; suggerisce, infine, la Corte che nell'ipotesi in cui uno dei coniugi reputi ricorrere in tale patto un qualche travalicamento del limite d'inderogabilità fissato dall'art. 160 c.c., negando la validità della convenzione modificativa, non potrà limitarsi a denunciare la diversità di esso rispetto all'accordo omologato, essendo questo aspetto formale superato dalla rilevanza dell'autonomia riconosciuta ai coniugi, ma dovrà dedurre in termini concreti e specifici secondo quale profilo la modificazione pattizia travalica quel limite; la Corte indica anche lo strumento processuale per una tale azione, individuato nella domanda di accertamento negativo in ordine alla validità dell'accordo in parola, da esercitarsi con l'ordinario processo contenzioso,

(20) Rinvenibile in *Fam. dir.*, 1998, 81.

(21) Rinvenibile in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 791, con nota di OLIVERO.

(22) Rinvenibile in *Giust. civ.*, 1994, I, 213, con nota di SALA; in questa *Rivista*, 1994, 554, con nota di DORIA; ed in *Corr. giur.*, 1993, 7, 820, con nota di LOMBARDI.

(23) Trattasi di Cass., sez. I, 22/4/1982 n. 2481, in *Arch. civ.*, 1982, 1202; Cass., sez. I, 5/1/1984 n. 14, in *Giust. civ.*, 1984, I, 669; Cass., sez. I, 5/7/1984 n. 3940, in questa *Rivista*, 1984, 922; Cass., sez. I, 13/2/1985 n. 1208, in *Giust. civ.*, 1985, I, 1654, con nota di A. FINOCCHIARO, cit., ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 658, con nota di ZATTI; Cass., sez. I, 15/3/1991 n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, 1787.

(24) La questione risulta oramai nettamente chiarita; sul punto, *ex pluribus*, si rinvia alla recente Cass., sez. I, 8/5/2008 n. 11488, in *Fam. dir.*, 2008, 1120, con nota di ARCERI.

riconoscendo che il nuovo patto, a differenza degli accordi omologati, non costituisce titolo esecutivo, ed è, quindi, eventualmente soggetto soltanto al vaglio giudiziale *ex post*. Lo stesso precedente si dà carico di inquadrare la sorte degli identici accordi presi dai coniugi anteriormente o contemporaneamente alla sottoscrizione del processo verbale di manifestazione del loro consenso *ex artt.* 158 c.c. e 711, comma 3, c.p.c. e non trasfusi nell'accordo omologato; in questa ipotesi la Corte demarca il confine della loro validità ed efficacia, innanzitutto affermando che questi patti *a latere* (qualunque sia la motivazione che ne ha consigliato la riservatezza, il quale fenomeno si presenta peraltro con frequenza) non possono incidere sull'accordo omologato, con soluzioni contrastanti od alternative; l'unica eccezione ammessa è quella per cui risulti certa la uguale o maggiore rispondenza di tale accordo rispetto agli interessi protetti attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c.; l'esemplificazione, quindi, viene ad individuare pattuizioni concernenti aspetti non regolati o non presi in adeguata considerazione nell'accordo omologato purché sicuramente compatibili con la sostanza e gli equilibri di quest'ultimo, pattuizioni meramente specificative, pattuizioni migliorative delle prestazioni di assistenza e mantenimento; in tali ipotesi la Corte individua quella migliore tutela dell'interesse protetto, certa ed evidente, per cui l'autonomia negoziale familiare risulta ammissibile, valida ed efficace, siccome non incappa in alcuna salvaguardia inderogabile, tanto che "*sarebbe soltanto un inutile sacrificio disconoscere la volontà liberamente e legittimamente manifestata dalle parti*"; certo la soluzione è affidata alla verifica concreta caso per caso, ma quel che rileva ai nostri fini è il principio ricavato, evidente già dalla considerazione premessa, per cui lo stesso accordo omologato è "*atto unitario essenzialmente negoziale, soggetto sì a controllo, ma innanzitutto espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.)*", e cioè della loro concorde volontà; un tale postulato, a ben vedere, risulta di per sé solo dirimente. Praticamente identici gli insegnamenti appena successivi di Cass., sez. I, 22/1/1994 n. 657 (25), Cass., sez. I, 28/7/1997 n. 7029 (26), Cass., sez. I, 18/9/1997 n. 9287 (27), Cass., sez. I, 11/6/1998 n. 5829 (28), e nell'attualità l'indirizzo di principio può ben ritenersi consolidato (29), pur residuando qualche ambiguità, ad esempio con riguardo all'estensione del potere di controllo di tali accordi nel merito.

Innumerevoli i corollari di tale impostazione di principio, che nell'incessante lavoro della giurisprudenza di legittimità si sono evidenziati; sempre per

(25) Rinvenibile in *Giust. civ.*, 1994, I, 912; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 710, con nota di FERRARI; ed in *Vita not.*, 1994, I, 126, con nota di CURTI.

(26) Rinvenibile in *Mass. Giur. it.*, 1997; ed in *banca dati Il Foro it.*

(27) Rinvenibile in *Giust. civ.*, 1997, I, 2383.

(28) Rinvenibile in *Guida dir.*, 2004, 38, 45.

(29) Tra le ultime si cfr., Cass., sez. I, 20/10/2005 n. 20290, in *Fam. dir.*, 2006, 147, con nota di OBERTO; ed in *Guida dir.*, 2005, 46, 58.

sommi capi, basta per richiamo all'esperienza delle azioni di nullità ed annullamento (30), dell'azione di simulazione (31) e dell'azione revocatoria (32); anche l'ipotesi della risoluzione degli accordi di separazione omolo-

(30) Ammissibile, pur non risultando nei repertori un numero di casi significativo; illuminante il rinvio a Cass., sez. I, 4/9/2004 n. 17902, in *Fam. dir.*, 2005, 508, con nota di PAGNI, che, previa la qualificazione sistematica dell'accordo di separazione consensuale omologato, ne ammette l'azione di suo annullamento nella ricorrenza dei vizi inficianti il consenso manifestato (sulla cui astratta configurabilità si era già positivamente pronunciata Cass., sez. I, 5/3/2001 n. 3149, in *Famiglia*, 2001, II, 769, con nota di OBERTO), secondo la disciplina generale del negozio giuridico quale espressione di principi generali dell'ordinamento; sulla stessa linea il precedente di Cass., sez. I, 20/11/2003 n. 17607, in *Corr. giur.*, 2004, 307, con nota di OBERTO, ed in *Fam. dir.*, 2004, 473, con nota di CONTE, e poi la recente Cass., sez. I, 30/4/2008 n. 10932, *ivi*, 2008, 1117, con nota di ARCERI, che ugualmente ammette la possibilità che possano ricorrere vizi del consenso e di capacità delle parti, non esclusi dall'intervento del Presidente del Tribunale che raccoglie il consenso dei coniugi, atteso che la gravidanza dell'attività a questi demandata non è tale da attribuire certezza assoluta circa la validità e genuinità della manifestazione di volontà; questo precedente assume peculiare rilevanza anche in ordine alla questione del se ed in che limiti possa revocarsi il consenso manifestato dai coniugi alla separazione coniugale, in ordine alla funzione dell'omologazione ed in ordine all'autonomia dell'accordo negoziale già concluso anteriormente alla comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale, di cui all'art. 711, comma 3, c.p.c. In tema si veda MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2007, 110.

(31) L'esperibilità dell'azione di simulazione, in relazione all'eventuale accordo simulatorio che attinga lo *status* ha avuto, invece, un percorso ben diverso; secondo Cass., sez. I, 20/11/2003 n. 17607, cit. in nota precedente (con le severe critiche di OBERTO, che richiama il precedente contrario di Cass., sez. I, 5/3/2001 n. 3149, cit. in nota precedente, con commento dello stesso Autore, *Simulazioni e frodi nella crisi coniugale*), il nuovo *status* di coniugi separati derivante dall'omologazione dell'accordo è di per sé obiettivamente irretrattabile per le conseguenze legali che ne derivano, sia verso le parti che verso i terzi (salva l'ipotesi della riconciliazione o dello scioglimento definitivo del vincolo), per cui la volontà di conseguire detto *status* deve ritenersi effettiva e comunque in antitesi con il precedente eventuale accordo simulatorio, di talché non è ammissibile l'azione ex art. 1414 ss. c.c.; sembra potersi giungere a diverso risultato riguardo alle pattuizioni di ordine patrimoniale, quali condizioni dell'accordo omologato, siccome scindibili, e quindi ammesse all'accertamento dell'intervenuta simulazione; l'incerto risultato delineato sembra potersi evincere in Cass., sez. I, 30/4/2008 n. 10932, cit. in nota precedente. Rilevante in tema il richiamo di App. Bologna 17/5/2000, in *Foro it.*, 2000, I, 3616, con nota di CASABURI, ed in *Riv. dir. proc.*, 2001, 284, con nota di DANOVI; e di Trib. Roma 14/12/1998, in *Fam. dir.*, 2000, 60, con nota di SALA, che ammettono l'azione di simulazione anche relativamente allo *status*.

