

Concorso in magistratura 2017

TRACCIA DI DIRITTO CIVILE*

11.7.2017

Riflessi patrimoniali della crisi e della cessazione dei rapporti familiari: matrimonio, unione civile, contratto di convivenza e convivenza di fatto

di *Valentina Olisterno*[†]

1. Inquadramento

La disciplina della crisi dei rapporti coniugali o paraconiugali rappresenta probabilmente l'aspetto più delicato della regolamentazione complessiva del fenomeno familiare, venendo in rilievo l'esigenza di trovare un giusto punto di equilibrio tra i valori di libertà e responsabilità, soprattutto nei confronti della prole e dei componenti della coppia.

La questione si complica ulteriormente alla luce dei recenti interventi legislativi – da ultimo L. n. 76/2016 cd. Cirinnà, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze – che ha, definitivamente, consacrato a livello normativo (anche se si registrano numerosi precedenti interventi normativi sia pure frammentari e settoriali, quali l. n. 21/2013, artt. 342 bis e ter c.c., art. 6 L. n. 184/1983, artt. 406 e 417 c.c., art. 5 L. n. 40/2004, artt. 572, 612 bis c.p., art. 199 c.p.p., ecc.) l'accoglimento di un **modello pluralistico di famiglia** che riconosce insieme alla famiglia legittima (fondata sul matrimonio ai sensi dell'art. 29 Cost.) le altre relazioni familiari, come la famiglia di fatto che la Corte Cost. (ex multis sent. n. 138/2010 e 170/2014) ha ricondotto alle formazioni sociali, di cui all'art. 2 Cost., ove si svolge la personalità dell'uomo.

In specie la nuova legislazione in tema di rapporti di coppia ha modificato i confini del concetto di famiglia, delineando almeno quattro relazioni familiari (si veda sul punto, M.SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, 2017, p. 125 ss.). Accanto al matrimonio si collocano, infatti, le unioni civili tra persone dello stesso sesso, le convivenze di fatto (omosessuali o eterosessuali) registrate e le convivenze (omosessuali o eterosessuali) non registrate.

Il diverso atteggiarsi di tali relazioni si riverberano sulla regolamentazione della crisi del rapporto familiare, ed in specie sulle ricadute patrimoniali della stessa, posto che i profili afferenti al rapporto con i figli prescindono, restando identici, dalla "forma" assunta dalla famiglia in cui si collocano.

L'interprete è chiamato inoltre a misurare il ruolo che l'autonomia negoziale, principio che la giurisprudenza ha elevato a rango costituzionale tramite l'aggancio agli artt. 2 e 41 Cost., può

* Il presente *schema di elaborato* rappresenta il punto di vista dell'autore, nonché solo uno dei modi possibili in cui può essere svolta la traccia.

[†] Magistrato ordinario.

assumere in tali relazioni che orbitano tra il diritto pubblico e il diritto dei privati, alla luce del principio di indisponibilità degli *status*.

2. Matrimonio: assegno di separazione, assegno di divorzio, ammissibilità degli accordi in vista della separazione e del divorzio

2.1. La crisi del rapporto coniugale è segnata dalla **separazione personale** dei coniugi.

La separazione (che può essere di fatto o di diritto, consensuale o giudiziale) incide sugli effetti/sul rapporto non sull'atto, non elidendo il vincolo matrimoniale, ma sospendendolo.

Tra i coniugi permane un vincolo solidaristico e assistenziale in virtù del quale sorge (in sostituzione del dovere di contribuzione) il dovere di sopporre alle esigenze del coniuge economicamente meno provveduto. Invero al coniuge cui non sia addebitabile la separazione spetta un **assegno di mantenimento**, qualora non abbia adeguati redditi propri e vi sia una disparità economica tra i due coniugi (156 c.c.). L'entità dell'assegno è determinata in relazione alle circostanze di ordine economico e ai redditi dell'obbligato, ed è teso ad assicurare al coniuge economicamente più debole la conservazione di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

Nella separazione consensuale, gli effetti della separazione si ricollegano all'accordo delle parti, anche se sono sospensivamente condizionati all'omologa del giudice. Si tratta di un *negozio a carattere familiare*, che deve contenere una **parte necessaria** (il reciproco consenso a vivere separati) e una **eventuale** (relativo alle pattuizioni avente ad oggetto l'instaurarsi della vita separata).

