
LE RINUNZIE AI DIRITTI CONTENUTE NELL'ACCORDO DI SEPARAZIONE (*)

Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.3, 2012, pag. 957

Maria Novella Bugetti

Classificazioni: SEPARAZIONE DEI CONIUGI - In genere

Sommario: 1. Premessa: l'accordo di separazione tra autonomia ed indisponibilità dei diritti. — 2. Puntualizzazioni in ordine alla qualificazione degli atti dismissivi contenuti nella separazione consensuale dei coniugi come rinunzie in senso stretto. — 3. La rinuncia a diritti patrimoniali: in particolare, alla proprietà sui beni in comunione. — 4. Segue: la rinuncia al mantenimento. — 5. Segue: la rinuncia al mantenimento della prole. — 6. Gli accordi dei genitori in ordine all'affidamento della prole. — 7. Segue: la rinuncia all'assegnazione della casa familiare. — 8. La rinuncia a diritti di carattere personale. — 9. Ai confini dell'autonomia: dismissione dei diritti e potere di controllo del giudice.

1. — È stato affermato che «la separazione consensuale costituisce uno dei momenti più significativi della negozialità nell'ambito delle vicende familiari» (1). L'operatività dell'autonomia privata (2) nell'ambito della separazione consensuale si evince anzitutto dal vasto contenuto dell'accordo, il quale è potenzialmente destinato a determinare l'intero assetto dei rapporti insorgenti in occasione della separazione. Di guisa che si è soliti distinguere al suo interno un contenuto necessario ed un contenuto eventuale (3), dovendosi ricondurre al primo la volontà di interrompere la convivenza e le pattuizioni relative all'affidamento ed al mantenimento dei figli (4), ed al secondo tutte le ulteriori statuizioni funzionali al raggiungimento di un assetto generale degli interessi, patrimoniali e non, al quale si ammette i coniugi possano condizionare il proprio consenso alla separazione personale, nel rispetto degli «interessi inderogabili» (5).

A ben vedere, la possibilità di riversare nell'accordo di separazione contenuti più ampi (6) rispetto a quelli poc'anzi tratteggiati — ad avviso di molti criticabile (7) — genera rilevanti problematiche concernenti l'elemento causale (8) degli stessi, suggerendo di distinguere ulteriormente i negozi che hanno causa nella separazione da quelli dotati di causa autonoma e che trovano nell'accordo semplice occasione (9).

L'analisi giurisprudenziale, poi, evidenzia ulteriori ampliamenti della operatività dell'autonomia privata, laddove, abbandonata una visione talora giudicata paternalistica dell'omologazione giudiziale (10), ha condotto al riconoscimento di efficacia anche di patti non omologati che, anteriori o coevi all'accordo stesso, si pongano in rapporto di «non interferenza» con esso, o che, se successivi, siano migliorativi delle statuizioni in esso contenute (11). Nella medesima direzione si è altresì mosso il legislatore (12), che, peraltro nella delicata materia dell'affidamento dei figli in occasione della crisi della coppia genitoriale, ha imposto al giudice di tener conto degli accordi intervenuti tra i genitori con riferimento sia all'affidamento sia al mantenimento dei figli (art. 155, comma 3°, c.c.).

A fronte dell'ampliamento dell'autonomia dei coniugi nella auto-regolamentazione della crisi, emerge altresì l'esigenza di limitare tale autonomia, così da tutelare adeguatamente i soggetti deboli (il coniuge debole ed i figli) coinvolti nella crisi. Il mescolarsi delle richiamate (apparentemente) antitetiche esigenze, il loro bilanciarsi ed intrecciarsi, restituiscono al giurista quadri mutevoli, non sempre di agevole interpretazione, in cui interessi molteplici, talora contrapposti, richiedono di essere ricondotti ad unità, alla ricerca di una *regula iuris* che sia dotata della necessaria certezza, ma al contempo sia sufficientemente flessibile per addivenire alla giustizia del caso concreto.

Nel periodo attuale, poi, la ricerca di tale complesso temperamento costituisce un improcrastinabile obiettivo, tenuto conto dei paventati processi di spostamento del baricentro della crisi «dal momento dell'intervento valutativo del giudice — come è stato affermato — a quello dell'accordo» (13). Il richiamo non è soltanto alla separazione consensuale e al divorzio su domanda congiunta, ma anche a nuovi istituti, quali la mediazione familiare (14) ed il divorzio collaborativo (15) (che al momento solo si affacciano nel nostro ordinamento, ma potranno trovare

significativo sviluppo, come già accade nei paesi di *common law*), nei quali le regole per il governo della crisi si formano al di fuori del procedimento (16).

In tale contesto la ricerca si prefigge l'obiettivo di tracciare il confine ultimo dell'autonomia privata nel governo della crisi, costituito dal carattere irrinunciabile delle situazioni giuridiche che ne formano oggetto: nella consapevolezza che, se la libertà negoziale costituisce lo strumento per rispondere «sul piano giuridico alla complessità dei rapporti umani» (17), l'indisponibilità dei diritti rappresenta l'architrate sul quale poggia l'irrinunciabile tutela dei singoli all'interno della compagine familiare (18).

2. — L'individuazione dei limiti di operatività della rinuncia contenuta nell'accordo di separazione impone, anzitutto, una puntualizzazione in ordine alla qualificabilità di tali atti alla stregua di rinunce in senso stretto intese.

Benchè siano numerose le disposizioni (19) che vi fanno riferimento, manca nel nostro ordinamento una disciplina generale della rinuncia intesa come l'atto essenzialmente unilaterale (20) con cui si dismette un diritto spettante al rinunziante (21). Essa consiste nell'attività con la quale il soggetto, esercitando il diritto (*rectius*, la facoltà) di rinuncia (22), «reagisce ad una situazione giuridica [...] divenuta per lui svantaggiosa» (23), determinando l'estinzione — non già necessariamente del diritto — quanto del rapporto giuridico (24). In tal senso la rinuncia è un atto strutturalmente perfetto, in quanto sempre produttivo dell'effetto tipico di dismettere il diritto (25). Sotto altra visuale, occorre precisare che, dato il suo carattere necessariamente unilaterale, la rinuncia non può «presentarsi inserita in uno schema contrattuale, senza perdere la sua stessa identità concettuale» (26); non può pertanto qualificarsi come rinuncia (in senso stretto) una dichiarazione dismissiva che, inserita all'interno di un più complesso schema contrattuale, acceda causalmente a questo, di talché l'attività abdicativa non sia funzione o causa del negozio, ma oggetto o strumento di esso. In altri termini, è dato distinguere, sotto il profilo causale e dunque qualificatorio, tra le dichiarazioni dismissive in senso stretto, necessariamente unilaterali e nelle quali la dismissal del diritto costituisce il contenuto minimo ed essenziale dell'atto, dalle dichiarazioni abdicative inserite in un più ampio regolamento di interessi (27), e che accedono dunque alla causa di questo.

La trasposizione di siffatto ragionamento nell'ambito specifico dell'accordo di separazione impone una necessaria precisazione in termini: potrà infatti parlarsi di rinuncia in senso stretto solo con riferimento a quelle dichiarazioni che, sebbene ivi contenute, siano estranee allo schema causale dell'accordo di separazione, non rispondendo allo scopo di dare sistemazione alle questioni relative alla crisi, ma, di contro, trovino in esso semplice occasione; in tale caso, infatti, l'inserimento di una dichiarazione siffatta «nel regolamento contrattuale nulla aggiunge e nulla toglie alla struttura unilaterale ed alla funzione autonomamente dismissiva, connaturate al negozio di rinuncia, talché questo avrebbe potuto essere compiuto indifferentemente in una fase cronologica diversa» (28).

Di contro, la dichiarazione rinunciativa contenuta nell'accordo di separazione, che sia volta a dare sistemazione alle questioni relative alla vicenda post-matrimoniale, accede alla causa dell'accordo, perdendo di conseguenza quella meramente liberatoria che è propria della rinuncia in senso stretto. In definitiva, in tali ipotesi non si è di fronte ad una rinuncia, bensì ad un atto dismissivo di diritti che trova la propria giustificazione nell'assetto complessivo degli interessi realizzati dall'accordo, assumendo così i «colori della bilateralità» (29).

Tale specificazione — se può valere ad escludere un giudizio di meritevolezza della causa in concreto o un accertamento della compatibilità *ex art. 1324 c.c.* per l'applicazione della disciplina contrattuale — non dispensa dall'indagine relativa all'individuazione del limite di operatività della dichiarazione dismissiva consistente nel carattere irrinunciabile della situazione giuridica soggettiva che ne formi oggetto, avuto riguardo al fatto che, in applicazione del disposto dell'art. 1418, comma 2°, c.c., l'atto dismissivo della situazione giuridica soggettiva irrinunciabile è nullo (30).

Nell'intento di tracciare qualche indicazione di carattere generale in ordine al carattere irrinunciabile delle situazioni giuridiche dismesse, la dottrina ha posto in luce come l'irrinunciabilità sia propria anzitutto delle posizioni giuridico-soggettive attribuite dall'ordinamento in funzione di tutela di interessi altrui (come nel caso dell'ufficio di diritto privato o della potestà genitoriale) ovvero in cui

l'interesse del singolo coincida con quello della collettività, consistente nel far sì che il singolo non abdichi ad una propria posizione giuridica individuale (come nel caso degli *status*) (31). Diversamente, il carattere irrinunciabile del diritto soggettivo è la conseguenza di una qualificazione normativa — non costituendo un suo carattere intrinseco — a fronte della valutazione dell'ordinamento dell'interesse alla conservazione dello stesso in capo al suo titolare: così che, ad esempio, sono irrinunciabili i diritti della personalità, le azioni di stato, i crediti alimentari.

Azzardare ulteriori puntualizzazioni non è agevole, in considerazione della necessità di attingere alla più vasta categoria della indisponibilità, ove si catalizzano «istanze assiologiche di diversa matrice e provenienza» (32). E, focalizzando l'attenzione sulle rinunce contenute nell'accordo di separazione, l'indagine risulta ancor più complessa avuto riguardo alla peculiarità degli interessi coinvolti nella crisi della famiglia.