(32) Senz'altro ammissibile ed ovviamente per la declaratoria di inefficacia, verso i creditori del coniuge, delle condizioni dispositive da questi poste in essere; si cfr., Cass., sez. I, 23/3/2004 n. 5741, cit. in nota 18; Cass., sez. I, 26/7/2005 n. 15603, in *Fam. dir.*, 2006, 213; Cass., sez. I, 12/4/2006 n. 8516, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007,

gati, per inadempimento *ex art. 1453 c.c.* (o dell'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 c.c.*), è giunta all'attenzione del vaglio di legittimità, che ne ha ovviamente escluso l'esperibilità ove il sinallagma negoziale asseritamente violato riguardi obbligazioni concordate in ordine a diritti/doveri scevri dal vincolo di corrispettività o di natura non patrimoniale, quale, ad esempio, quella tra l'obbligazione di dar corso all'accordo solutorio in ordine al mantenimento della prole da parte del genitore non convivente (attraverso un trasferimento immobiliare promesso) e l'esercizio dei diritti di visita di quest'ultimo, ostacolato (33).

Altri precedenti assai noti si rinvencono in ordine alla validità ed efficacia degli accordi presi in sede di separazione consensuale che pongono previsioni per il periodo successivo al divorzio, ovvero presi, comunque, in vista del divorzio, o di rinuncia od a modificazione del già vigente regime divorzile; la disamina di tale tema può iniziare dall'insegnamento di Cass., sez. I, 11/12/1990 n. 11788 (34), passando per numerose altre pronunce (35) sino a Cass., sez. I, 4/11/2010 n. 22505 (36); in buona sostanza, il Supremo Collegio

372; Cass., sez. I, sez. III, 13/5/2008 n. 11914, *ivi*, 2008, 1468, con nota di PECORIELLO; e Cass., sez. II, 17/5/2010 n. 12045, in *Fam. dir.*, 2011, 337, con nota di FERRARI.

(33) Cfr. Cass., sez. II, 17/6/2004 n. 11342, cit. in nota 1; trattasi del primo dei precedenti di riferimento della Corte marchigiana, invocato quindi per il generico insegnamento che da esso può trarsi in ordine al ridetto principio di ammissione all'autoregolamentazione della crisi coniugale, attraverso gli strumenti dell'autonomia negoziale, esattamente al pari degli altri tre, che in tema, semmai, rilevano in ordine alla qualificazione della causa di tali accordi negoziali, generalmente atipica; su tale ultimo aspetto giova richiamare anche Cass., sez. I, 8/11/2006 n. 23801, in *Fam. dir.*, 2007, 174.

(34) Rinvenibile in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156, con nota di CECCONI.

(35) Tra le quali: Cass., sez. I, 6/12/1991 n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1239, con nota di CAVALLO; Cass., sez. I, 4/6/1992 n. 6857, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 338, con nota di DALMOTTO; Cass., sez. I, 11/8/1992 n. 9494, *ivi*, 1993, I, 1, 1495, con nota di DE MARE; Cass., sez. I, 28/10/1994 n. 8912, in *Fam. dir.*, 1995, 14, con nota di UDA; Cass., sez. I, 20/12/1995 n. 13017, in questa *Rivista*, 1996, I, 1694; Cass., sez. I, 7/9/1995 n. 9416, *ivi*, 1996, 931; Cass., sez. I, 20/2/1996 n. 1315, peculiarmente rilevante in merito alla valenza dell'assegno *una tantum* (sul quale vedi Cass., sez. I, 5/9/2003 n. 12939) convenuto in sede di separazione, privo di effetti esdebitatori nella sede divorzile, riportata integralmente in FERRANDO, *Separazione e divorzio*, Milano, 2003, 326; Cass., sez. I, 11/6/1997 n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218, con nota di ERMINI; Cass., sez. I, 20/3/1998 n. 2955, *ivi*, 2017, ed in *Contratti*, 1998, 472, con nota di BONILINI; Cass., sez. I, 18/2/2000 n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1022; Cass., sez. I, 14/6/2000 n. 8109, in *Fam. dir.*, 2000, 429, con nota di CARBONE ed in *Familia*, 2001, II, 243, con nota di FERRANDO; Cass., sez. I, 12/2/2003 n. 2076, in *Fam. dir.*, 2003, 344, con nota di PICCALUGA; Cass., sez. I, 5/9/2003 n. 12939, in questa *Rivista*, 2004, 66.

(36) Rinvenibile in *Fam. minori*, 2011, 1, 28, con nota di FIORINI. Quanto alla conforme giurisprudenza di merito si segnala la recente Trib. Varese 29/3/2010, in *Fam. dir.*, 2011, 295, con nota di PATANIA.

approda ad un risultato apparentemente diverso da quello di principio appena sopra descritto; l'insegnamento è oramai praticamente traluzio e, sul presupposto dell'indisponibilità pattizia di tale posizione di diritto, sancisce la nullità degli accordi negoziali volti a regolare preventivamente (quale astratto accadimento eventuale) il futuro regime divorzile anche patrimoniale, come, ad esempio, la spettanza dell'assegno divorzile e la rinuncia alla sua revisione, in quanto la natura assistenziale (37) della misura, la loro idoneità ad influire nei comportamenti delle parti nel giudizio concernente uno *status* in cambio di vantaggi immediati certi e definitivi od anche l'elargizione di indebiti vantaggi da parte del contraente interessato ad ottenere il divorzio sino a risultare limitativo anche del diritto di azione e difesa (38), la qualità del giudicato reso necessariamente sul presupposto dello scioglimento del matrimonio (per uno degli eventi patologici prefigurati dall'ordinamento, sopravvenuto all'instaurazione del vincolo) sempre secondo la clausola *rebus sic stantibus*, la stessa valenza di ordine pubblico della previsione normativa *ex artt. 5 e 9 l. div.* ed il limite generale dell'inderogabilità *ex art. 160 c.c.* dai fondamentali diritti-doveri nascenti dal matrimonio, ne determina *a priori* l'illiceità della causa. Da più parti si segnala che tale conclusione risulta contraddittoria proprio nella sistematica ricostruzione dell'ambito di autonomia negoziale in parola e le critiche mosse da parte della dottrina sono diffuse, come emerge nelle citazioni poste; per il vero, la posizione soggettiva dei coniugi/genitori nella fase di divorzio è radicalmente diversa da quella dei coniugi in costanza di convivenza e nella fase di loro separazione, sia essa di fatto che legale (consensuale o giudiziale che sia), per l'ovvia considerazione che il vincolo viene meno solo con lo scioglimento del matrimonio, e che questo nuovo *status* (39), anche ove domandato a ricorso congiunto *ex art. 4, comma 16, l. div.*, a tenore dell'*art. 149 c.c.* non presuppone il consenso *ex art. 158 c.c.* di cui sopra si è trattato, ma l'accertamento della ricorrenza obiettiva di una delle cause tassativamente prefigurate dalla legge; e poi, tra la residua assistenza divorzile e la misura del mantenimento in corso di separazione coniugale vi è una differenza ontologica, e lo stesso riconoscimento risulta autonomo, in quanto non è revocabile

(37) A tutela del coniuge debole, secondo il canone del dovere di solidarietà postconiugale prefigurato per porre riparo all'eventuale inadeguatezza di mezzi economici derivante dal divorzio. Sul punto è opportuno il richiamo della fondamentale Cass., sez. un., 29/11/1990 n. 11490, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2789; ma anche della recente Cass., sez. I, 17/7/2009 n. 16789, in *Fam. dir.*, 2010, 700, con nota di RAVOT.

(38) Secondo la primaria garanzia del contraddittorio *ex art. 24 Cost.* e che sono esposti a trascendere in una sorta di commercio dello *status*, ovvero evidenzia i pericoli immanenti alla commistione tra rapporti personali e patrimoniali.

(39) Anzi, più esatto sarebbe dire, recupero dello *status libertatis*; ben nota è, infatti, l'argomentazione che sul diritto allo scioglimento del vincolo fonda uno degli elementi di verifica di quel principio cardine a garanzia della personalità di ognuno, cosiddetto del *favor libertatis*.

in dubbio la diversità del *petitum* e della *causa petendi* (40), tanto che uno dei principali effetti della pronunzia divorzile è proprio quello di contestuale cessazione di diritto dell'efficacia delle condizioni del regime di separazione coniugale (41).

Ciò non di meno, nessuno dubita, neppure la stessa Corte di legittimità (42), della validità degli accordi emersi nel corso del processo divorzile, non foss'altro che per la necessità della proposizione di una domanda con la quale si chiede il riconoscimento della misura assistenziale in parola secondo il generale principio *ex art.* 112 c.p.c., non solo nell'*an*, ma anche nel *quantum* (come ben noto, solo le misure a tutela della prole in età minore possono essere disposte *ex officio*), principio della domanda cui è strettamente legato peraltro l'altro canone dispositivo inerente la prova del diritto fatto valere *ex art.* 115 c.p.c.; ovvio, infatti, che contro la volontà dell'avente diritto nessuna misura assistenziale può essere disposta, come non si dubita dell'efficacia della dichiarazione con la quale un tale coniuge riconosca, appunto, di non aver diritto all'assegno divorzile periodico, ovvero dichiarare che non sussistono i presupposti per la sua attribuzione; la stessa ipotesi dell'accordo parziale *ex art.* 5, comma 8, l. div., che consente di stabilire un assegno divorzile in unica soluzione — *una tantum* — al fine di definire immediatamente e con certezza esdebitatoria futura (esigenza sempre più marcata nell'attuale contesto sociale), assume un significato evidente a conferma che l'autonomia negoziale è pur sempre ampia ed ammessa; se poi ben si riflette sull'ipotesi del ricorso congiunto e su quella, altrettanto diffusa nella prassi, delle conclusioni che nel corso del contenzioso vengono rassegnate conformemente dalle parti, ci si rende conto che la Corte di legittimità pone solo un argine, reputando non doversi sempre e comunque statuire a “mani legate” per effetto di patti rinunciatari preventivi, mentre una rinuncia all'interno del processo, sottoposta in buona sostanza ad un controllo di legittimità (salvo la verifica con il parametro residuale dell'equità nell'ipotesi detta dell'*una tantum* (43)), a tutela

(40) Illuminanti, pur tra altri, i precedenti di Cass., sez. I, 19/3/2004 n. 5555, in *Arch. civile*, 2004, 8, 1029, ed in *Guida dir.*, 2004, 19, 51; Cass., sez. I, 29/3/2006 n. 7117, in *Banca dati Platinum*.