La giurisprudenza da tempo ammette i cd. accordi *a latere* dell'omologazione, cioè di pattuizioni anteriori, coevi o successivi all'accordo omologato, in base al **principio di non interferenza** e comunque purché prevedano condizioni non deteriori, discutendosi solo della natura atipica (Cass. n. n. 11342/2004, n. 21736/2013) o tipica di tali accordi con "causa familiare" (Cass. n. 5473/2006).

2.2. Il matrimonio si scioglie definitivamente con il **divorzio** che può essere pronunciato solo in presenza delle tassative cause stabilite dalla legge (art. 3 L. 898/1970).

Espressione di una pretesa solidarietà postconiugale, l'assegno divorzile - previsto dall'art. 5, comma 6 Legge sul divorzio - è corrisposto (fino a quando non muoia o non si risposi) all'ex coniuge qualora questi non abbia al momento della cessazione degli effetti civili del matrimonio mezzi adeguati e versi nell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive. L'assegno ha **natura assistenziale** e non alimentare, di mantenimento.

Il giudizio di "inadeguatezza" viene operato raffrontando i mezzi del coniuge richiedente raffrontandolo "ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso in quale poteva legittimamente e

ragionevolmente prefigurarsi sulla base delle aspettative maturate nel corso del rapporto” (Cass. 4079/2010).

Questo consolidato principio è stato tuttavia recentemente scardinato da **Cass. 10/05/2017, n. 11504** che ha segnato l’abbandono del tenore di vita, quale parametro di riferimento per la determinazione dell’assegno divorzile.

La Suprema Corte, superando, in considerazione dell’evoluzione del costume sociale, il proprio consolidato orientamento, ha stabilito *“Il giudice del divorzio, richiesto dell’assegno di cui all’art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall’art. 10 della l. n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi: a) deve verificare, nella fase dell’“an debeatur”, se la domanda dell’ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di “mezzi adeguati” o, comunque, impossibilità “di procurarseli per ragioni oggettive”), non con riguardo ad un “tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio”, ma con esclusivo riferimento all’“indipendenza o autosufficienza economica” dello stesso, desunta dai principali “indici” – salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie – del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri “lato sensu” imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell’ex coniuge richiedente), della capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all’età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò sulla base delle pertinenti allegazioni deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto all’eccezione ed alla prova contraria dell’altro ex coniuge; b) deve tener conto, nella fase del “quantum debeatur”, di tutti gli elementi indicati dalla norma (“condizioni dei coniugi”, “ragioni della decisione”, “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune”, “reddito di entrambi”) e valutare “tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio” al fine di determinare in concreto la misura dell’assegno divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell’onere della prova.”.*

Tradizionalmente la giurisprudenza ha sempre ritenuto che la convivenza dell’ex coniuge possa essere causa di riduzione dell’assegno o di quiescenza, ma non di definitiva cessazione (come avviene in altri ordinamenti, come quello spagnolo). L’unica norma che prevede l’incidenza della convivenza sui rapporti economici è l’art. 337 *sexies* in tema di assegnazione della casa familiare. Anche questa tradizionale impostazione è stata superata da **Cass., 3/4/2015, n. 6855**, la quale ha inaugurato un orientamento innovativo e rivoluzionario, secondo cui l’instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, fa venire definitivamente meno l’assegno divorzile, in quanto viene rescissa ogni connessione con il tenore e il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale.

Oltre all'assegno divorzile che è disposto su ordine del giudice, si pongono gli accordi in vista del divorzio, nei confronti dei quali si registra una netta chiusura da parte della giurisprudenza a differenza degli accordi in vista o in occasione della separazione, tendenzialmente ammessi, come visto sopra.

La giurisprudenza commina la **nullità** di tali accordi per **illiceità della causa** ed in specie per violazione dell'art. 160 c.c., intesa come massima espressione della totale **indisponibilità dei diritti** e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio, ed in particolare dello *status coniugalis*.

E' stato infatti affermato che "gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico - patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c.. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810).

E' stato altresì precisato che "gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 8, nel testo di cui alla L. n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "secundum ius", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio" (Cass., 10 marzo 2006, n. 5302; v. anche Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777).

Da ultimo tali principi sono stati ribaditi da Cassazione civile, sez. I, 30/01/2017, n. 2224.