3. — Si suole mettere in evidenza il rapporto di proporzionalità inversa esistente tra patrimonialità e indisponibilità, affermando che «il carattere della indisponibilità appare massimo nell'ambito dei diritti della personalità, minimo in quello dei diritti patrimoniali» (33). A tale enunciazione di principio segue tuttavia immancabilmente il rilievo per il quale molte ne sono le eccezioni: dall'un lato l'extrapatrimonialità è divenuta in certa misura derogabile (34), dall'altro lato numerosi sono i diritti patrimoniali indisponibili.

Tale ultima eccezione si manifesta vistosamente nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra i coniugi tanto in costanza di matrimonio — in relazione ai quali l'indisponibilità è espressamente sancita dal legislatore in numerose disposizioni (artt. 160, 194 e 210 c.c.) —, quanto nella separazione, ove l'irrinunciabilità trova il proprio fondamento non solo nel principio di eguaglianza, ma anche nell'esigenza di tutelare i soggetti più deboli. Cosicché, con riguardo alle dichiarazioni dismissive contenute nell'accordo di separazione, è di volta in volta necessario verificare se il diritto patrimoniale dismesso sia rinunciabile o se, viceversa, l'ordinamento abbia interesse che esso permanga nella sfera giuridica del suo titolare. In questa prospettiva, non si pongono particolari problemi in ordine all'eventuale rinuncia che dovesse avere ad oggetto, ad esempio, crediti di un coniuge nei confronti dell'altro, diritti reali minori, la proprietà di beni di titolarità esclusiva del coniuge.

Diverse considerazioni debbono svolgersi con riferimento alle dichiarazioni dismissive connesse alla divisione dei beni in comunione legale, quali, ad esempio, le rinunzie ai rimborsi e alle restituzioni spettanti ai sensi dell'art. 192 c.c. (35), ovvero alla proprietà di tutti o parte dei beni che costituiscano la quota spettante al coniuge rinunciante. Il primo rilievo attiene invero alla ammissibilità stessa di una divisione dei beni che sia compiuta nell'accordo di separazione consensuale (36) e che, pertanto, sia posta in essere prima che si sia verificata una delle cause tassative di scioglimento della comunione consistente nell'omologazione della separazione; di guisa che l'accordo divisionale sarebbe nullo per mancanza di oggetto. Avverso tale ricostruzione si è però osservato che nell'accordo di separazione forma oggetto di disposizione, sottoposta alla *condicio iuris* dell'omologazione, non già la quota di comunione legale, come tale indisponibile, bensì la quota di comunione ordinaria che allo scioglimento della prima subentra, bene futuro suscettibile di formare oggetto di disposizione *ex art.* 1348 c.c. (37).

L'ammissibilità di clausole concernenti la divisione dei beni in comunione legale nell'accordo di separazione pone tuttavia l'ulteriore interrogativo, che in questa sede particolarmente rileva, della libera disponibilità dei diritti sui beni comuni alla luce dell'operatività, in materia, dell'art. 194 c.c., giusta il quale «La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti eguali l'attivo e il passivo».

In sede di lavori preparatori alla Riforma del 1975, tale formulazione prevalse su quella secondo la quale al coniuge che avesse contribuito in maniera superiore rispetto all'altro alla creazione del patrimonio comune sarebbe stato consentito chiedere al tribunale una ripartizione differenziata. Anche in considerazione di ciò, una dottrina ha affermato l'inderogabilità della ripartizione paritaria delle quote: tale regola, in detta prospettiva, costituisce — come si evince anche dal richiamo

fattone dall'art. 210, comma 3°, c.c. — il principio cardine della comunione legale dei beni, laddove consente ai coniugi di partecipare «in egual misura alle vicende patrimoniali della famiglia, senza distinzione tra i rispettivi apporti» (38).

Nel senso della libera derogabilità della parità delle quote, si è tuttavia osservato che il principio di eguaglianza delle quote opera unicamente nel senso di vietare un contratto che vi deroghi, *manente comunione*, o una convenzione che ne escluda ora per allora l'operatività (39). Esso, tuttavia, non troverebbe applicazione una volta che la comunione si sia sciolta e, conseguentemente, si sia instaurato il regime di comunione ordinaria regolata dagli artt. 1100 ss. c.c.; in altri termini, «nel momento in cui i coniugi decidono di adottare il regime di comunione legale, non è possibile derogare al principio di parità delle quote», ma non sussiste «l'irrinunciabilità di tale diritto nel momento in cui, perfezionatasi l'ipotesi di scioglimento, si proceda alla suddivisione dei valori patrimoniali» (40).

Tale conclusione, tuttavia, non appare convincente; la rinuncia che abbia ad oggetto la quota comune, infatti, che avvenga prima o dopo lo scioglimento della comunione, conduce ad uno svilimento della finalità della comunione legale, quella cioè di consentire una paritaria partecipazione dei coniugi al patrimonio accumulato durante la vita matrimoniale (41). Da tale considerazione sembra potersi inferire l'inammissibilità di qualsivoglia dichiarazione abdicativa che realizzi una deroga al principio di parità, quale, per quanto in questa sede maggiormente interessa, la rinuncia alla proprietà di tutti o di una parte dei beni comuni.

Simili considerazioni valgono altresì per le rinunce che abbiano ad oggetto i rimborsi e le restituzioni previste dall'art. 192 c.c.; tale norma — nel consentire a ciascun coniuge di ottenere la restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune e, viceversa, di ottenere da parte dall'altro coniuge che abbia prelevato dal patrimonio comune per spese personali, la reintegrazione delle somme alla comunione —, intende realizzare la ricostituzione del patrimonio della comunione mediante la definizione di ogni rapporto intercorrente tra lo stesso e i patrimoni individuali dei coniugi ovvero scongiurare un arricchimento del singolo a danno della comunione.

I rimborsi e le restituzioni, in definitiva, si configurano alla stregua di operazioni prodromiche alla individuazione dei beni rientranti nella comunione, e conseguentemente sono funzionali all'attuazione del principio di eguaglianza delle quote che l'art. 194 c.c. sancisce come inderogabile (42). A parere di chi scrive, dunque, pare corretto affermare l'inammissibilità di una rinuncia che abbia ad oggetto i rimborsi a cui si ha diritto o la restituzione da parte dell'altro di quanto dovuto alla comunione; che, se così non fosse, si svilirebbe in concreto la funzione delle operazioni divisionali aggirando nella sostanza il principio di parità.

4. — Il diritto patrimoniale in relazione al quale il tema che ci occupa riveste la più ampia rilevanza è quello al mantenimento, spettante al coniuge privo di adeguati redditi propri a cui non sia addebitabile la separazione (art. 156 c.c.).

In mancanza di una espressa qualificazione normativa, è controverso se l'assegno di mantenimento sia disponibile. La tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza (43) è quella che dà risposta negativa al quesito; secondo alcuni il carattere indisponibile dell'assegno di mantenimento si ricava dalla sua natura assistenziale nonché dalla sua contiguità con il dovere di contribuzione in costanza di convivenza (44), inderogabile ai sensi dell'art. 160 c.c. (45). Una prospettiva attenta all'emersione della negozialità nell'ambito della crisi coniugale ha evidenziato tuttavia come non possa discorrersi di indisponibilità dell'assegno, se non con riguardo all'*an*: i coniugi, in definitiva, sono liberi di determinarne il *quantum*, ma mai di rinunziarvi (46). Il che si spiega, in altra prospettiva, nel fatto che ammettere la possibilità di una dismissione del diritto al mantenimento equivale a consentire la rinuncia anche alla sua componente alimentare, cui fa espresso divieto il disposto dell'art. 445 c.c. (47).

Pare a chi scrive, tuttavia, che il carattere indisponibile dell'assegno trovi il proprio fondamento assiologico nella sua strumentalità rispetto alla realizzazione del principio di eguaglianza e solidarietà tra i coniugi nella fase della crisi coniugale (48); il mantenimento, infatti, nell'attuale

sistema, costituisce l'unico strumento attraverso il quale attribuire rilevanza al lavoro prestato da uno dei coniugi all'interno della famiglia e dei sacrifici fatti, garantendogli, anche nel corso della separazione, di poter beneficiare di un tenore di vita equipollente a quello tenuto durante il *ménage*. L'irrinunciabilità risponde peraltro all'esigenza, come è stato autorevolmente affermato, « di non lasciare al singolo l'arbitrio di cancellare senza tracce l'impegno di vita assunto col matrimonio » (49); cosicché, come rende palese l'art. 5 l. div., non può ammettersi, neppure nella fase di scioglimento del matrimonio, l'estinzione di qualsivoglia reciproca pretesa economica tra i coniugi divorziandi, se non a séguito di una valutazione equitativa del giudice sul *quantum* liquidato. E se il principio di solidarietà coniugale opera nella fase di scioglimento del matrimonio, esso non può non informare di sé anche la separazione, allorché il vincolo, sebbene allentato, ancora sussiste (50).

Focalizzando l'attenzione sul profilo della rinunciabilità dell'assegno e, dunque, sulla libera decisione in ordine all'*an debeat*, occorre dare coerenza al sistema approfondendo in particolare due argomenti, di carattere perlopiù processuale (51), dai quali si suole inferire la libera dismissibilità dell'assegno di mantenimento.

Anzitutto si fa leva sulla circostanza per la quale il giudice, in ottemperanza al principio dispositivo, non può pronunciarsi sul mantenimento in mancanza di una specifica domanda di parte (52), cosicché, essendo precluso un intervento d'ufficio da parte del tribunale, la mancata postulazione determinerebbe una rinuncia implicita al diritto stesso. L'argomento, tuttavia, a parere di chi scrive, non è decisivo, anzitutto poiché al carattere irrinunciabile di un determinato diritto non corrisponde sempre e comunque uno speculare potere del giudice di pronunciarsi d'ufficio; il che si evince incontrovertibilmente dalla disciplina del diritto agli alimenti, i quali, pur avendo natura irrinunciabile, non possono essere corrisposti in mancanza di una espressa domanda in tal senso da parte dell'avente diritto (art. 445 c.c.) (53).

Nondimeno, la dottrina ha messo in rilievo la necessaria differenziazione tra rinuncia e mancato esercizio del diritto: nel secondo rileva soltanto la volontà « di non far valere il diritto, ma non quella (positiva) di rinziarvi » (54), che caratterizza invece la rinuncia. Il problema semmai in tale prospettiva si sposta su un fronte attiguo, concernente, cioè, la legittimazione del coniuge, in mancanza di espressa previsione nell'accordo di separazione in ordine al mantenimento, ad agire successivamente per ottenerlo.