(41) Si cfr., tra altre, Cass., sez. I, 8/5/1992 n. 5497, in *Banca dati Platinum*; e Cass., sez. I, 28/1/2011 n. 2103, in *Fam. dir.*, 2011, 508.

(42) Anche la Corte delle leggi ha avuto modo di specificare come l'accordo raggiunto nel corso del processo di divorzio, in quanto “atto di autonomia privata, è pienamente efficace tra le parti”, mentre non produce effetti riguardo ai terzi; in tal senso, Corte cost. 17/3/1995 n. 87, in questa *Rivista*, 1996, 13, con nota di FREZZA, in fattispecie inerente la reversibilità del trattamento pensionistico.

(43) Ipotesi che, peraltro, è assai significativa nel momento in cui costituisce la prova di una disponibilità negoziale del diritto comunque “controllata”, seppur latamente (e cioè, se anche si volesse sostenere che costituisce un baluardo certo soltanto a riguardo di una prestazione in unica soluzione simbolica), proprio a

del procedimento che porta al mutamento dello *status*, appare largamente ammessa; d'altronde, anche l'ipotesi di contratti scissi dalla causa familiare, nel senso più sopra premesso, quali possono essere, ad esempio, le transazioni su questioni patrimoniali, le donazioni tra coniugi (44) od anche la rendita vitalizia (solo per limitarci a qualche esempio tra i più rilevanti e diffusi), finirebbero per esercitare una influenza decisiva (analisi della disponibilità di risorse del richiedente ed analisi della capacità reddituale dell'onerato) sulla statuizione sia in punto *an* che in punto *quantum* della misura assistenziale stessa (45).

Seppur, quindi, si evidenzi un'apparente discrasia tra diritto sostanziale e poteri processuali delle parti, il vero interrogativo è quello relativo al se corrisponda o meno a realtà che, così facendo, il Supremo Collegio nega (errando) quel principio fondamentale del nostro ordinamento costituito dalla

scongiurare una negoziazione della condotta processuale in un giudizio il cui oggetto principale è costituito dalla modifica di *status*; e prova, peraltro, che la verifica si può dare soltanto nel corso del giudizio di divorzio.

Giova aggiungere a proposito dell'indicata prospettiva, e cioè dell'inammissibile negoziazione di *status*, come non vale obiettare che lo scioglimento del vincolo di coniugio non dipende mai dall'atteggiamento processuale eventualmente "benevolo" di uno dei coniugi, trattandosi di giudizio che presuppone soltanto la domanda e la ricorrenza obiettiva di una delle cause prefigurate dall'ordinamento; infatti, anche il percorso di un procedimento rimesso alla potestà di chi lo promuove è accidentato come tutti i procedimenti contenziosi, potendo incappare in una miriade di ostacoli sostanziali e processuali, tali da modificarne, comunque ed in ogni caso, i tempi di conseguimento del giudicato; e rileva anche a prescindere dall'eccezione di riconciliazione di cui all'art. 3 l. div. ("L'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta"), che il coniuge convenuto può, in casi statisticamente apprezzabili, ragionevolmente formulare, provocando un complesso accertamento, idoneo ad inibire anche la pronuncia di *status* non definitiva.

(44) Come è noto, ammesse dopo l'intervento di Corte cost. 27/6/1973 n. 91, in *Giust. civ.*, 1973, III, 221; anteriormente, Corte cost. 16/12/1970 n. 188, in *Banca dati Platinum*, aveva abrogato la disciplina limitativa della prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali, con riguardo ai terzi; ancora, in merito alle disposizioni patrimoniali tra coniugi, si cfr., Corte cost. 17/3/1995 n. 87, cit. in nota 42; e Corte cost. 25/2/1999 n. 41, in *Fam. dir.*, 1999, 213, con nota di PETRELLI, che ha abrogato la presunzione assoluta di gratuità degli atti di trasferimento immobiliare tra coniugi ai fini dell'imposta di registro, muovendo dal presupposto della parità tra i coniugi e della loro piena autonomia.

(45) Esattamente come accade per ogni elemento della singola vicenda, che influisce sulla situazione reddituale del richiedente, quale ad esempio l'assegnazione in uso della casa familiare di cui si avvantaggia il coniuge avente diritto, secondo l'insegnamento, tra altre, di Cass., sez. I, 28/1/1998 n. 822, in *Fam. dir.*, 1998, 125, con nota di DE MARZO (pronuncia discutibile relativamente alla possibilità di assegnazione in uso della quota comproprietaria in assenza di prole); e Cass., sez. I, 24/2/2006 n. 4203, cit., in nota 7; canone oggi codificato nell'art. 155 *quater* c.c.

libertà contrattuale, anche fra coniugi (46), secondo l'universale monito *pacta sunt servanda*; ma che la Corte non neghi la valenza di questo principio sembra fatto evidente dalla rara ricorrenza concreta delle ipotesi in cui le convenzioni in parola vengono dichiarate nulle, inefficaci od irrilevanti (ipotesi ove spicca l'esigenza di tutela minimale del coniuge debole, pur se l'individuazione *a priori* di una tale condizione oggi risulti problematica), e dal fatto che nel nostro ordinamento appare immanente la diversificazione delle fattispecie; infatti, l'indisponibilità pattizia rinvenuta sembra potersi qualificare un'ipotesi limite proprio a soluzione del conflitto con altri valori antitetici che non sono reputati in rapporto di necessaria subordinazione alla libertà contrattuale; d'altronde, che l'ordinamento conosca distinte soglie o livelli di indisponibilità a seconda delle fattispecie è constatazione financo ovvia (si pensi al disposto *ex art.* 447 c.c. quanto al diritto agli alimenti, ma anche alle limitazioni all'operare del principio dispositivo nei procedimenti di *status*, connotati in genere da poteri officiosi penetranti); che, quindi, le convenzioni in parola possano subire un tale controllo, in ipotesi limite (ed è bene rimarcare che sono sempre ipotesi in cui ovviamente si rinvergono i presupposti che integrano il riconoscimento del diritto all'assegno divorzile periodico) e quindi essere qualificate nulle, non appare possa leggersi come una negazione del principio della libertà d'accordo *tout court*; e la prova di riscontro anche qui è già tutta chiaramente insita nel nostro ordinamento, non solo per effetto della riflessione che ogni contratto indistintamente è esposto alla verifica di meritevolezza della causa, mentre per effetto dell'art. 9 l. div., ove sopravvenga un mutamento delle condizioni delle parti, persino il diritto all'assegno divorzile può essere riconosciuto per la prima volta in sede di revisione (47), attingendo così il precedente giudicato, per l'appunto sempre reso *rebus sic stantibus*; ed il significato di tale dato non è certo a favore di un "liberismo" contrattuale da

(46) Tesi espressa, tra altri, in particolare da OBERTO, *op. citate* in nota 15, e che caratterizzano gli altri suoi contributi editi in tema, tutti con trattazione di elevato spessore; l'exasperazione della tesi, però, tradisce infine anche i suoi limiti poiché non è certo scritto nel nostro ordinamento un principio di valenza sovraordinata, costituito dalla libertà contrattuale sempre e comunque applicabile ad ogni istituto, fattispecie ed in ogni momento del divenire dei rapporti giuridici. Nemmeno questo autore, in realtà, può negare l'illiceità della causa rinvenibile nella convenzione stipulata anteriormente al matrimonio, o durante la convivenza, ovvero in occasione della separazione, con la quale un promesso sposo od un coniuge darà o negherà il proprio consenso al divorzio a seconda delle elargizioni economiche che riceve o che promette. Nonostante la tesi sia espressa con grande pregio di argomenti, non sembra riuscire a porre nel nulla la ragione dell'individuato limite all'autonomia negoziale in vista del divorzio a base della consolidata giurisprudenza in commento, che coglie, in realtà, una casistica peculiare.