Tale impostazione, tuttavia, potrebbe essere oggetto di rivisitazione, perché l'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 novembre 2014, n. 16, tesa a valorizzare gli strumenti alternativi alla giurisdizione, ha introdotto la convenzione di negoziazione assistita per la separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, lo scioglimento del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazioni o di divorzio.

L'introduzione di questi nuovi meccanismi finalizzati ad attenuare o sciogliere il vincolo matrimoniale ha ridestato il dibattito sulla natura degli accordi familiari e sulla tenuta del *principio di indisponibilità dello status*.

Si sostiene che non è più vero che l'azione di scioglimento del matrimonio rientri nella categoria delle azioni costitutive necessarie, perché la fonte da cui scaturiscono gli effetti tipici della separazione e del divorzio va ravvisata anche nell'accordo.

Di recente proprio la sentenza della Corte di Cassazione 11504/2017, che si è pronunciata sull'assegno divorzile e il parametro del tenore di vita, ha valorizzato l'autonomia negoziale, precisando che “ oggi - è possibile "sciogliere" il matrimonio, previo accordo, con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile, a norma del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, art. 12, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, art. 1, comma 1”.

3. Unioni civili

Come si è accennato la legge Cirinnà ha introdotto e disciplinato le unioni civili (ossia le unioni tra partners dello stesso sesso), in maniera pressoché analoga al matrimonio.

Circa il regime della crisi delle unioni civili, a differenza del matrimonio, è prevista quale causa dello scioglimento del vincolo esclusivamente il “divorzio”, richiamandosi l'art. 3 l. 898/1970. Lo scioglimento è previsto anche per volontà unilaterale delle parti, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile.

Fermo restando la disciplina dell'assegno divorzile, stante il richiamo all'art. 5 comma 6 della legge 1970, anche alla luce della recente sentenza della Cassazione, si pone il problema di verificare l'applicabilità dell'orientamento che esclude gli accordi in vista del divorzio.

Secondo una prima impostazione, poiché le unioni civili si possono sciogliere anche con una semplice dichiarazione unilaterale, si potrebbe propendere per una maggiore apertura per gli accordi in vista dello scioglimento del rapporto.

Tuttavia accedendo alla tesi secondo cui, salvo taluni profili differenziali, le unioni civili sono sostanzialmente equiparabili al matrimonio, si deve concludere per l'inammissibilità di tali accordi in quanto affetti da nullità.

4. Contratto di convivenza.

La legge Cirinnà si è, altresì, occupata di approntare una disciplina, sia pure non del tutto esaustiva, della convivenza di fatto cd. registrata.

Viene, in particolare, in rilievo il cd. contratto di convivenza con il quale i conviventi hanno la possibilità di disciplinare in via programmatica i loro rapporti (esclusivamente) patrimoniali mediante la sottoscrizione di un apposito contratto definito, appunto, “di convivenza”.

La legge in parola ne individua la forma (scritta *ad substantiam* con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata) e i requisiti di validità, l'opponibilità ai terzi (tramite iscrizione all'anagrafe ai sensi del regolamento di cui al d.p.r. 223/1989), nonché il contenuto (tra le altre, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo, la scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni).

Si discute se l'elencazione di cui al comma 53 sia tassativa, oppure se i conviventi, nell'esercizio del potere di autonomia negoziale, possano ampliare il contenuto di tale contratto con previsioni, per così dire, "atipiche", ed in specie se tale contratto possa contenere pattuizioni volte a disciplinare la crisi del rapporto di convivenza e, dunque la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra gli ex conviventi.

Si osserva che la legge cd. Cirinnà non regola compiutamente la fase dello scioglimento della convivenza *more uxorio*, e, dunque i profili patrimoniali che seguono la risoluzione del contratto di convivenza.

Il comma 65 dell'art. 1 della legge Cirinnà si limita solo a stabilire che *"in caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile"*.

Sul punto, diverse sono le posizioni degli interpreti.

Una tesi restrittiva nega la validità di una previsione contrattuale di una somma da corrispondersi per la cessazione della convivenza imputabile alla volontà o alla condotta del soggetto obbligato. Si tratterebbe in particolare di una clausola penale contrastante con norme imperative e, quindi, nulla.