La s.C. (55), pronunciandosi sul punto con riferimento all'assegno divorzile, ha affermato che se l'assegno è stato originariamente negato o non ha costituito oggetto di richiesta al momento della pronuncia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, è consentito al coniuge divorziato di richiedere successivamente a tale pronuncia l'attribuzione dell'assegno precedentemente non concesso solo ai sensi dell'art. 9 l. div., ovvero sia al sopravvenire di giustificati motivi (56). Nell'argomentare la decisione la s.C. fa leva sul principio secondo il quale, essendo la domanda di assegno divorzile necessariamente accessoria a quella di divorzio, la mancata pronuncia sul punto equivale ad una negazione implicita della concessione dell'assegno. Di qui, in osservanza del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile (57), il coniuge avente diritto non potrà instaurare un successivo giudizio per vedersi riconosciuto l'assegno, ma soltanto far valere il sopravvenire del mutamento di circostanze di fatto che possano giustificare una revisione delle statuizioni adottate dal giudice del divorzio. La soluzione, tuttavia, non può essere intesa come il riconoscimento di un effetto dismissivo del diritto correlato alla mancata domanda, la quale costituisce piuttosto un impedimento processuale (58) a far valere un diritto che permane in capo al titolare e potrà essere fatto valere solo al ricorrere di determinate circostanze.

I termini della questione, tuttavia, a parere di chi scrive, mutano notevolmente ipotizzando che i coniugi nulla abbiano statuito in ordine al mantenimento nell'ambito dell'accordo di separazione consensuale; ciò innanzitutto avuto riguardo alla natura di giurisdizione volontaria del relativo procedimento ed alla conseguente inidoneità del provvedimento di omologa a dar luogo a giudicato. Ma altresì considerato che nella separazione consensuale ciò che si domanda al giudice è la verifica dei presupposti di omologabilità dell'accordo, consistenti, quanto al contenuto, nella presenza del

nucleo minimo ed essenziale. Si è detto, tuttavia, che secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie la regolazione del mantenimento del coniuge non rientra nel contenuto necessario, cosicché decade nella specie il vincolo di accessorietà tra la domanda di mantenimento e quella di separazione (arg. ex art. 156 c.c.) e deve escludersi l'operatività del summenzionato principio del giudicato implicito (59). In tal senso, poi, milita la considerazione per la quale si ammette che la statuizione relativa al mantenimento sia contenuta in un patto non omologato, anche antecedente o coevo al ricorso, di cui la giurisprudenza afferma la validità se soddisfa il principio di non interferenza (60). In definitiva, non trova spazio nell'ambito della separazione consensuale il corredo argomentativo dal quale la Corte ricava il diniego dell'azionabilità della domanda di mantenimento una volta concluso il procedimento; di guisa che, salva peraltro la legittimazione a chiedere la revisione delle condizioni al mutare delle circostanze ai sensi dell'art. 710 c.p.c. (61), non può ammettersi che la mancata previsione nell'accordo di separazione delle statuizioni relative al mantenimento ostacoli la domanda fondata sulla situazione pregressa (62), che può dunque essere avanzata anche successivamente alla omologazione dell'accordo che nulla statuisca sul punto, sul presupposto — non soltanto delle mutate circostanze, bensì — dell'inadeguatezza dei redditi del richiedente a conservare il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Il diritto decorre comunque dal momento della domanda giudiziale e non a far data dal sorgere dei presupposti che fondano il diritto (63). Il che attua un apprezzabile temperamento tra irrinunciabile tutela del coniuge debole — nella salvaguardia del suo plausibile interesse a non ottenere allo stato il mantenimento — e tutela dell'affidamento dell'altro, che, confidando nella volontà dell'avente diritto di non ottenere allo stato il mantenimento, sarà tenuto a corrisponderlo solo a far data dalla eventuale successiva domanda giudiziale.

Merita altresì qualche considerazione l'argomento, tra gli altri, che fa leva sulla diffusa prassi di inserire nell'accordo di separazione clausole con le quali i coniugi, riconoscendosi autosufficienti, dichiarano di non aver nulla da pretendere l'uno dall'altro, clausole che, come è stato acutamente osservato, si sostanzierebbero in vere e proprie rinunce (64). Rinnegando l'ammissibilità di una dismissione del diritto indisponibile al mantenimento, taluna dottrina ha affermato che tali dichiarazioni debbono essere preferibilmente interpretate alla stregua del riconoscimento da parte del coniuge avente diritto all'assegno della mancanza dei presupposti su cui esso si fonda, consentendone dunque una successiva domanda fondata sul mutamento delle circostanze di fatto. A parere di chi scrive, tuttavia — e richiamando quanto già osservato relativamente alla mancata regolamentazione nell'accordo di separazione del mantenimento del coniuge economicamente più debole — una siffatta dichiarazione non determinerebbe alcun effetto estintivo del diritto al mantenimento e non precluderebbe una successiva richiesta. Qualora infatti l'avente diritto avanzasse in un successivo giudizio la domanda relativa al mantenimento, dando prova di quegli elementi di fatto sui quali essa si basa, il resistente potrebbe opporsi alla richiesta solo dimostrandone l'insussistenza, ma giammai opponendo la dichiarazione, resa nel verbale di separazione dal coniuge debole, di non averne diritto; in caso contrario si attribuirebbe alla dichiarazione resa dal coniuge la natura di confessione, che, tuttavia, non può vertere su un diritto indisponibile.

In sintesi, pare a chi scrive non sia ammissibile una rinuncia — diretta o indiretta (65) — all'assegno di mantenimento.

Merita poi ricordare come la giurisprudenza (66) — non senza critiche da parte della dottrina (67) — negli parimenti l'ammissibilità della rinuncia, in sede di accordo di separazione, all'assegno di divorzio. Il substrato argomentativo a sostegno della tesi fu posto da una sentenza della s.C. del 1981 (68), nella quale si affermava la nullità per illiceità della causa dell'accordo con il quale i coniugi determinavano *ante causa* le condizioni del futuro divorzio per un triplice ordine di ragioni: anzitutto a norma dell'art. 9 l. div. le statuizioni divorzili sono soggette alla clausola *rebus sic stantibus*, che, come tale, si pone in contrasto con il carattere di stabilità che gli accordi in vista del divorzio intendono perseguire. Inoltre, gli accordi prematrimoniali, condizionando di fatto il diritto di difesa del coniuge nel corso del procedimento divorzile, costituirebbero un fenomeno di

negoziazione dello *status* coniugale, come tale contrario all'ordine pubblico e, parimenti, all'art. 160 c.c. La giurisprudenza successiva ha arricchito siffatto corredo di motivazioni, evidenziando altresì l'impossibilità di sottoporre gli accordi ad un controllo giudiziale di equità ai sensi dell'art. 5, comma 8°, l. n. 898/1970, presupposto per il riconoscimento di effetti estintivi di qualsivoglia futura pretesa patrimoniale alla liquidazione dell'assegno in un'unica soluzione.

Per quanto più specificamente concerne l'ipotesi della rinuncia all'assegno post-matrimoniale contenuta nell'accordo di separazione, a tali argomentazioni — che peraltro trovano un condivisibile fondamento politico nell'« inopportunità di assecondare l'intento di dare luogo ad assetti economici postmatrimoniali che non tengano conto delle condizioni effettivamente esistenti, sotto ogni profilo, nel momento stesso dello scioglimento » (69) — si aggiunge quella, assorbente, della natura irrinunciabile dell'assegno divorzile (70), che trova, così come l'assegno di mantenimento, il proprio fondamento assiologico nella sua funzione, costituendo esso lo strumento attraverso il quale si realizzano, nella fase post-coniugale, i principi di eguaglianza e solidarietà tra gli ex-coniugi (71).

5. — Un ulteriore versante nel quale può venire in considerazione la rinuncia a diritti patrimoniali da parte di un coniuge attiene al mantenimento della prole minorenni o maggiorenne non autosufficiente (72). Al riguardo, ampio riconoscimento è accordato all'autonomia dei genitori, laddove all'art. 155 c.c. è previsto che nel fissare la misura e il modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento dei figli, il giudice debba prendere atto, « se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti » tra loro (comma 1°). La medesima norma precisa che « salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito ».

L'ampliamento del riconoscimento dell'operatività dell'autonomia privata nell'ambito della materia del mantenimento dei figli non scalfisce l'incontrovertita natura indisponibile del diritto del figlio di essere mantenuto dai genitori anche a seguito della crisi familiare — parametrato al tenore di vita della famiglia ed alle sue esigenze (art. 155 c.c.) (73) —, alla cui realizzazione ciascun genitore è tenuto a provvedere preferibilmente in via diretta, mediante il soddisfacimento immediato dei bisogni del figlio nel periodo di tempo in cui è presso di sé. Non può pertanto dubitarsi della nullità di una dichiarazione con la quale uno dei genitori genericamente sollevi l'altro dalla partecipazione al mantenimento del figlio.

Una qualche considerazione merita invece il profilo della rinunciabilità dell'assegno perequativo, che il giudice può fissare a favore di un coniuge per garantire la proporzionalità della contribuzione di ciascun genitore al mantenimento del figlio. La soluzione del quesito, a ben vedere, richiede di verificare se sia derogabile da parte dei genitori il principio di proporzionalità dei rispettivi apporti al mantenimento della prole; quesito la cui soluzione negativa si evince dal fatto che il principio di proporzionalità è corollario del diritto del figlio di essere mantenuto da parte di entrambi i genitori sancito dall'art. 30 cost. (74).

Deve concludersi dunque che, essendo il diritto di credito del genitore riconosciuto nell'interesse del figlio, un rinuncia all'assegno da parte del genitore che esoneri l'altro dalla partecipazione al mantenimento è potenzialmente lesiva dell'interesse del figlio e come tale inammissibile. La portata di tale conclusione, tuttavia, deve essere limitata (75) all'ipotesi in cui, in mancanza di una statuizione giudiziale in tal senso, nel ricorso di separazione consensuale sia contenuta una dichiarazione dismissiva di carattere generale, che faccia riferimento alla corresponsione per il futuro dell'assegno perequativo dell'altro genitore al mantenimento del figlio (76).