(47) Chiaro risulta, sul punto, l'insegnamento della Corte di legittimità; cfr. Cass., sez. I, 2/2/2006 n. 2339, in *Banca dati Le Leggi d'Italia*; Cass., sez. I, 15/1/2010 n. 553, in *Fam. dir.*, 2010, 674, con nota di PATANIA.

assumere come regola prevalente (nonostante si innesti in un rapporto giuridico il cui essenziale fondamento non è patrimoniale, e nonostante che dovrebbe, comunque, fare i conti proprio con la valorizzazione della persona secondo il dettato primario ex art. 2 Cost.), ma neppure significa che non vi sono, allora, adeguati spazi per l'autonomia negoziale dei futuri coniugi, dei coniugi o degli ex coniugi, ai quali appare garantita comunque una sfera rilevantissima di disponibilità patrimoniale. La conclusione che se ne ricava anche qui è quella per cui è ben ferma la constatazione di una accresciuta importanza dell'elemento consensualistico, non solo nella fase fisiologica del vincolo coniugale, ma anche in quella patologica ultima (scioglimento e cessazione degli effetti civili); anzi, la sistemazione concordata tra gli ex coniugi dei rapporti, salvo il limite indicato, non è soltanto ammessa, ma addirittura favorita, proprio per quella interdipendenza funzionale e procedimentale tra gli accordi economici in parola e la perdita dello *status* coniugale, in quanto sono proprio gli accordi in sede divorzile a rendere possibile un divorzio rispettoso dell'autonomia della famiglia e della libertà individuale dei suoi componenti (48).

Concludiamo necessariamente questa sommaria analisi, non foss'altro che per ragioni di spazio, ma con un occhio vigile all'evoluzione della stessa giurisprudenza, con l'altrettanto noto precedente di Cass., sez. I, 13/1/1993 n. 348 (49), che, confermando l'indirizzo appena esposto quanto ai patti con-

(48) In proposito è d'uopo il richiamo testuale alle parole di RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità*, I, Padova, 1987, 52, secondo cui, nell'ottica di una esigenza di sostegno dell'istanza pluralista, è "nel matrimonio e nella famiglia che la libertà individuale celebra veramente la sua indipendenza da ogni costrizione", e "la famiglia è una società che non può non essere dotata di autonomia nell'ambito dell'ordinamento giuridico". Il dato della tendenza sociale attuale è, d'altronde, univoco, mettendo in evidenza come la sfera di dominio della legge non può che essere limitata, dovendo fare i conti con i sentimenti, l'affettività e la sensibilità dei singoli, cioè con quella sfera eminentemente irrazionale che non può essere retta solo da regole di diritto astratte ed uguali per tutti a prescindere. D'altronde, è unanime la constatazione per cui i diritti individuali della persona sono sempre oggetto di piena tutela; la Corte di legittimità precisa, a fugare ogni residua perplessità, che "il matrimonio non è un luogo di compressione e mortificazione di diritti irrinunciabili, ma sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto, nel cui ambito i coniugi ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, secondo il disposto ex art. 2 Cost., che, nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa": testuale tratto motivo di Cass., sez. I, 10/5/2005 n. 9801, in *Fam. dir.*, 2005, 365, con nota di SESTA e FACCI, costituente autentica pietra miliare della nostra giurisprudenza per la chiarezza e completezza degli insegnamenti che se ne traggono.

(49) Rinvenibile in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1670, con nota di CASOLA; in *Nuova giur.*

venzionali tra coniugi in vista del divorzio, riconosce la piena validità ed efficacia degli accordi negoziali che regolino le conseguenze indennitarie della responsabilità *ex art. 129 bis c.c.* (del coniuge in malafede, cui sia imputabile la nullità del matrimonio), stipulati in vista della sentenza di nullità del matrimonio stesso; in questa fattispecie il Supremo Collegio, ponendo proprio la precipua distinzione a confronto con gli accordi in vista del divorzio, ha reputato che il principio di autonomia contrattuale non soffre qui alcuna limitazione per ragioni di ordine pubblico, riscontrandosi una causa negoziale meritevole di tutela secondo il generale disposto *ex art. 1322 c.c.*, tanto più se il regime *ex art. 129 bis c.c.* viene derogato dalle parti *in melius*; la ragione viene individuata essenzialmente nell'inidoneità dell'accordo ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo *status* personale, correlato invero ad un procedimento di connotato fortemente inquisitorio volto ad accertare comunque l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio; l'accertamento che porta alla dichiarazione di nullità del matrimonio è, infatti, relativo ad un vizio originario e non ad una patologia relazionale sopravvenuta ad un vincolo di coniugio valido, come è nello scioglimento; seppur apparentemente può cogliere nel segno la critica pungente rivolta a questo precedente, per cui anche qui vi potrebbe essere una innegabile negoziazione sottostante della condotta processuale idonea ad influire sulla statuizione di nullità dello *status* (ed anche avanti al Tribunale ecclesiastico), sicché non vi sarebbe ragione di discriminazione, è proprio qui il punto: ed infatti, ove l'accordo evidenzi non la regolazione delle conseguenze della nullità in parola, ma una tale causa, e cioè il "baratto" tra una condotta processuale benevola ed il riconoscimento indennitario che può conseguire, essa è, comunque, illecita e, quindi, l'accordo nullo secondo i principi basilari valevoli per ogni negozio giuridico.

Ferma così la conclusione per cui il dispiegamento dell'autonomia privata nel campo matrimoniale si estende dalla celebrazione delle nozze sino allo scioglimento del vincolo, ancora un'ultima segnalazione prima di concludere questo *excursus*; nel nostro ordinamento è stata per la prima volta menzionata la categoria dei "contratti disciplinati dal diritto di famiglia", per effetto del d. l.vo 9/4/2003 n. 70, ove all'art. 11 si prevede il divieto di loro conclusione con strumenti telematici; anche a voler attribuire a tale dato il solo valore di una curiosità, è innegabile che il legislatore recente sembra ben cosciente che esiste

civ. comm., 1993, 950, con nota di CUBEDDU, 953 e nota di RIMINI, 963; in *Contratti*, 1993, 137, con nota di MORETTI; ed in *Corr. giur.*, 1993, 7, 822, con nota di LOMBARDI; a quanto consta, non risultavano precedenti in merito alla regolamentazione pattizia degli effetti dell'ipotizzata invalidità del matrimonio disciplinati dagli artt. 128 e 129 *bis* c.c. In tema del giudizio di nullità del matrimonio e dei rapporti con la separazione ed il divorzio, si rinvia a Cass., sez. I, 5/6/2009 n. 12982, in *Banca dati Leggi d'Italia*; e Cass., sez. I, 15/1/2009 n. 814, in *Foro it.*, 2009, I, 701, con nota di CASABURI.

una sfera di legittima autonomia negoziale esplicitantesi a regolamentazione dei rapporti familiari.

6.2. Passando ora ad una altrettanto fugace disamina dell'autonomia negoziale che si esplica nella cosiddetta famiglia di fatto (sempre avuto peculiare riguardo alle pattuizioni di connotato economico-patrimoniale), con riferimento alle ipotesi concrete emerse nella giurisprudenza, per poter poi ritornare a ragion veduta sul caso annotato, ed ovviamente selezionando le questioni in funzione della nostra fattispecie, preme richiamare quanto sopra già accennato, sia in ordine alla mancanza di una disciplina organica dei diritti e dei doveri nascenti dall'instaurazione di una convivenza di fatto tra *partners* legati da *affectio* quotidiana che non reputano di accedere al modello legale familiare, sia in ordine alla diversità strutturale e contenutistica della famiglia fondata sul matrimonio rispetto a quella fondata sulla libera e spontanea comunanza di vita esternata in fatto (50).

È d'uopo precisare come l'instaurazione di una famiglia di fatto sembra presupporre che entrambi i *partners* siano "liberi" (51) almeno di fatto, per l'ontologica ragione per cui non si vede come possa condursi un matrimonio non attinto da alcuna crisi relazionale e contemporaneamente condurre altra convivenza avente i caratteri della comunanza di vita, quale carattere essenziale riconoscibile nel concreto.

Posta questa premessa, non dubitandosi, comunque, più da alcuno in ordine alla liceità morale della convivenza *more uxorio* (52) e non ricorrendo, ovviamente, le preclusioni od ostacoli che, come abbiamo visto, possono far

(50) Si rinvia alle citazioni in nota 4. Opportuno, comunque, richiamare la linearità delle distinzioni poste, sul punto, da TRIMARCHI, *La c.d. "famiglia di fatto" e le altre convivenze*, in *Diritto civile*, diretto da LIPARI e RESCIGNO, Milano, 2009, II, *La famiglia*, 388 ss.

(51) Invero, si reputa prevalentemente che i *partners* debbano essere necessariamente liberi di stato, costituendo, altrimenti ed *in re ipsa*, un rapporto *contra legem*; in tal senso, tra altri, si cfr. PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, cit. in nota 3, 249; D'ANGELI, *La famiglia di fatto*, cit. in nota 3, 223; QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, cit. in nota 3, 291; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit. in nota 3, 65. Severa la critica a tale indirizzo di BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit. in nota 12, 1113. In giurisprudenza si segnala il precedente esplicito di Cass., sez. III, 8/6/1993 n. 6381, in *Corr. giur.*, 1993, 947, con nota di CARBONE, che collega la liceità della convivenza in parola alla cessazione del vincolo per effetto del divorzio di uno dei *partners*.