Altra impostazione, maggiormente in linea con il valore che oggi si riconosce all'autonomia negoziale, ritenendo che la legge in parola appresti solo una "tutela minima", ammette simili accordi (che prescindono, quindi, dallo stato di bisogno dei conviventi) in considerazione del fatto che rispetto alla clausola penale è ammesso il controllo giudiziale di congruità o non eccessiva onerosità che tutelerebbe il soggetto tenuto alla corresponsione.

Infine, secondo una ricostruzione mediana, accedere alla tesi dell'elencazione tassativa non significa che le pattuizioni relative alla fine della convivenza ed obblighi di mantenimento successivi siano illecite o nulle, ma che non rientrano e non possono ritenersi disciplinate dalle disposizioni contenute nella legge n. 76/2016.

Ecco, quindi, che diventa necessario rifarsi ai principi elaborati dalla dottrina e giurisprudenza con riferimento alla fase patologica del rapporto di convivenza *more uxorio* ante legge Cirinnà.

5. Convivenza di fatto.

Con riferimento alle convivenze *more uxorio* o “prive di contratto” si ritiene che tra i conviventi non si determini automaticamente alcun diritto reciproco al mantenimento o obbligo di prestare alimenti, né quando la convivenza sia in corso, né dopo la sua cessazione.

In ordine ad eventuali pretese restitutorie, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che “*in tema di convivenza "more uxorio", le attribuzioni reciproche fra conviventi, non essendo dovute "ex lege" in quanto non scaturenti dall'obbligo di mantenimento reciproco in base alle proprie capacità lavorative, che presiede invece al vincolo matrimoniale, bensì essendo imputabili ad un semplice legame di affetto e solidarietà, si configurano come **obbligazioni naturali**. In quanto tali, salvo il caso in cui la loro realizzazione sia imputabile a persona incapace, esse non sono ripetibili e non costituiscono ingiustificato arricchimento in capo a chi ne ha beneficiato*”.

Fuori di queste ipotesi, tuttavia, un’indagine sulla causa in concreto può altresì rivelare la sussistenza di donazioni remuneratorie (nonché liberalità d’uso) o di vere proprie obbligazioni giuridiche in senso stretto.

Con riferimento a queste ultime, secondo alcuni non può negarsi che, nell’esercizio dell’autonomia privata, le parti-conviventi possano disciplinare i propri reciproci rapporti patrimoniali, con riferimento sia alla fisiologia della convivenza che ad una eventuale fase patologica, non venendo in quest’ultimo caso in rilievo il limite rappresentato dall’indisponibilità dello *status coniugalis*.

Tali accordi rientrerebbero nei **negozi della crisi familiare** che la Cassazione n. 5473/2006, qualifica quali negozi traslativi di diritti durante la crisi coniugale – in questo caso para-coniugale – come negozi rispondenti “*ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell’evento di “separazione consensuale”. Spirito che, sfuggendo da un lato alle connotazioni classiche dell’atto di “donazione” e dall’altro a quello dell’atto di vendita “svela, ..., una sua “tipicità” propria la quale ... può, colorarsi dei tratti dell’obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della “gratuità”, in ragione dell’eventuale ricorrenza ... nel concreto, dei connotati di una sistemazione “solutorio-compensativa”...*” di quella serie di rapporti maturati nel corso della convivenza.

Questa tesi non è, tuttavia, condivisa da quanti ritengono che trattasi accordi non meritevoli di tutela, e come tali affetti da nullità, perché la previsione di obblighi assistenziali successivi allo scioglimento della convivenza si porrebbero in un’insanabile contraddizione con la caratteristica tipica della convivenza ovvero il libero scioglimento della stessa.

A sostegno di tale assunto si richiama la Cass 21 marzo 2013 n. 7214 che - in tema di tutela possessoria del partner estromesso dall’altro proprietario dell’abitazione – la quale, dopo aver affermato il principio secondo cui “*poiché ... la famiglia di fatto è compresa tra le formazioni sociali che l’art. 2 Cost. considera la sede di svolgimento della personalità individuale, il*

convivente gode della casa familiare, di proprietà del partner, per soddisfare un interesse proprio, oltre che della coppia, sulla base di un titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, si da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata”, si affretta a ribadire che ciò non significa pervenire ad un completo pareggiamento tra la convivenza more uxorio ed il matrimonio, contrastante con la stessa volontà degli interessati, che hanno liberamente scelto di non vincolarsi con il matrimonio proprio per evitare, in tutto o in parte, le conseguenze legali che discendono dal coniugio.