Qualora, viceversa, l'assegno perequativo sia stato fissato giudizialmente — come nel caso, ad esempio, in cui la separazione sia iniziata come giudiziale e sia diventata consensuale solo dopo l'udienza presidenziale e l'adozione dei provvedimenti provvisori — nulla osta alla validità della rinuncia, trattandosi di un diritto di credito (77) che, avendo ad oggetto il mantenimento pregresso (78), non lede neppure potenzialmente il diritto del figlio ad essere mantenuto; diritto che è stato infatti assolto, ancorché da parte di uno solo dei genitori. Alla medesima conclusione può giungersi qualora tale credito sia sorto per aver il genitore mantenuto in via esclusiva il figlio per il periodo corrispondente alla separazione di fatto o nel corso del procedimento.

Una parziale apertura nel senso dell'ammissibilità di una rinuncia *pro futuro* all'assegno è invece sostenuta da chi intende l'eventuale dichiarazione dismissiva alla stregua di riconoscimento « che il coniuge non affidatario è privo di mezzi sufficienti per contribuire al mantenimento della prole » (79). Tale posizione è criticabile — oltre che per quanto osservato in precedenza sugli effetti delle dichiarazioni di autosufficienza correlate al diritto di percezione dell'assegno di mantenimento — anche sulla base della considerazione che l'inderogabilità del parametro della proporzionalità (80) di cui all'art. 148 c.c. rende contestabile « la possibilità di rimettere alla dichiarazione delle parti la constatazione dell'insussistenza dei presupposti dell'obbligo per il non affidatario di non concorrere nelle spese di mantenimento, istruzione ed educazione della prole » (81) .

6. — Un ulteriore ambito nel quale ampio spazio è accordato all'autonomia privata è quello — comune peraltro alla separazione, consensuale e giudiziale, al divorzio ed allo scioglimento della convivenza *more uxorio* — dell'affidamento dei figli. In tale materia, invero, l'autonomia privata incontra significative restrizioni, radicate nell'indisponibilità dei diritti della prole minorenni, alla cui tutela sono equiparati, ai sensi dell'art. 155-*quinquies* c.c., anche i figli maggiorenni portatori di *handicap* grave, ai sensi dell'art. 3 l. 5 febbraio 1992, n. 104.

L'art. 155 c.c., così come riformato dalla legge n. 54/2006, ha esaltato anche in tale ambito l'autonomia dei genitori, affermando che, per realizzare il diritto del minore alla bigenitorialità « il giudice, nell'adottare i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori. Nel far ciò egli dovrà *prendere atto*, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori ».

L'enunciato, che risponde alla logica di esaltare il ruolo preminente dei genitori nella gestione della crisi, induce a domandarsi se il legislatore abbia lasciato la materia dell'affidamento alla libera disponibilità delle parti (82), ovvero se, come sembra preferibile (83), il giudice conservi in ordine a detti accordi un potere di controllo di merito sulla loro corrispondenza all'interesse del minore (84). Più specificamente interessa in questa sede indagare l'ammissibilità nell'ambito dell'accordo di rinunce concernenti la tipologia di affidamento e le modalità di svolgimento di esso.

La risposta negativa al quesito si evince anzitutto dal tenore della norma, la quale lascia intendere che il giudice può discostarsi dalle scelte manifestate dai genitori se non siano conformi all'interesse del minore; tale interesse costituisce dunque un limite invalicabile dell'autonomia dei genitori.

Occorre poi tener conto che l'affidamento si estrinseca nell'esercizio della potestà da parte dei genitori (85); cosicché, se si ammettesse che i genitori possano liberamente disporre dell'affidamento — financo rinunciandovi — ne scaturirebbe la rinunciabilità da parte del genitore dell'esercizio della potestà sui figli. Tuttavia, non abbisogna di dimostrazioni l'assunto per il quale la potestà, situazione giuridica conferita nell'interesse altrui, è irrinunciabile, e qualsivoglia limitazione trova la sua fonte — non già in un atto di autonomia privata, bensì — in un provvedimento del giudice o nella legge.

Le medesime considerazioni inducono, parimenti, ad escludere che possa formare oggetto di rinuncia il diritto di visita, a meno che non sia in contrasto con l'interesse del minore la frequentazione del genitore. Ciò in quanto la legge espressamente garantisce il diritto del minore a mantenere significativi rapporti con ciascun genitore (art. 155, comma 1°, c.c.); di guisa che, costituendo l'affidamento e la frequentazione con il figlio un *munus* del genitore, essi non possono essere volontariamente dismessi, ma possono essere limitati esclusivamente in ragione della sussistenza del presupposto della esigenza di tutelare il figlio.

7. — Ci si chiede poi se possa essere riconosciuta al genitore affidatario o collocatario della prole la facoltà di rinunciare all'assegnazione della casa familiare, il cui godimento, a norma dell'art. 155-*quater* c.c., deve essere attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli.

La risposta al quesito dipende strettamente dall'interpretazione della citata disposizione, al fine di verificare, cioè, se la nuova formulazione lasci spazio a differenti interessi, oppure se, come pacificamente ammesso anche prima della Novella del 2006, l'assegnazione corrisponda all'unico criterio dell'interesse preminente della prole, e, come tale, sia irrinunciabile. Secondo un a. (86), la

riforma avrebbe attribuito all'assegnazione « un significato complessivo molto diverso da quello che assumeva in base al testo del previgente articolo », emergente altresì da talune delle cause di estinzione del diritto (quali la instaurazione da parte del genitore assegnatario di una convivenza *more uxorio*), che possono condurre a collocare in secondo piano l'interesse dei figli. Ad opposta tesi — invero maggioritaria (87) — sembra da ultimo aver aderito anche la Corte costituzionale (88), che, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con la Carta fondamentale dell'art. 155-*quinquies* c.c. ha salvato la norma interpretandola nel senso che l'operatività in concreto delle cause di estinzione è in ogni caso subordinata alla rispondenza dell'escomio all'interesse della prole (89). In altri termini, nell'assegnazione della casa familiare l'interesse del minore è da ritenersi prevalente rispetto a diversi ed opposti interessi facenti capo ad altri soggetti — *in primis* il coniuge proprietario — e non può essere ispirata a logiche che all'interesse del minore siano contrarie. Ciò chiarito, si tratta di verificare se il genitore collocatario o affidatario, spinto dalle più varie ragioni ed in accordo con l'altro, possa farne oggetto di rinuncia. Orbene, è evidente che la norma detta i criteri ai quali il giudice deve ispirare la decisione relativa alla casa familiare per l'ipotesi in cui i genitori non si trovino d'accordo, sovraordinando alla logica proprietaria quella della salvaguardia della continuità abitativa della prole. Tale norma non può viceversa essere interpretata quale limite all'autonomia dei genitori in ordine alla sistemazione abitativa del minore — quasi a ritenere che la residenza del minore sia fissata, per così dire *ex lege*, nell'ultimo luogo di residenza della famiglia prima della separazione —, costituendo in definitiva una facoltà, ma non un obbligo del genitore affidatario.

Nessuna obiezione, poi, può porsi rispetto alla rinuncia — non già all'assegnazione della casa familiare da parte del genitore affidatario o collocatario, bensì — del coniuge proprietario al diritto a far valere le cause di estinzione del suddetto diritto sancite dall'art. 155-*quinquies* c.c. Al riguardo, infatti, deve osservarsi che, comportando dette cause di estinzione un sacrificio dell'interesse del minore, la rinuncia a farle valere da parte del coniuge proprietario determina un miglioramento della sua condizione, conducendo ad una estensione del diritto a permanere nella casa familiare e, dunque, ad effetti migliorativi sulla condizione dei figli. Deve tuttavia evidenziarsi l'illiceità dell'accordo che prevedesse la perdita del diritto in caso di matrimonio o convivenza, perché condizionerebbe « l'estinzione di un diritto personale del figlio, derivante dall'obbligo di responsabilità genitoriale, al verificarsi di fatti rimessi alla mera volontà di uno degli obbligati » (90).

8. — Il limite alla rinuncia costituito alla indisponibilità del diritto che ne formi oggetto risulta particolarmente pregnante laddove vengano in considerazione diritti non patrimoniali ed in particolare diritti della personalità, tanto da fugare ogni dubbio in ordine alla inammissibilità di una dichiarazione con la quale uno dei coniugi dismettesse, ad esempio, il diritto a trasferire la propria residenza (91) — diritto ancorato oltre che al dettato costituzionale anche alla normativa sovranazionale (92) —, il diritto a svolgere una professione, il diritto a praticare il culto religioso, a contrarre matrimonio, ad agire per ottenere il divorzio, ad instaurare una convivenza *more uxorio* (93).

Un profilo che pare meritevole di approfondimento è la rinuncia avente ad oggetto il diritto al nome nell'ambito dell'accordo di separazione, tanto qualora la moglie rinunci ad utilizzare il cognome del marito — che ha aggiunto al proprio con il matrimonio e conserva, salvo apposita autorizzazione giudiziaria, fino alla pronuncia di divorzio —, quanto la rinuncia da parte del marito all'azione diretta ad inibirne l'uso da parte della moglie, subordinata *ex lege* al ricorrere di un grave pregiudizio (94) (art. 156-*bis* c.c.). Secondo una dottrina l'accordo dovrebbe considerarsi valido, dato che non spetta al giudice dell'omologazione controllarne il merito.

Di diverso avviso la giurisprudenza di merito pronunciatasi sul punto che, proprio facendo leva sulla natura indisponibile del diritto al nome, è categorica nell'escludere l'ammissibilità di una dichiarazione dismissiva che lo abbia ad oggetto (95). La conclusione, peraltro, trova ulteriore avallo nella considerazione per cui l'uso del cognome maritale da parte della moglie si riconnette ad

interessi superindividuali di unitaria identificazione della famiglia, che possono essere particolarmente pregnanti qualora vi siano figli che pure portano il cognome paterno.