(52) Già negli anni '70 venne definitivamente risolta una tale speciosa questione ed è sufficiente il richiamo alla pregevole Trib. Genova 17/12/1979, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 544, che limpidamente giunse a desumere la garanzia di liceità della relazione familiare di fatto, direttamente dall'art. 2 Cost.; ed il conforme e definitivo punto di arrivo della giurisprudenza di legittimità è segnato da Cass., sez. III, 8/6/1993 n. 6381,

entrare l'eventuale autoregolamentazione pattizia in rotta di collisione con le norme di legge applicabili inderogabilmente per effetto dello *status* coniugale, particolarmente rilevante è il ricorso proprio allo strumento del contratto e, quindi, l'attenzione per la norma basilare di tale autonomia di cui all'art. 1322 c.c.; infatti, consistendo la convivenza *more uxorio* in una fattispecie in cui i conviventi danno vita ad una relazione familiare di fatto, carente proprio la norma di legge che sovrappone alla sua compiuta regolamentazione (ed escluso il ricorso alle tentazioni di una loro applicazione analogica), l'evenienza di una regolamentazione pattizia è, in pratica, una necessità ogni qual volta si voglia dettare una qualche regola programmatica alle esigenze e, quindi, agli oneri del vivere insieme nel quotidiano, che altrimenti resterebbe affidata a canoni giuridici residuali, quali le obbligazioni naturali, ovvero assumerebbero i connotati delle attribuzioni gratuite donative, magari remuneratorie, od altrimenti atipiche, comunque al di fuori di quel connotato obbligatorio reciproco che contrappone più obblighi, doveri, diritti ed interessi; all'interno di tale relazione, l'adempimento dei doveri di assistenza morale e materiale tra i *partners* non corrisponde, infatti, ad alcun preciso obbligo giuridico, analogo a quello puntualmente stabilito tra i coniugi dall'art. 143 c.c. (nel contesto di un bilanciamento della stabilità e certezza del rapporto con il complesso sistema dei diritti-doveri reciproci tra coniugi, verso i figli ed i terzi), ma ad uno dei profili che mette in luce l'essenza del rapporto affettivo spontaneamente manifestato in quanto tale (53), pur liberamente revocabile in ogni momento. Intendiamoci, lo strumento è fallace ed aleatorio, non solo per le implicazioni psicologiche, ma per il limite ad esso connaturato, non potendo abbracciare il regolamento di ogni evenienza, anche in divenire; magari, infatti, regola la ripartizione dei costi della conduzione del *menagé* della convivenza,

cit. in nota precedente e che si rinviene anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 339, con nota di BERNARDINI.

(53) Utile, in proposito, il richiamo alla trattazione di SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 399, secondo cui, testualmente, “La convivenza *more uxorio*...ricalca i tratti essenziali di una relazione fondata sul matrimonio, ma è priva di una qualsiasi formalizzazione del rapporto di coppia ed è, pertanto, sorretta soltanto dalla spontaneità dei comportamenti dei conviventi”, e poi, a pag. 403: “Quelli che sono gli obblighi legali per i coniugi nella famiglia di fatto sono invece espressione dell'autonomia dei conviventi; peraltro l'osservanza di fatto di regole analoghe a quelle in base alle quali l'art. 143 c.c. organizza l'insieme dei rapporti coniugali, costituisce un vero e proprio indice oggettivo necessario per qualificare una certa situazione come famiglia di fatto. Coabitazione, fedeltà e assistenza — ancorché tendenzialmente requisiti del rapporto — non necessariamente debbono assumere nella convivenza lo stesso contenuto degli obblighi coniugali, essendo senza dubbio più ampio lo spazio di autonomia riservato ai *partners* nell'ambito dell'unione non formalizzata; d'altronde, la mancata osservanza di detti doveri non fonda alcuna pretesa giuridicamente azionabile”. La sintesi può raccogliersi nella constatazione per cui una tale unione naturale è retta dal sentimento degli individui che lo compongono, prima ancora che dal diritto.

ma non la sorte degli acquisti imprevedibili, regola il regime e la sorte delle risorse messe in comune, ma non le conseguenze della rottura del rapporto, prevede l'ipotesi di risultati economici, ma non tutte le ipotesi degli eventi negativi connessi alla precarietà ontologica dell'esistenza umana, quali la malattia, l'infortunio, il fallimento imprenditoriale e così via; ciò non di meno, in difetto del regolamento contrattuale ogni aspetto sarebbe affidato al diritto comune. Qui insorgerebbe subito un marcato dilemma ideale, così riassumibile: se è vero che la famiglia di fatto trova fondamento nella rivendicazione di libertà, per cui la tutela dei diritti inviolabili del singolo, *ex art. 2 Cost.*, non può dipendere dal vincolo del matrimonio (lo stesso diritto di scelta è costituzionalmente protetto), è assai singolare che si finisca per ricorrere all'autonomia contrattuale secondo la disciplina di diritto comune, ovvero ci si affidi al mero spontaneo adempimento solidaristico sul piano morale ed affettivo, siccome le preoccupazioni materiali non possono "contaminare" il sentimento. Ogni approfondimento è, però, necessariamente rimesso alle opere citate.

La dottrina si è spesa, fra altre tematiche, in ordine all'analisi di ammissibilità ed efficacia del cosiddetto patto o contratto di convivenza (54); in buona sostanza, le conclusioni cui sembra giunta individuano la causa atipica in parola, rinvenendone gli estremi della meritevolezza e, quindi, di accesso alla tutela giuridica, nell'interesse dei conviventi a vedersi garantita per il futuro la conduzione del loro rapporto, mentre l'instaurazione della convivenza stessa ne è il presupposto; ovviamente, come già rimarcato, la nostra ottica è agevolata siccome incentrata sul carattere patrimoniale delle reciproche prestazioni, e non attinge anche l'ardua problematica delle previsioni inerenti ai rapporti personali, i quali, a maggior ragione, possono travalicare i

(54) Oltre al panorama delle citazioni in nota 3, si richiamano gli approfondimenti posti nei contributi di BALESTRA, *La famiglia di fatto tra autonomia ed etero regolamentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 196; BOCCHINI, *Le vite convissute more uxorio*, in *AA.VV., Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, a cura di BOCCHINI, Torino, 2006, 24; RUGGIERO, *Gli accordi di convivenza*, *ivi*, 194; ZANETTI e SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Familia*, 2004, I, rispettivamente 658 e 678; OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. Impresa/Europa*, 2004, 17, e *ID.*, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003; G. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 143; COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Familia*, 2003, I, 695; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, *ivi*, 2002, I, 959; ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 335; FRANZONI, *I contratti tra conviventi "more uxorio"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 737; BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; CALÒ, *Contratto di mantenimento e proprietà temporanea*, in *Foro it.*, 1989, I, 1165; GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, 260.

limiti di liceità (55) prefissi alla libertà di contrarre (artt. 1343, 1344 e 1345 c.c.), quindi dell'ordinario limite dei contratti privi del carattere della patrimonialità e soprattutto della indisponibilità della sfera di libertà e dei diritti della persona garantiti ai singoli ed incoercibili in via di principio (si pensi all'assunzione di un'obbligazione di fedeltà personale od, addirittura, di intrattenere una certa frequenza di rapporti sessuali, fatta oggetto di una pattuizione contrattuale avente una qualche controprestazione patrimoniale, ovvero alla fissazione della durata temporale della convivenza, ovvero alla rinuncia alla propria libertà di far cessare il rapporto, ovvero alla previsione di una clausola penale, di una condizione od una prestazione sostanzialmente coercitiva per una tale evenienza di intollerabilità sopravvenuta, ovvero che regoli il procreare figli (56) od, addirittura, l'ipotesi di adottarli, ovvero l'esonero dagli obblighi di mantenimento della prole o la rinuncia a richiedere il riconoscimento del rapporto di filiazione, ipotesi esemplificative tra le infinite ipotizzabili, affette da radicale nullità totale o parziale del contratto); si segnala certo una certa soglia fisiologica di contrattualizzazione anche di tali sfere, quale, ad esempio, potrebbe essere quella di stabilire di convivere in un certo luogo (57), ma la cautela è decisamente elevata (non potendosi, per restare all'esempio, mai risolvere in una coartazione della libertà personale del *partner*), essendo sempre in agguato la sanzione della nullità.

Ma non ci si rende esattamente conto di quanto sia opportuna una regolamentazione pattizia, se non si verifica, sempre con il metodo della sommaria esemplificazione concreta, quale sorte è riservata, in difetto di ogni regola, ai potenziali, innumerevoli rapporti giuridici che si intersecano o che vengono accomunati dall'unione parafamiliare.

(55) Risultano tutt'oggi magistrali gli argomenti esposti in tema di liceità e meritevolezza della causa del contratto nella motivazione da App. Milano 29/12/1970, in *Foro padano*, 1971, 273, ed in *Giur. it.*, 1973, I, 2, 182, con nota redazionale; utile il confronto anche con la recentissima App. Trieste 5/11/2010, in *Giur. it.*, 2011, 1544, con nota critica di RIZZUTI.

(56) Contrarietà all'ordine pubblico già assunta al vaglio di Trib. Milano 19/11/2001, in *Nuovo dir.*, 2002, II, 621, che ha respinto la domanda di un uomo che invocava il risarcimento del danno dalla donna, cui ascriveva la violazione dell'obbligo contrattuale a non procreare e, comunque, invocava la sua responsabilità aquiliana per violazione del principio del *neminem laedere*.