Quanto poi alla possibilità di intendere la dichiarazione dismissiva alla stregua del riconoscimento dell'esistenza di un pregiudizio nell'uso del cognome maritale (96), occorre evidenziare, specularmente a quanto fatto in relazione alle clausole che ciò prevedano in riferimento all'assegno di mantenimento, che tali dichiarazioni non possono realizzare alcun effetto inibitorio rispetto a future domande, in quanto non possono essere considerate alla stregua di dichiarazioni confessorie vertendo in materia di diritti indisponibili. Ciò significa che, ricorrendo i presupposti di legge, qualora la moglie intenda far uso del cognome nonostante la rinuncia effettuata in sede di accordo di separazione, il marito non potrà eccepirne l'inammissibilità in quanto contrastante con gli accordi assunti in sede di separazione e comunque la dichiarazione della moglie non potrà valere come prova dell'esistenza dei presupposti che ne determinano l'inibizione.

9. — L'analisi del limite di operatività delle dichiarazioni dismissive contenute nell'accordo di separazione, costituito dalla irrinunciabilità delle situazioni giuridiche soggettive che ne formino oggetto — ancorché condotta senza pretese di esaustività —, ha consentito di evidenziare i significativi limiti posti dall'ordinamento alla libera determinazione da parte dei coniugi delle conseguenze della crisi. Ciò appare, invero, singolare tenuto conto del vieppiù ampio riconoscimento del ruolo dell'autonomia privata in tale ambito, correlato al progressivo privatizzarsi delle relazioni familiari.

Per altro verso, il connotato dell'irrinunciabilità proprio delle differenti situazioni giuridiche soggettive considerate dimostra il superamento, nella specifica materia, della sua strumentalità rispetto al perseguimento di interessi generali; ciò è emerso chiaramente dall'analisi della rinuncia al diritto al mantenimento del coniuge e all'affidamento della prole, la cui volontaria dismissione è vietata in ragione della garanzia di interessi particolari, propri del rinunziante ovvero di soggetti « deboli ».

In tale prospettiva, ben si comprende come dall'un lato l'irrinunciabilità costituisca il nucleo fondante la tutela dei soggetti deboli e, dall'altro lato, l'identificazione della categoria dei diritti irrinunciabili che nella prospettiva tradizionale trovavano nella istituzione familiare, *ex se*, una loro giustificazione, richiede oggi — almeno ove non vi sia una più stretta connessione con la persona — un costante richiamo a principi quali la solidarietà, l'uguaglianza, l'interesse del minore (97).

La rimarcata connessione tra tutela dei soggetti deboli e limiti all'autonomia privata richiama poi il contiguo versante dei poteri del tribunale in sede di omologazione, essendo opportuno verificare se l'accertamento della nullità della rinuncia contenuta nell'accordo di separazione possa formare oggetto di un accertamento solo successivo — applicando all'accordo, come pacificamente ammesso dalla giurisprudenza di legittimità, la disciplina contrattuale — o se, viceversa, esso rientri nei poteri conferiti dall'art. 158 c.c. al giudice della separazione.

Com'è noto, la disciplina dell'omologazione dell'accordo di separazione è denotata da scarsa specificità; l'art. 158 c.c. (98), infatti, che al comma 1° si limita a stabilire che l'accordo di separazione non ha effetto senza l'omologazione del giudice, prevede al comma 2° che il giudice possa rifiutare l'omologazione se le clausole dell'accordo concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli contrastino con l'interesse di questi. Lo scarno dettato normativo ha suscitato un vivace dibattito interpretativo, con particolare riferimento all'ampiezza dei poteri di controllo del giudice sugli accordi riguardanti i rapporti tra i coniugi. Mentre, infatti, è inequivoco che il giudice ha il potere di indagare nel merito delle statuizioni concernenti i figli per verificarne la corrispondenza al loro superiore interesse, rimane lontano da una definitiva soluzione — nel silenzio della legge — se, come credono alcuni (99), il giudice possa spingersi ad effettuare una valutazione del merito dell'accordo riguardante i coniugi (100), oppure se, come intendono i più (101), il tribunale debba limitarsi unicamente a controllarne la legittimità.

Tale tesi sembra preferibile avuto riguardo al tenore letterale della disposizione di cui all'art. 158, comma 1°, c.c. letta in combinato con il suo comma 2°, che ha espressamente imposto un controllo di meritevolezza degli accordi solo con riferimento all'interesse del minore, non menzionando,

invece, quelle riguardanti i coniugi. L'assunto sembra peraltro rafforzato dalle disposizioni processuali, che, mentre qualora vi siano figli minori impongono ai coniugi di allegare al ricorso per separazione consensuale le informazioni di carattere economico necessarie (art. 155, u.c., c.c.), nulla prevedono qualora non vi siano figli. In sostanza, l'ordinamento non impone la *disclosure* degli elementi che consentirebbero al giudice di verificare nel merito delle statuizioni concernenti i rapporti tra i coniugi (102).

In questa seconda interpretazione il controllo del giudice si traduce nella verifica (103), secondo alcuni, che il consenso provenga da soggetti capaci e che le clausole dell'accordo, completo dei suoi elementi essenziali, siano conformi alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume (104) o, secondo altri, che l'accordo non presenti profili di annullabilità ovvero di nullità per contrarietà a norme inderogabili di legge, evidenziandosi da taluno anche lo specifico richiamo all'art. 160 c.c. (105). A parere di chi scrive è preferibile la soluzione di chi ritiene che, in considerazione della peculiare funzione di garanzia assoluta dal giudice, il controllo verta su tutti i profili che potrebbero condurre, in apposito procedimento, ad una pronuncia di annullamento o nullità (106).

Per quanto in questa sede maggiormente rileva, occorre conclusivamente domandarsi se nel controllo « di legittimità » rientri anche la verifica in ordine alla dismissione volontaria di un diritto irrinunciabile. La soluzione positiva al quesito — che muove dalla premessa per la quale la dichiarazione abdicativa che abbia ad oggetto una situazione giuridica soggettiva irrinunciabile è, come detto, nulla — si fonda su un duplice ordine di rilievi. A parte la considerazione di carattere generale secondo la quale la nullità è rilevabile d'ufficio da parte del giudice (107), deve ribadirsi che il controllo di legittimità sull'accordo, esteso tanto alle clausole che concernono i coniugi quanto a quelle che disciplinano i rapporti con la prole, è volto a verificare che esso non sia affetto da vizi che potrebbero essere fatti valere in un successivo giudizio. Secondariamente, l'accertamento della nullità di una clausola dell'accordo derivante dalla irrinunciabilità della situazione giuridica soggettiva ivi volontariamente dismessa non addosserebbe al giudice funzioni di controllo « più pregnanti » rispetto a quelle a lui demandate: la rilevabilità del vizio, infatti, non richiede indagine alcuna inerente alle circostanze del caso di specie, fondandosi esclusivamente sulla natura irrinunciabile del diritto dismesso.

In definitiva, la verifica che i coniugi non abbiano abdicato a diritti irrinunciabili, essendo estesa ad ogni parte dell'accordo e rientrando nei poteri di controllo del giudice dell'omologazione, costituisce la garanzia ultima della tutela dei diritti dei soggetti deboli.

Ciò detto, la problematica si intreccia inevitabilmente con i dubbi relativi all'operatività della nullità parziale e del principio di conservazione del contratto viziato (108). Sovviene, in sostanza, l'interrogativo se, una volta rilevata la nullità di una clausola contenente la dismissione di un diritto irrinunciabile, il giudice sia tenuto in ogni caso a rifiutare l'omologazione oppure, rilevata la volontà delle parti in ordine alla conservazione del contratto, possa effettuare una omologazione parziale. L'interrogativo è stato oggetto di una pronuncia di merito (109) che, recentemente, ha omologato in via parziale un accordo, rifiutandone l'omologazione in riferimento alla clausola con la quale un coniuge trasferiva all'altro un immobile abusivo, il cui trasferimento è vietato ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 380/2001. Invero, per quanto in questa sede maggiormente interessa, la soluzione, laddove ammette la possibilità di una omologazione parziale dell'accordo, non convince: un siffatto provvedimento, infatti, incide sul contenuto dell'accordo di separazione mediante un (inammissibile) intervento « correttivo » della volontà delle parti. Il giudice, per contro, deve considerare l'accordo, frutto della composizione degli opposti interessi, nella sua totalità, laddove ciascuna clausola è coesistente alla realizzazione del programma voluto dalle parti.

In conclusione, rilevata la nullità della clausola con la quale uno dei coniugi abbia dismesso un diritto irrinunciabile, il giudice è tenuto a rifiutare l'omologazione dell'accordo, così rimettendo alle parti il potere di rinegoziare le condizioni della separazione; in ciò pare realizzarsi la più ampia valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata, nella salvaguardia dei diritti irrinunciabili dei soggetti deboli: crinale sul quale, peraltro, è tracciato il nucleo essenziale del potere di controllo del giudice.

Note:

- (*) Il presente articolo raccoglie i risultati della ricerca svolta dall'a. presso l'Università di Bologna in qualità di borsista post-dottorato.
- (1) Ex plurimis, Cass., 30 aprile 2008, n. 10932, in *Notariato*, 2008, p. 490. In dottrina cfr. ex multis Zatti, *La separazione personale dei coniugi*, in *Trattato dir. priv.*, 2, diretto da Rescigno, 3, Torino, 1996, p. 126; Mantovani, *La separazione consensuale*, in *Separazione e divorzio*, a cura di Ferrando, I, Torino, 2003, p. 133.
- (2) Balestra, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 280. Già prima della Riforma del diritto di famiglia del 1975 v. Santoro-Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3, il quale riscontrava però la più limitata operatività dell'autonomia privata nel diritto di famiglia rispetto al diritto patrimoniale. Sull'autonomia privata nelle relazioni familiari v. per tutti Amagliani, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005.
- (3) Falzea, *La separazione*, Milano, 1943, p. 98. Si suole ulteriormente distinguere tra contenuto tipico e contenuto atipico dell'accordo, ove nel primo si riconducono le statuizioni relative, ad esempio, al mantenimento del coniuge debole e all'assegnazione della casa familiare, mentre nel secondo ogni altra statuizione volta a regolare i rapporti tra i coniugi e tra i coniugi e la prole. Le molteplici ricostruzioni si leggono in Oberto, *La natura dell'accordo di separazione consensuale e le regole contrattuali ad esso applicabili*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 601 ss.
- (4) L'esclusione dell'assegno di mantenimento dall'ambito del contenuto essenziale della separazione si evince dal fatto che, come non è inammissibile un ricorso per separazione giudiziale o nulla una comparsa in cui nessuna domanda è formulata con riferimento all'assegno di mantenimento, neppure può concludersi che la mancata previsione di una clausola ad esso inerente consegua necessariamente il rifiuto dell'omologazione. Ritiene per contro che il contenuto essenziale della separazione compendi anche l'assegno di mantenimento per il coniuge e l'assegnazione della casa familiare Dogliotti, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, pp. 7-8.
- (5) Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787.
- (6) Sul punto Lumia, *La separazione consensuale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, 2, Milano, 2011, p. 1311 ss. e Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, p. 250. Di recente, per una disamina dell'elemento causale degli accordi di separazione: La Spina, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione una tantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 453 ss.
- (7) Sala, *La rilevanza del consenso dei coniugi nella separazione consensuale e nella separazione di fatto*, in questa rivista, 1996, p. 1053.
- (8) La giurisprudenza ravvede nell'accordo di separazione una causa « autonoma » consistente nell'intento di sistemare le questioni sia di carattere personale sia di carattere patrimoniale che scaturiscono dalla separazione (ad es. Cass., 11 maggio 1984, n. 2887, in *Mass. Giur. civ.*, 1984, fasc. 5). In dottrina Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 634 e Doria, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, spec. p. 33.
- (9) Doria, op. cit., pp. 240-241.
- (10) Per una ricostruzione dell'evoluzione del rapporto tra accordo ed omologazione, Lumia, op. cit., p. 1338 ss.
- (11) Eccettuati quelli relativi al contenuto necessario dell'accordo. Assai vaste la letteratura e la giurisprudenza sul tema, anche in considerazione dell'acceso dibattito cui ha dato adito la problematica: tra i contributi più significativi in dottrina Balestra, op. loc. cit. In giurisprudenza si vedano per tutte Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Corr. giur.*, 1993, p. 820 (che ha inaugurato il citato indirizzo) e, più di recente, Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 147, con nota di Oberto (ove ampi riferimenti giurisprudenziali).
- (12) L. 14 febbraio 2006, n. 54, recante Disposizioni in materia di separazione dei genitori e

- affidamento condiviso dei figli. Merita altresì di essere richiamata la normativa fiscale tesa a favorire gli accordi raggiunti in occasione della separazione: art. 8, lett. f) tar d.p.r. 1986, n. 131.
- (13) Quadri, Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma, in Quadri-Ferrando-Sesta-Comoglio, Strumenti giudiziali ed extragiudiziali nella crisi della famiglia, in Nuova giur. civ. comm., 2001, II, p. 278.
- (14) Per un quadro sia consentito rimandare a Bugetti, Mediazione familiare e affidamento condiviso: disciplina, prassi e dubbi interpretativi, in Fam. e dir., 2011, p. 391.
- (15) Cfr. Rimini, La gestione collaborativa del conflitto coniugale (collaborative law) in Italia? Si può fare, in Dir. fam. e pers., 2009, p. 1318; Bugetti, Il divorzio collaborativo in Italia: riflessioni a proposito di una nuova prassi, in Fam. e dir., 2009, p. 937.
- (16) Cfr. sul punto Anelli, Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali), in Studi in onore di Pietro Rescigno, II, Milano, 1998, p. 13 ss.
- (17) Doria, op. cit., pp. 16 e 39.
- (18) Al Mureden, Nuove prospettive di tutela del coniuge debole, Milano, 2006, p. 283.
- (19) Cfr. sul punto Stanzone-Sciancalepore, Remissione e rinuncia, Milano, 2003, p. 255 ss.
- (20) Perlingieri, Remissione del debito e rinuncia al credito, Napoli, 1968, p. 88; Stanzone-Sciancalepore, Remissione e rinuncia, cit., p. 316 ss. Contra Sicchiero, voce Rinuncia, in Dig., disc. priv., sez. civ., XVII, Torino, 1998, p. 654, con riferimento alle rinunce prezzolate; Piras, La rinuncia nel diritto privato, Napoli, 1940, passim.
- (21) L. Ferri, Rinuncia e rifiuto nel diritto privato, Milano, 1960, p. 4; Montecchiarì, I negozi unilaterali a contenuto negativo, Milano, 1996, p. 127.
- (22) Ma contra Sicchiero, voce Rinuncia, cit., p. 653, che ravvede nella rinuncia un modo di esercizio, sebbene estremo, del diritto.
- (23) Montecchiarì, I negozi unilaterali a contenuto negativo, cit., p. 127.
- (24) Macioce, voce Rinuncia (dir. priv.), in Enc. dir., XL, Milano, 1989, p. 925.
- (25) Macioce, Il negozio di rinuncia nel diritto privato, I, Napoli, 1992, p. 107.
- (26) Coppola, La rinuncia ai diritti futuri, Milano, 2005, p. 105.
- (27) Si pensi alle rinunce contenute in una transazione, ove l'atto non trova causa nella perdita del diritto rinunciato in sé considerato, bensì nella reciprocità delle concessioni, finalizzata a comporre o ad evitare la lite (art. 1965 c.c.). Ma, ancora, alla rinuncia effettuata a fronte di un corrispettivo, in relazione alla quale si rimanda a quanto osservato da Coppola, op. cit., p. 106.
- (28) Coppola, op. cit., p. 106.
- (29) Coppola, op. cit., p. 107.
- (30) Macioce, Il negozio di rinuncia nel diritto privato, cit., p. 234 ss.
- (31) Bozzi, voce Rinuncia. Diritto pubblico e privato, in Noviss. dig. it., XV, Torino, 1968, p. 1142.
- (32) Olivero, L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria, Torino, 2008, p. 38.
- (33) Olivero, op. cit., p. 30. Per una critica a siffatta ricostruzione Angeloni, Autonomia privata e potere di disposizione del giudice nei rapporti familiari, Padova, 1997, p. 14 ss.
- (34) Sacco, Il fatto, l'atto, il negozio, con la coll. di Cisiano, in Trattato Sacco, Torino, 2005, p. 381.
- (35) Sull'argomento ex plurimis Paladini, Scioglimento della comunione legale e divisione dei beni, in Trattato dir. priv., diretto da Bessone, IV, Il diritto di famiglia, II, a cura di Auletta-Bruscuglia-Dogliotti-Figone, Torino, 1999.
- (36) Non si ignora che l'ammissibilità della divisione dei beni in comunione nell'ambito dell'accordo di separazione consensuale pone notevoli problemi, tanto perché la divisione è operazione successiva allo scioglimento della comunione legale che si verifica, a rigore, solo a séguito dell'omologa, quanto per la forma: per una compiuta ricostruzione delle problematiche v. Oberto, La comunione legale, II, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2010, p. 2028 ss.
- (37) Oberto, op. ult. cit., pp. 2031-2032.
- (38) Mastropaolo-Pitter, sub art. 194 c.c., in Comm. dir. it. fam., diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992. Nello stesso senso anche Gennari, Lo scioglimento della comunione, in Regime

patrimoniale della famiglia, 3, a cura di Sesta e Anelli, 2, Milano, 2011, p. 510.

(39) Oberto, op. ult. loc. cit.

(40) Paladini, Scioglimento della comunione legale e divisione dei beni, cit., p. 452.

(41) Sesta, Diritto di famiglia, 2, Padova, 2005, p. 174. Vi è un ulteriore indizio in tal senso: secondo la dottrina maggioritaria, infatti, dal tenore dell'art. 194 c.c. può inferirsi che, anche ai fini delle operazioni divisionali, il legislatore abbia considerato « i beni della comunione legale come massa unica [...] oggetto di una « proprietà solidale » che non attribuisce ai coniugi un diritto individuale alla quota, ma la titolarità solidale di un diritto sui beni predetti » (Amagliani-Saccà, sub art. 194, in Comm. c.c., diretto da Gabrielli, Della famiglia, a cura di Balestra, artt. 177-342-ter, Torino, 2009, p. 217).

(42) Schlesinger, sub art. 194, in Comm. rif. dir. fam., a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, Padova, 1977, p. 449.

(43) Per una critica si vedano V. Carbone, Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi), in Fam. e dir., 1994, p. 139; Oberto, Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte), in Fam. e dir., 2003, p. 389 ss. e (seconda parte), in Fam. e dir., 2003, p. 495.

(44) U. Azzolina, La separazione personale dei coniugi, Torino, 1948, p. 132; Morozzo della Rocca, voce Separazione personale dei coniugi (Diritto privato), in Enc. dir., XLI, Milano, 1989, p. 1396; De Filippis-Casaburi, Separazione e divorzio nella dottrina e nella giurisprudenza, 3, Padova, 2004, p. 533.

(45) Il richiamo all'art. 160 c.c. è diffusissimo, oltre che in giurisprudenza, anche in dottrina: ex plurimis Cubeddu, I contributi e gli assegni di separazione e di divorzio, in Il nuovo diritto di famiglia, trattato diretto da Ferrando, I, Matrimonio, separazione e divorzio, Bologna, 2007, p. 885. L'operatività di questa norma nella fase della separazione, com'è noto, è stata confutata da Oberto (op. ult. cit., p. 500 ss.; ma sulla medesima linea interpretativa restrittiva v. anche Sacco, sub art. 160, in Comm. dir. it. fam., a cura di Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, p. 17), con ampie argomentazioni, tra le quali la collocazione topografica nell'ambito delle norme che disciplinano i rapporti patrimoniali tra i coniugi nella fase fisiologica del rapporto, l'impossibilità di assimilare il diritto al mantenimento nella separazione al dovere di contribuzione durante il matrimonio; la mutata funzione della separazione personale tra i coniugi, che attualmente può considerarsi prodromica al divorzio. A parere di chi scrive, tuttavia, il richiamo alla norma non è inopportuno, considerato che essa afferma un principio, quello di inderogabilità dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio, che governa il rapporto coniugale al di là degli aspetti patrimoniali di carattere primario; doveri che, peraltro, sebbene sovente con differenti connotati, sussistono anche nella fase di separazione, allorquando il rapporto coniugale ancora sussiste.

(46) Ceccherini, I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento, Milano, 1996, p. 189; Dogliotti, Separazione e divorzio, cit., p. 10. La tesi è stata criticata, sulla base del rilievo che si tratta di atti entrambi di disposizione e dunque potenzialmente lesivi del diritto al mantenimento (Oberto, I contratti della crisi coniugale, cit., I, Milano, 1999, p. 409).

(47) Trib. Terni, 10 maggio 2005, in Corr. merito, 2005, p. 909; Morozzo della Rocca, voce Separazione personale (diritto privato), cit., p. 1399; Calogero, La separazione giudiziale, cit., p. 1077 ss.; Sesta, Diritto di famiglia, cit., p. 333. In giurisprudenza, Cass., 21 febbraio 2008, n. 4424, in Foro it., 2008, c. 2123; Trib. Piacenza, 6 febbraio 2003, in Arch. civ., 2004, p. 494, con nota di Natali.

(48) Al Mureden, op. cit., p. 242. Diversamente ravvede il fondamento dell'indisponibilità del mantenimento in un interesse speciale Bargelli, L'autonomia privata nella famiglia legittima, in I contratti di convivenza, a cura di Moscati e Zoppini, Torino, 2002, p. 55. Doria, op. cit., p. 160, enuncia l'indisponibilità dell'assegno di mantenimento dovuto al coniuge privo di « adeguati redditi propri » in sede di separazione personale consensuale argomentando ex art. 711, comma 3°, c.p.c. In giurisprudenza sostiene l'indisponibilità dell'assegno di mantenimento sulla scorta del principio di continuità del rapporto Cass., 19 marzo 2004, n. 5555, in Fam. e dir., 2004, p. 343.

(49) Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 3, Milano, 2001, p. 249.

(50) La solidarietà tra i coniugi nel corso della separazione viene affermata dalla giurisprudenza laddove ammette che i miglioramenti delle condizioni economiche nel corso della separazione possano fondare una revisione dei provvedimenti economici o comunque possano essere valutati ai fini della determinazione dell'assegno di divorzio (Cass., 24 dicembre 2002, n. 18327, in *Fam. e dir.*, 2003, p. 275; Cass., 28 settembre 2001, n. 12136, in *Fam. e dir.*, 2002, p. 271). Per ulteriori riferimenti in tal senso, e per un inquadramento più ampio delle problematiche, v. Rimini, *La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative*, in *Fam. e dir.*, 2008, spec. pp. 419-420. In tale prospettiva può altresì essere richiamata la giurisprudenza che afferma che l'eventuale assolvimento dell'onere di mantenimento in un'unica soluzione « a tacitazione di ogni eventuale futura pretesa » in sede di separazione non ha effetti estintivi dell'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio, il quale non è suscettibile di essere rinunciato in via preventiva. Anche di recente la Cassazione ha avuto modo di precisare che la liquidazione *in toto* in sede di separazione, benché non sia nulla, ha efficacia limitata al periodo della separazione, non anche per il successivo divorzio, in quanto la determinazione dell'assegno divorzile è indipendente da quanto statuito in sede di separazione: Cass., 28 gennaio 2008, n. 1758, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 97; Cass., 30 novembre 2007, n. 25010, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 11; Cass., 20 gennaio 2006, n. 1203, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, pp. 7 e 8; Cass., 22 novembre 2000, n. 15055, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 2402; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1694; Cass., 19 novembre 1987, n. 8502, in *Mass. Giust. civ.*, 1987, p. 11.

(51) Al riguardo v. anche Dalmotto, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, I, c. 347. La tesi che ammettere che l'assegno è disponibile sul piano processuale, ma indisponibile su quello sostanziale è stata criticata sulla base della considerazione che « il processo di per sé, non incide sul carattere disponibile o meno dei diritti che tramite esso le parti fanno valere ». A questa conclusione è stato obiettato che la mancata richiesta non equivale comunque alla rinuncia al diritto, posto che, ex artt. 710 c.p.c. e 9 l. div., quest'ultimo può essere esercitato in ogni tempo (Scardulla, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, cit., p. 419); ma, secondo Oberto, op. ult. cit., tale possibilità vale solo al mutamento delle condizioni.

(52) Fa leva su questa argomentazione, tra gli altri, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 468; Rubino, *Gli accordi familiari*, in *Il contratto in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, in *Giur. sit. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, p. 1177. In giurisprudenza, Cass., 1 dicembre 1993, n. 11860, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 12, con nota di V. Carbone, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, la quale afferma in un obiter dictum la disponibilità del diritto all'assegno come strettamente legata alla disponibilità della prova dei presupposti di fatto dell'assegno medesimo.

(53) Mora, *La separazione consensuale*, in *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da Bonilini-Cattaneo, I, 2, Torino, 2007, p. 433.

(54) Bozzi, op. cit., p. 1148

(55) Cass., 25 agosto 2005, n. 17320, in *Fam. e dir.*, 2006, p. 263.

(56) Cfr. anche Cass., 15 gennaio 2000, n. 412, in *Giur. it.*, 2000, p. 1820, che ammette la richiesta sussistendo uno stato di bisogno. Da ultimo Cass., 14 novembre 1992, n. 12235, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 11. A tale posizione non è estranea neppure la dottrina che, sebbene negando validità alla rinuncia all'assegno di mantenimento, ammette che il coniuge possa dichiararsi autosufficiente, sebbene con effetti *rebus sic stantibus* (De Paola, *Il diritto patrimoniale della famiglia*, Milano, 1991, pp. 191 e 193; Scardulla, *La separazione personale dei coniugi e il divorzio*, 5, Milano, 2008, p. 419).

(57) Su tale principio — secondo il quale il giudicato copre l'azione quale è stata concretamente esercitata sul fondamento di fatti costitutivi allegati e di tutti quei fatti che, sia perché semplici o secondari e sia perché convergenti nel costituire un unico diritto o nel produrre il medesimo effetto giuridico, debbono intendersi implicitamente inclusi nella medesima causa petendi — v. ad esempio

Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, in Mass. Giur. it., 2009, p. 993; in dottrina Mandrioli, Diritto processuale civile, 21, a cura di Carratta, Torino, 2011.

(58) Giorgetti, Revisione ex art. 9 l. div. e domanda nuova di assegno proposta dal contumace nel giudizio di divorzio, in Fam. e dir., 2006, p. 266.

(59) Tommaseo, Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, in Comm. dir. it. fam., diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, Padova, 1993, p. 590. In giurisprudenza, Cass., 7 marzo 1978, n. 1116, in Foro it., 1978, I, c. 1143.

(60) V. supra, nota 11.

(61) Giorgetti, Revisione ex art. 9 l. div. e domanda nuova di assegno proposta dal contumace nel giudizio di divorzio, in Fam. e dir., 2006, p. 265. Tale soluzione trova riscontro nel principio giurisprudenziale secondo il quale, in sede di revisione dell'assegno di mantenimento disposto nel corso di una separazione, non possono essere presi in considerazione i vizi del consenso che abbiano in ipotesi inciso sul contenuto degli accordi raggiunti dai coniugi, né tutti quei fatti, preesistenti o coevi alla determinazione dell'assegno di mantenimento, che avrebbero potuto e dovuto essere dedotti in tale sede, in ragione del fatto che la pronuncia sull'assegno di mantenimento è idonea a dar luogo ad un giudicato, sia pur rebus sic stantibus, sul quale non possono incidere tutte le circostanze preesistenti alla formazione del titolo, in base al noto principio per cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile (da ultimo, Cass., 17 giugno 2009, n. 14093, in Giust. civ., 2010, I, p. 1738).

(62) In proposito si veda l'opinione di Dogliotti, Doveri familiari e obbligazione alimentare, in Trattato dir. civ. comm., già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VI, 4, Milano, 1994, p. 147.

(63) Non è parimenti rinunciabile neppure l'azione di revisione, essendo direttamente accordata dalla legge (Cass., 2 luglio 1990, n. 6773, in Mass. Giust. civ., 1990, fasc. 7).

(64) Oberto, Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte), cit., p. 394.

(65) Parimenti è nulla una rinuncia avente ad oggetto la revisione eventuale dell'accordo sul trattamento economico o della sentenza che lo ha determinato (Scardulla, La separazione personale dei coniugi e il divorzio, cit., p. 360).

(66) Da ultimo, Cass., 21 febbraio 2008, n. 4424, in Foro it., 2008, I, c. 2124. V. al riguardo anche Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in Banca dati Leggi d'Italia; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in Guida dir., 2003, 14, p. 75; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in Fam. e dir., 2001, p. 243; Cass., 21 febbraio 2008, n. 4424, in Foro it., 2008, I, c. 2124, che ha ribadito un orientamento consolidato, secondo il quale, atteso che gli accordi di separazione non possono implicare alcuna rinuncia all'assegno di divorzio, il riconoscimento di quest'ultimo non può essere escluso, ricorrendo le condizioni di legge, pur se i coniugi, in sede di separazione consensuale, avevano pattuito la corresponsione di una somma una tantum per il mantenimento del coniuge economicamente più debole. Analogo ragionamento può essere fatto nell'ipotesi in cui nell'accordo di separazione sia contenuta una dichiarazione « di essere economicamente autosufficiente », la quale è irrilevante ai fini della corresponsione dell'assegno di divorzio, rispondendo questo a finalità assistenziale (Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in Giust. civ., I, 1996, p. 1694, conformemente a Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in Giust. civ., 1992, I, p. 1239). Non mancano in tal senso, tuttavia, segnali di parziale apertura della Cassazione: v. Cass., 30 aprile 2008, n. 10932, in Giur. it., 2008, I, p. 2119. Merita di essere segnalata l'argomentazione di Trib. Messina, 10 dicembre 2002, in Arch. civ., 2003, p. 410, con nota di Petitti, la quale sposta l'angolo di visuale del ragionamento dalla natura disponibile o indisponibile dell'assegno (dunque rinunciabile o non rinunciabile), alla verifica da parte del giudice della circostanza che tali accordi ledano interessi primari per la cui tutela il legislatore — ed il giudice nell'applicare la legge — interviene in senso positivo, ponendo dei limiti all'autonomia privata: quindi è da verificare se l'accordo adottato dai coniugi in sede di separazione in concreto violi quel limite inderogabile rappresentato dalla funzione assistenziale che la legge attribuisce all'assegno di divorzio. Per una ricostruzione della problematica, Sesta, Diritto di

famiglia, cit., p. 357 ss.; Auletta, Gli accordi sulla crisi coniugale, in *Famiglia*, 2003, p. 45 ss.; Coppola, Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio, in *Lo scioglimento del matrimonio*, art. 149 e l. 1° dicembre 1970, n. 898, a cura di Bonilini-Tommaseo, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, 2, Milano, 2004, p. 649 ss.