(57) Nella famiglia fondata sul matrimonio, il comportamento del coniuge che rifiuta di concordare la residenza familiare può costituire persino motivo di addebito della separazione che ne dovesse conseguire, configurando una violazione della previsione reciprocamente doverosa di cui all'art. 144 c.c.; in tal senso, si veda Cass., sez. I, 13/5/1986 n. 3168, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1537; si è occupata dell'ipotesi di deroga pattizia al dovere di coabitazione per ragioni di lavoro Cass., sez. I, 11/4/2000 n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, 2235.

Intanto, secondo Cass., sez. I, 29/11/1986 n. 7064 (58), una relazione amorosa, seppur prolungata, scevra da promessa di matrimonio, non è idonea a produrre tra le parti diritti di alcun genere, né comporta in caso di interruzione una qualsiasi giuridica responsabilità, in quanto essa sorge, si svolge e cessa con i connotati di una permanente ed illimitata libertà reciproca ed è soltanto questa che, come estrinsecazione della persona, acquista rilevanza nel mondo del diritto, restando ogni altra implicazione affidata al campo dei doveri morali e sociali; aggiunge Cass., sez. I, 20/1/1989 n. 285 (59), che nella dazione di una somma di denaro da parte dell'uomo alla donna, in occasione della cessazione della loro relazione sentimentale, può ravvisarsi l'adempimento di una obbligazione naturale, con l'ovvia conseguenza che non può essere ripetuta, né dedotta in compensazione da parte del *solvens*.

In buona sostanza, troviamo conferma che la trattazione del tema delle obbligazioni naturali ha nella famiglia di fatto un peculiare risalto (60), ed infatti le attribuzioni reciproche si qualificano proprio come tali, ma così insorge subito il limite della proporzionalità, implicita nello stesso istituto (alla stregua della coscienza sociale non è doveroso ciò che va al di là delle capacità dell'adempiente, o di quanto il beneficiario abbia ragionevolmente bisogno); ed allora, procedendo sempre attraverso esemplificazioni concrete, ecco che, da un lato, Cass., sez. III, 15/5/2009 n. 11330 (61) insegna che è esperibile l'azione generale di arricchimento in tutti i casi in cui tra due soggetti si verifichi uno spostamento patrimoniale senza giusta causa (cioè senza che sussista un contratto, un atto di liberalità, un'obbligazione naturale), quale deve intendersi il pagamento continuativo dei ratei di mutui contratti dal *partner* per l'acquisto di immobili a sé intestati, siccome trascendono l'adempimento dei doveri di carattere morale e civile di solidarietà e reciproca assistenza che, avuto riguardo alle condizioni sociali e patrimoniali delle parti, presiedono alla famiglia di fatto, finendo, pertanto, per costituire gli estremi

(58) Rinvenibile in *Foro it.*, 1987, I, 805, ed in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1828.

(59) Rinvenibile in *Arch. civ.*, 1989, 498.

(60) Come ben si comprende, non è lo specifico tema di indagine in questa sede; invero, la ricorrenza di una obbligazione naturale involge la reciprocità delle attribuzioni quotidiane che trae la sua fonte nell'affidamento riposto dai *partners* in ordine alla stabilità di fatto della loro relazione affettiva, già riconoscibile come situazione stabile di vita quotidiana, secondo il canone solidaristico; sulla falsariga dello statuto giuridico disegnato per i soggetti vincolati da coniugio, si individua così l'esistenza di un dovere di natura morale e sociale che sorregge le attribuzioni spontaneamente effettuate e ne impedisce la ripetizione. Una bibliografia minima per le riflessioni presupposte ci induce a citare: BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato dir. civ. comm.* CICU-MESSINEO-MENGGONI continuato da SCHLESINGER, XLVIII, Milano, 2004; CIOCIA, *L'obbligazione naturale*, in *Dir. priv. Oggi*, a cura di CENDON, Milano, 2000; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, 116.

(61) Rinvenibile in *Fam. dir.*, 2010, 380, con nota di GELLI.

dell'indebitato; mentre in tema di prestazione di lavoro subordinato rese da un *partner* in favore dell'altro, Cass., sez. lav., 26/1/2009 n. 1833 (62) insegna che si presume onerosa, salvo che possa esser ricondotta ad un rapporto diverso, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*; sulla stessa linea si era già posta la nota pronuncia del Tribunale di Palermo 3/9/1999 (63), giunta in buona sostanza allo stesso risultato sia in relazione alle liberalità d'uso di gioielli, irripetibili (64), sia in relazione alle prestazioni lavorative di collaborazione all'attività professionale esercitata da uno dei conviventi, continuativamente resegli dall'altro, fonte dell'obbligazione corrispettiva della remunerazione; lo stesso precedente del Tribunale di Palermo insegna, inoltre, che solo la prova della proprietà esclusiva dei beni mobili costituenti l'arredo della casa già destinata alla convivenza *more uxorio* può fondare il diritto ad ottenerne la restituzione dall'altro che abbia continuato a detenerli *sine titulo*, mentre, in presenza di un comune possesso ed in difetto di detta prova, devono presumersi di comune proprietà, secondo l'ordinario regime *pro indiviso*, valendo il possesso di tali beni come titolo; ancora, posto l'insegnamento generale di Cass., sez. II, 12/11/2008 n. 26983 (65), secondo cui il denaro numerato da un libretto o da un conto corrente bancario cointestato deve reputarsi di comune proprietà per pari quota, salvo che ricorra la prova di una liberalità d'uso, o di una donazione indiretta, ovvero di altro patto, il Tribunale di Bolzano 20/1/2000 (66) nell'ipotesi di cointestazione ai due *partners* di una famiglia di fatto, conferma il principio, aggiungendo trattarsi di risparmi comuni destinati

(62) Rinvenibile in *Dir. prat. lav.*, 2009, 24, 1428; sulla stessa linea si era già espressa Cass., sez. lav., 15/3/2006 n. 5632, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 749, con nota di SCARANO; ed ora Cass., sez. lav., 22/11/2010 n. 23624, in *Banca dati Platinum*. Sulla prestazione d'opera professionale si veda, invece, Trib. Savona 24/6/2008, in *Fam. dir.*, 2009, 385, con nota di ASTIGGIANO.

(63) Rinvenibile in *Fam. dir.*, 2000, 284, con acuta notazione di FERRANDO; utile menzionare, a proposito del donativo di gioielli di valore, anche Cass., sez. I, 24/11/1998 n. 11894, in *Guida dir.*, 1998, 48, 32, con nota di M. FINOCCHIARO; in *Fam. dir.*, 1999, 180; ed in *Corr. giur.*, 1999, 54, con nota di CARBONE.

(64) Sono, invece, ripetibili i gioielli preziosi donati, ove trascendano rispetto alle "determinate occasioni normalmente festeggiate secondo il costume sociale" e risultino "incompatibili con le sostanze economiche del convivente, con depauperamento apprezzabile del suo patrimonio"; in tal senso, Cass., sez. II, 24/11/1998 n. 11894, cit. in nota precedente. Per la diversa ipotesi di donazione obnuziale, si rinvia a Cass., sez. II, 7/12/1989 n. 5410, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1590, con nota di PERFETTI.

(65) Rinvenibile in *Foro it.*, 2009, I, 1103.

(66) Rinvenibile in *Giur. merito*, 2000, 818. Anteriormente, Trib. Torino 24/11/1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 428, con nota di CALVO, statuiva che l'esistenza di un tale conto bancario cointestato, sul quale i conviventi *more uxorio*, a materiale traduzione della comunanza spirituale di vita, versavano i loro proventi, genera una presunzione di irripetibilità delle somme versate da ciascuno sul conto comune. Utile, infine, il rinvio a Trib. Ferrara 16/5/1997, in *Studium Juris*, 1997, 860.

alla famiglia, nonostante la proprietà originaria delle somme individuata in capo soltanto all'uomo; ed ancora, Cass., sez. II, 13/3/2003 n. 3713 (67), nel confermare che le prestazioni patrimoniali di un convivente *more uxorio* non possono inquadrarsi nello schema dell'obbligazione naturale se hanno come effetto esclusivo l'arricchimento del *partner* e non ricorre un rapporto di proporzionalità tra le somme apprestate ed i doveri morali e sociali assunti reciprocamente dai conviventi, riconosce il diritto all'indennizzo *ex art.* 936 c.c. al convivente imprenditore edile che aveva realizzato un immobile composto di più unità abitative sul fondo appartenente alla *partner*; conclusione diversa, ma in fattispecie non sovrapponibile, quella del Tribunale di Roma 30/10/1991 (68), che ha statuito l'irripetibilità degli oneri di ristrutturazione dell'immobile destinato per anni alla comune abitazione ma di proprietà esclusiva del *partner*, da parte del convivente *more uxorio* che se ne è fatto carico anche con la propria opera personale, in difetto, ovviamente, di prova rigorosa in ordine all'onerosità dell'accordo. L'attenzione di Cass., sez. I, 13/7/1995 n. 7666 (69) risulta, invece, incentrata a disegnare la distinzione tra adempimento di obbligazione naturale e donazione remuneratoria, cogliendo ancora il requisito della proporzionalità tra pregiudizio economico e attribuzione patrimoniale, a proposito di una vicenda di cessione d'azienda tra conviventi *more uxorio* di lunga durata (ove veniva in considerazione sia il lavoro domestico apprestato dalla donna quale contribuzione alle necessità della conduzione del *ménage* familiare instaurato in fatto che la collaborazione lavorativa nell'attività d'impresa condivisa), affermando che ove si rilevi una sproporzione può anche ipotizzarsi l'esistenza di un *negotium mixtum cum donatione* (70). Altro noto precedente si rinviene in Tribunale di Savona 7/3/2001 (71), che qualifica valido ed efficace il contratto stipulato tra due conviventi *more uxorio*, nel quale, regolamentando il loro rapporto di convivenza e nell'ambito di una partecipazione di entrambi alle spese, la donna costituiva in favore dell'uomo un diritto di usufrutto (72) vitalizio su immobile abitativo, subito dopo averne acquistato la proprietà; nel volgere di breve tempo l'unione di fatto si dissolveva e la donna invocava la nullità del contratto sugli stessi schemi di cui al caso annotato (difetto di valida causa, difetto di forma, trattandosi di liberalità, difetto di sinallagma); nel respingere tale

(67) Rinvenibile in *Giur. it.*, 2004, 530, con nota di DIGREGORIO.

(68) Rinvenibile in questa *Rivista*, 1992, 698; simile soluzione risulta adottata da Trib. Larino 21/10/1994, in *Nuovo dir.*, 1995, 519.

(69) Rinvenibile in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1120, con nota di SICCHIERO.

(70) In tema, desta interesse la recente Cass., sez. II, 17/11/2010 n. 23215, in *Trusts*, 2011, 159.

(71) Rinvenibile in *Fam. dir.*, 2001, 529, con nota di DOGLIOTTI.

(72) Dell'attribuzione comodataria su immobile abitativo in favore del convivente, si è invece occupata Cass., sez. III, 8/6/1993 n. 6381, cit. nelle note 51 e 52, riconoscendone la validità ed efficacia.

pretesa e confermando la validità dell'usufrutto, il Tribunale arriva a suggerire che il contratto poteva essere fatto oggetto di una diversa domanda di risoluzione contrattuale, siccome venuta meno la presupposizione su cui si fondava, costituita dalla permanenza del rapporto di loro convivenza *more uxorio*, quale premessa implicita e di buona fede condizionante il consenso prestato. Ulteriore insegnamento della giurisprudenza di merito si rinviene in Tribunale di Milano 1/10/2008 (73), che invece attribuisce (*rectius*: conserva) la qualificazione di obbligazione naturale alla promessa unilaterale (74) sottoscritta da un convivente *more uxorio* al momento della cessazione della convivenza, con la quale si impegnava a versare all'altro una somma mensile per un periodo di tempo predeterminato, individuandovi un dovere morale di "assistenza familiare", ma non una valida obbligazione coercibile nonostante la promessa scritta (che non trasforma l'obbligazione naturale in obbligazione civile, ma, evidentemente, può solo avere una mera valenza probatoria atta ad impedire la ripetizione di quanto eventualmente già prestato dal *solvens*); il caso ci riporta alla riflessione sul regime a cui il rapporto è esposto in assenza di regolamentazione contrattuale della convivenza parafamiliare stessa. Inoltre, ancora secondo il Tribunale di Savona 29/6/2002 (75), è valido ed efficace il contratto con il quale i *partners* regolano la loro partecipazione alle spese del *menagé* familiare.

Questa disamina già ci consente di reputare assodato che il patto con il quale i conviventi disciplinano le proprie reciproche prestazioni di contributo agli oneri correnti e di mantenimento, anche per l'ipotesi che venga meno il presupposto della convivenza, è, in via di principio, senz'altro legittimo ed ammissibile.

7. Percorsa una tale complessa analisi esemplificativa è possibile tirare le fila del discorso, tornando alla fattispecie concreta giunta al vaglio della Corte d'appello d'orica; ora, a ragion veduta, risulta in buona sostanza evidente come la motivazione della sentenza, da un lato dice troppo, dall'altro nulla, e le ragioni salienti possono così sintetizzarsi:

A) In realtà, nella specie venivano in gioco unicamente le responsabilità genitoriali dei due *ex* amanti ed era in tale collegamento che poteva fissarsi la possibile valida causa dell'atto dispositivo contrattuale, secondo il titolo che legittima il genitore convivente che si fa carico degli oneri quotidiani per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole, a rivendicare verso l'altro genitore il corrispondente contributo economico-patrimoniale; e la

(73) Rinvenibile in *Corr. merito*, 2008, 12, 1244.

(74) In tema si rinvia a GALGANO, *Trattato dir. civ.*, II, Padova, 2009, 819; e DI GIOVANNI, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da ALPA e PATTI, VI, Padova, 2010.

(75) Rinvenibile in *Fam. dir.*, 2003, 596, con nota di FERRANDO.

responsabilità genitoriale è stata disegnata dal legislatore sul principio della non discriminazione tra figli nati all'interno della famiglia fondata sul vincolo di coniugio e quelli nati da qualsivoglia altro tipo di relazione; l'autoregolamentazione di questa responsabilità solidale (76), che il dato normativo tutela e favorisce, può sempre essere assoggettata all'eventuale controllo di adeguatezza rispetto al canone di "non contrarietà all'interesse dei figli" (77), limite

(76) Tra altre, merita trasciversi il tratto saliente di Cass., sez. I, 26/5/2004 n. 10102, cit. in nota 7, secondo cui "il principio di responsabilità genitoriale immanente nell'ordinamento è ricavabile dall'interpretazione sistematica degli artt. 261, 147 e 148 c.c. in correlazione all'art. 30 Cost." (il caso ineriva all'assegnazione in uso della casa familiare in tema di famiglia di fatto e nella ipotesi di cessazione della convivenza *more uxorio*, anteriormente alla novella di cui alla l. n. 54/2006).

(77) Sugli accordi dei genitori naturali è stata sopra segnalata la centralità dell'art. 317 *bis* c.c.; in generale sulla sua portata, si cfr. DE FILIPPIS, *Il diritto di famiglia*, Padova, 2011, 366; questo procedimento, come "ridisegnato" in esito al ben noto regolamento di competenza di cui a Cass., sez. un., 3/4/2007 n. 8362, in *Foro it.*, 2007, I, 2049, ha assunto il sostanziale riferimento di processo per la "separazione della famiglia di fatto con prole" e comunque di sede per la soluzione dei contenziosi tra genitori naturali, pur con le problematiche già segnalate nel mio scritto, *Mantenimento del figlio naturale, procedimento ex art. 148 c.c., competenza funzionale del giudice*, cit. in nota 2. In ordine alla possibilità di accedere ad un controllo preventivo, e cioè una sorta di "omologazione" degli accordi avanti al Tribunale minorile, per il loro scrutinio di convalida, si cfr., da ultimo, NASCOSI, *L'affidamento dei figli naturali su ricorso congiunto dei genitori: una strada percorribile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1229; TOMMASEO, *Sulla verifica giudiziale degli accordi parentali nell'interesse dei figli naturali*, in *Fam. dir.*, 2007, 1021. La tematica involge numerose implicazioni, che qui affidiamo alla citazione di precedenti giurisprudenziali esemplificativi, *ex pluribus*, quali risultano, App. Roma 17/7/2007, *ivi*, 1019; Cass., sez. I, 30/10/2009 n. 23032 e Cass., sez. I, 4/11/2009 n. 23411, entrambe in *Fam. dir.*, 2010, 1, 113, con nota di DOSI; App. Brescia 4/2/2011, *ivi*, 2011, 4, 53; e Cass., sez. I, 21/3/2011 n. 6319, *ivi*, 5, 20, con nota di FIORINI. È d'uopo sottolineare nuovamente come la sistemazione solutoria degli obblighi di mantenimento nei confronti della prole, concordata tra i genitori autonomamente, può essere sì variamente attuata, ma deve inderogabilmente risultare non contraria all'interesse del minore, con verifica di effettività ed adeguatezza: canone diffusamente segnalato e rispondente a posizioni di diritto costituzionalmente protette. Tra i tanti possibili richiami giurisprudenziali, Trib. Genova 6/2/2007, in *Foro it.*, 2007, I, 946, così testualmente motiva: "...quando gli interessi coinvolti riguardano figli minori, i poteri del giudice prescindono dai limiti dei *petita* e, persino, degli *alligata* e possono configurarsi, per questo, come una sorta di 'giurisdizione senza azione'. Tale particolare natura di questa giurisdizione è riconducibile ad un'attività di attuazione del diritto in modo indipendente dalla volontà delle parti (e per questo, da taluni denominata 'oggettiva')"; conforme l'insegnamento di Cass., sez. I, 3/8/2007 n. 17043, in *Banca dati Platinum*, secondo cui "...i provvedimenti relativi al mantenimento dei figli, in quanto volti alla tutela di interessi sì privati, ma rilevanti per l'ordine pubblico, possono, in deroga ai principi generali, adottarsi d'ufficio, oltre che fondarsi sulle prove

che ci riporta nell'alveo dell'inderogabilità, come anche qui sopra emerso diffusamente.

B) Nonostante uno dei preamboli essenziali del contratto in cui era inserita la clausola impugnata recitasse testualmente "che le parti intendono definire i loro rapporti conseguenti alla nascita della bambina", la Corte non le ha attribuito alcuna rilevanza, pur potendo quella espressione risultare idonea a gettare luce in ordine alla causa del negozio stipulato, né dava corso ad alcun accertamento concreto al fine di una corretta interpretazione della volontà delle parti; il requisito causale *ex art. 1325, n. 2, c.c.*, poteva infatti risultare valido — *ex lato materno* — ove l'opzione fosse caduta sull'ipotesi di una stretta correlazione con i ridetti doveri di mantenimento che incombono (invero come un *munus*) sui genitori e sul riparto che li vedono reciprocamente obbligati, con vincolo di solidarietà e secondo il parametro della proporzionalità al proprio reddito (desumibile *ex artt. 148, 155, 261, 317 bis c.c. e 4 l. n. 54/2006*); vi è che il mantenimento per la figlia minore vedeva anche previsioni *ad hoc* adeguate e che il domandare materno non ha brillato nell'impostazione deduttiva, sicché questi elementi hanno finito per costituire serio disturbo all'attività decisoria, ma non era certo arduo porre quel collegamento quasi naturale tra l'accudimento personale di una bambina appena nata da parte della madre ed il sacrificio di quest'ultima in tale attività con l'ovvia maggiore difficoltà di procurarsi reddito, cui sembrava far riscontro proprio quell'ulteriore assegno mensile compensativo a carico del padre, funzione del contratto senz'altro utile e con evidente rilevanza sociale.

C) Identica trascuratezza anche in ordine all'altra prospettazione — *ex lato paterno* — secondo cui non ricorreva neppure un'obbligazione naturale, risultando il sinallagma radicalmente nullo per l'illiceità rilevata (78), e, prima ancora, per l'illiceità del contratto stesso prospettata in relazione all'origine del rapporto, ma soprattutto per il fatto che non ricorreva alcun collegamento con un rapporto di convivenza *more uxorio* — d'altronde impedita dalla coeva vita matrimoniale dell'uomo — idonea a far insorgere un qualche dovere morale e sociale *ex art. 2034 c.c.*; mentre le subordinate volte alla risoluzione del contratto stesso almeno *pro futuro* erano assorbite dalla nullità dichiarata. L'unica considerazione delle tesi dell'uomo su questi profili sembra implicita nel riconoscimento del principio del *favor libertatis*, immanente al nostro ordinamento e per cui anche il coniuge ha un diritto costituzionalmente protetto di ottenere la separazione personale e così di interrompere la convi-

ritenute necessarie acquisite d'ufficio"; ulteriori esplicazioni in Cass., sez. I, 2/2/2005 n. 2088, *ivi*; ed in Cass., sez. I, 28/2/2000 n. 2210, *ivi*.

(78) Costituita dal contenuto obiettivo di quel regolamento contrattuale ove addirittura l'assegno mensile riconosciuto alla donna si pone in precipua relazione di sinallagma con la rinuncia di questa a posizioni di diritto costituzionalmente protette, *ex artt. 2, 4, 16, 30, commi 3 e 4, Cost.*, ed una tale illiceità, a ben vedere, avrebbe dovuto far escludere in radice l'ipotesi dell'obbligazione naturale.

venza ove sia divenuta per lui intollerabile, come di sciogliere il vincolo di coniugio (79).

D) La più evidente trascuratezza si individua nel non aver risposto neppure al quesito del se tra ex amanti divenuti comunque genitori ricorrono doveri morali e sociali, proprio per il fatto di essere accumulati nella qualifica genitoriale; non sembra potersene dubitare, in quanto l'aiuto economico al genitore affidatario o collocatario oltre al cosiddetto assegno perequativo di contributo per il mantenimento del figlio, integra quel dovere morale e sociale largamente sentito, trattandosi della madre del proprio figlio; la risposta, quindi, persino è ovvia, ma è mancata come tale; eppure la sua rilevanza era occasione preziosa, in quanto è del tutto evidente che, se può reputarsi ovvio che tra ex amanti non possono ricorrere doveri od obblighi giuridici di sorta (salve le prestazioni spontanee coerenti con il sentire morale e sociale), l'esser divenuti genitori comporta obiettivamente un "salto di qualità" che meritava un adeguato approfondimento sotto tale profilo.

E) Ma prima ancora era mancata una adeguata redazione del contratto e tale evidenza suscita una certa impressione per la circostanza che le parti avevano fatto ricorso ad assistenza tecnico-giuridico professionale, evidentemente minimamente conscia delle problematiche qui discusse, come se si trattasse di una transazione commerciale; eppure non era arduo dedurre in contratto un semplice e banale collegamento tra la nascita, le esigenze di cura e di crescita della loro figlia minore e l'impossibilità ovvero la maggiore difficoltà per la madre di attendere, almeno per un certo tempo, ad una occupazione lavorativa produttiva di reddito (compatibile con il ruolo genitoriale); colpisce, tra l'altro, che l'uomo con ogni probabilità reputasse sussistere una sua obbligazione giuridica vera e propria al mantenimento personale dell'ex amante, cui era costretto ad adempiere, o comunque sentisse la responsabilità di dover adempiere (il che portava ad escludere l'altra ipotesi, da questi prospettata in giudizio, dell'atto di liberalità, non tanto per il difetto di forma, ma per l'assenza proprio dell'*animus donandi*).

F) Il caso si prestava, comunque, all'approfondimento di un quesito arduo (questa, però, è una trascuratezza che può senz'altro reputarsi fisiologica in quel costruito motivo della Corte) che attinge la sorte delle obbligazioni fatte oggetto di un contratto a prestazioni corrispettive corrispondenti ad interessi sostanziali di natura patrimoniale; non è revocabile in dubbio il

(79) *Favor libertatis* che nella sistematica positiva trova fondamento nell'art. 2 Cost. e nelle norme convenzionali, trova la sua conferma *in primis* nell'art. 79 c.c., passa attraverso il diritto a veder interrotta la vita comune divenuta intollerabile, sino allo scioglimento e cessazione di ogni vincolo, (come anche qui sopra osservato in nota 39), secondo *iter* processuali volti alla sollecita definizione dello *status* ed esenti da oneri; sul punto si richiamano, tra altre, Cass., sez. I, 17/12/2004 n. 23567, in *Banca dati Foro it.*; Cass., sez. I, 18/7/2005 n. 15157, *ivi*; Cass., sez. I, 9/10/2007 n. 21099, in *Fam. dir.*, 2008, 30, con nota di LA TORRE; e Cass., sez. I, 7/1/2008 n. 26, *ivi*, 399.

principio giuridico, ribadito dalla Corte marchigiana, secondo cui un'obbligazione naturale, caratterizzata dalla spontaneità della prestazione, non può essere "novata", cioè, se così ci è consentito esprimerci, cambiando natura nel momento stesso in cui viene scritta in una convenzione contrattuale. L'interrogativo insorge, infatti, per effetto di questa diversa riflessione: se l'obbligazione viene "contrattualizzata" e costituisce il corrispettivo di altra obbligazione, può trovare valida fonte nel contratto stesso, nella mera logica della valutazione del sinallagma contrattuale? E la corrispettività delle prestazioni patrimoniali, ovviamente nei limiti del lecito, è di per sé sufficiente per il positivo scrutinio di validità e meritevolezza della causa contrattuale *ex art.* 1322 c.c. e, quindi, a qualificare l'obbligazione assunta come valida obbligazione civile?

È chiaro che gli scenari che si aprono sarebbero decisamente innovativi, ma in questa sede non possiamo che concludere con la riflessione modesta che il caso costituisce un'autentica occasione mancata per far luce su questi diversi ambiti, così disagiati per l'interprete, persino nella catalogazione giuridica delle ben diverse ipotesi di tutela.

8. L'intrecciarsi di così tante e delicate questioni, che nell'ambito delle tematiche che attingono il diritto di famiglia e delle persone si ripropongono vivamente nell'attualità, presuppone una rigorosa individuazione dei vari ambiti in cui può venire in gioco validamente l'autonomia negoziale dei singoli e, soprattutto, l'esigenza che il tenore contrattuale risulti, nel concreto, lecito e meritevole, e quindi armonicamente integrato con i valori espressi dall'ordinamento.

Posto che l'indicato titolo al proporzionale contributo economico-patrimoniale della prole riveste ontologicamente tali requisiti di compatibilità con i valori del nostro ordinamento siccome corrispondente esattamente ai doveri/diritti egualmente gravanti sui genitori, statuiti nelle norme positive indicate, può liberamente accedersi all'autoregolamentazione contrattuale di tale solidale responsabilità genitoriale, al fine di determinarla nel concreto, salva la sua eventuale verifica, *ex post*, di adeguatezza nel senso di non contrarietà agli interessi della prole stessa; ed oggetto delle composite prestazioni di ognuno dei genitori suscettibili di valutazione economico-patrimoniale, che concorre all'adempimento di quei doveri/diritti, può risultare anche l'attività domestica di accudimento personale quotidiano della prole in tenera età; con la conseguenza che una tale prestazione personale del genitore convivente può risultare, almeno nella parte eccedente l'equa suddivisione dell'onere complessivo, meritevole di una perequazione compensativa per equivalente monetario da parte del genitore non convivente, coobbligato solidale, in relazione alla corrispondente perdita delle *chances* di conseguire reddito, costituendo così valida ed efficace causa contrattuale, siccome obiettivamente lecita e meritevole di tutela.

GIANCARLO SAVI