(67) Per una critica v. M. Comporti, Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio, in *Foro. it.*, 1995, c. 110, che sottolinea come detti accordi siano volti a regolare i rapporti economici dipendenti dal divorzio, e non invece a determinare uno status. Cfr. anche Balestra, Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento, in *Corr. giur.*, 2000, spec. p. 1026 ss.; Dalmotto, op. cit., p. 343; C. Rimini, Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1993, p. 963 ss.; Oberto, I contratti della crisi coniugale, cit., p. 554 ss.; Angeloni, Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari, cit., p. 433. Di recente anche Gorgoni, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2005, spec. p. 11 ss.

(68) Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1553.

(69) G. Gabrielli, Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 700.

(70) Ad un orientamento dottrinale che, esaltando l'ampliamento della rilevanza attribuita dalla riforma del 1987 all'autonomia dei coniugi in ordine alla regolamentazione delle conseguenze patrimoniali del divorzio, conclude per la piena disponibilità dell'assegno (proprio facendo leva sull'argomento della valorizzazione della Novella della « privatizzazione » nonché della previsione circa il controllo della equità della corresponsione una tantum: v. Carbone, L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità, in *Corr. giur.*, 1992, p. 866 e Id., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 148), si contrappongono coloro che, data la sua funzione assistenziale, ne ravvedono un diritto indisponibile (Barbiera, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, p. 108; Id., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, 2, Bologna, 2001, p. 24 ss; nonché Bianca, sub art. 5 l. n. 898 del 1970, cit., p. 337, proponendo la dicitura solidarietà post-coniugale). In giurisprudenza, Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2789; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, p. 863: « L'opzione da parte del legislatore, quale finalità essenziale dell'assegno di divorzio, per il criterio di solidarietà post-coniugale, sul presupposto dell'impossibilità oggettiva del coniuge più debole di svolgere attività lavorativa retribuita, comporta l'esistenza del limite di indisponibilità cui soggiacciono, secondo un principio generale dell'ordinamento, emolumenti di varia natura correlati alle esigenze della vita ». Nega l'ammissibilità di una rinuncia all'assegno Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Mass.Giust. civ.*, 2006, p. 4; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Guida dir.*, 2003, 14, p. 75; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 457, con nota di Guarini, *La Cassazione conferma la nullità dei patti anteriori al divorzio. Una tesi intermedia è proposta da Bonilini, L'assegno post-matrimoniale*, in *Bonilini-Tommaseo*, cit., p. 601.

(71) Per un'accurata ricostruzione argomentativa v. Bonilini, *L'assegno post-matrimoniale*, in *Bonilini-Tommaseo, Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 592 ss.; Al Mureden, op. cit., passim.

(72) Cfr. anche Cass., 18 febbraio 1999, n. 1353, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 455, che ha sancito l'indisponibilità dell'assegno al mantenimento, nonché la mancanza di legittimazione (prima della l. n. 54 del 2006) del figlio di rinunciare all'assegno spettante al genitore.

(73) Di Gravio, *Gli accordi tra genitori in sede di separazione*, in *L'affidamento condiviso*, a cura di Patti-Rossi-Carleo, Milano, 2006, p. 65: « Gli accordi intervenuti tra i genitori circa le modalità di suddivisione del loro obbligo di mantenimento verso i figli non limita in alcun modo il credito di mantenimento che i figli stessi hanno nei confronti dei genitori sicché sono, per i figli stessi, indifferenti. Detti accordi vincolano solo i genitori con riguardo a profili meramente economici come tali normalmente disponibili ». Tra i primi commentatori (v. Padalino, *L'affidamento condiviso dei figli*, Torino, 2006, p. 65; De Angelis, *Affidamento condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti nell'interesse dei coniugi e della prole*, in *Giur. it.*, 2006, p. 651; Cerreto, *Affidamento condiviso tra luci ed ombre*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 8, p. 118) vi è perplessità

in ordine alla mancanza della previsione che gli accordi possano essere validi esclusivamente se non pregiudizievoli per i figli.

(74) In senso conforme mi pare si esprima Trib. Vicenza, 26 luglio 2010, in Banca dati De Agostini-Professionale. In dottrina, Ballarani, Gli accordi tra i genitori e le determinazioni giudiziali, in Provvedimenti riguardo ai figli, a cura di Patti-Rossi- Carleo, Bologna-Roma, 2010, p. 125, ove ulteriori riferimenti dottrinali. Ma contra Giuliano, Il mantenimento dei figli minori, in L'affidamento condiviso e diritti dei minori, a cura di Dogliotti, Torino, 2008, p. 76 ss.

(75) Ma contra Fiorini, Autonomia privata e affidamento dei figli, in Riv. not., 2007, p. 58.

(76) Nel senso della nullità di ogni rinuncia cfr. Cass., 21 marzo 1984, n. 3115, in Mass. Giust. civ., 1984, fasc. 5. Al riguardo v. anche Cass., 29 ottobre 1963, n. 2896, in Giust. civ., 1963, I, p. 2515, che ha riconosciuto il potere in capo ad un curatore speciale di agire nell'interesse del minore per ottenere la condanna del padre all'osservanza degli obblighi di mantenimento nei riguardi del figlio indipendentemente dal precedente accordo di separazione dei genitori.

(77) V. App. Aquila, 11 maggio 2004, in PQM, 2004, 2/3, p. 36, il quale poi nega la possibilità da parte del coniuge affidatario di rinunciare al diritto al mantenimento di cui è titolare il figlio minore.

(78) Specularmente si ammette che possa rinunciare ai ratei scaduti dell'assegno di mantenimento il coniuge avente diritto.

(79) Majello, op. cit., p. 525 ss.

(80) Cfr. sul punto Arceri, L'affidamento condiviso. Nuovi diritti e nuove responsabilità nella famiglia in crisi, Milano, 2007, p. 159, nonché Oberto, op. cit., p. 1117.

(81) Oberto, op. cit., p. 1120.

(82) De Filippis, Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, 2, Padova, 2007, p. 95, risultando « inutile e potenzialmente dannoso » per il figlio un affidamento condiviso imposto.

(83) Nondimeno, è stato osservato, « il riconoscimento di un potere dispositivo pieno in questa materia avrebbe l'indesiderabile effetto di stimolare indebite pressioni e mercanteggiamenti, e di sollevare il giudice dall'onere di assicurarsi della rispondenza degli accordi presi all'interesse della prole »: Arceri, Libertà di stabilimento, affidamento condiviso ed affidamento esclusivo: un difficile rapporto a tre, nota a Trib. Rimini, (ord.) 21 ottobre 2006 e App. Bologna, (ord.) 28 dicembre 2006, in Fam. e dir., 2007, p. 483; Id., Ancora in tema di diritto del minore alla bigenitorialità e libertà dei genitori di trasferire la residenza, nota a decr. Trib. min. Bologna, 6 febbraio 2007, in Fam. e dir., 2007, p. 816; Id., Affidamento dei figli e autonomia delle parti, in L'affidamento dei figli nella crisi della famiglia, a cura di Sesta-Arceri, in Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale, fondata da Bigiavi, Diritto di famiglia, diretto da Sesta, Torino, 2011, p. 97.

(84) Ad avviso di alcuni la volontà dei genitori trova il proprio limite ultimo nella verifica da parte del giudice che si tratti di accordi e scelte responsabili (Vincenzi Amato, Gli orientamenti giurisprudenziali alla luce delle indicazioni legislative, in L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali, Milano, 1992, p. 161), potendo dunque intervenire almeno ogniqualvolta la soluzione concordata risulti una prevaricazione dell'un genitore nei confronti dell'altro, o sia stato l'oggetto di scambio di altri vantaggi, « comunque strumentali ad altri fini » (Bellisario, Autonomia dei genitori tra profili personali e patrimoniali, in L'affidamento condiviso, a cura di Patti e Rossi Carleo, p. 79), ovvero non si pongano in manifesto contrasto con l'interesse del minore, secondo altri interpreti « il giudice [...] potrà sindacarne il contenuto, ed intervenire su di essi, eventualmente modificandoli d'ufficio, come è desumibile dal chiaro disposto dell'art. 155, comma 2° c.c., che gli attribuisce il potere di adottare ogni provvedimento ritenuto opportuno nell'interesse della prole » (Arceri, sub art. 158 c.c., in Codice della famiglia, 2, Milano, 2009, p. 710 e Sesta, Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali, in Fam. e dir., 2006, p. 382).

(85) Sesta, Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali, cit., p. 380. In senso contrario, ancorché in un obiter dictum, si è espressa però la Cassazione (Cass., 10 maggio 2011, n. 10265, in Nuova giur. civ. comm., 2011, in corso di pubblicazione, con nota critica di Sesta, L'esercizio della potestà sui figli naturali dopo la l. n. 54/2006: quale sorte per l'art. 317 bis c.c.?), la

quale ha affermato che tanto nell'affidamento condiviso quanto in quello genitoriale l'esercizio della potestà spetta ad entrambi i genitori.

(86) Luminoso, *Obbligazioni di mantenimento nella separazione e nel divorzio e prestazioni in natura*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 1062.

(87) Per una ricostruzione delle problematiche v. Irti, *Affidamento dei figli e casa familiare*, Napoli, 2010; Cattaneo, *La casa familiare*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, p. 366 ss.

(88) Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 186, con nota di Parini; in *Nuove leggi civ. comm.*, con nota di Villani.

(89) In senso conforme pare anche Trib. Trani, 25 febbraio 2009, in *Banca dati de Jure*, ined.: «È opportuno che i figli minori restino estranei al giudizio in corso tra i genitori in sede di separazione personale sull'assegnazione della casa coniugale, poiché essa resta pur sempre un diritto proprio del coniuge affidatario dei figli, che può rinunziarvi in qualunque momento». Di parziale differente avviso Trib. Matera, 24 novembre 2007, in *Giur. merito*, 2008, 6, p. 1609, che sembra introdurre invece un criterio di valutazione in concreto della compatibilità della rinuncia con il preminente interesse del minore.

(90) Fiorini, *Autonomia privata e affidamento dei figli*, cit., p. 75.

(91) Connesso a tale profilo vi è la problematica relativa all'ipotesi in cui il genitore, a séguito della decisione di trasferire la propria residenza, porti con sé il figlio senza il consenso dell'altro genitore affidatario: per una ricostruzione della complessa problematica, che ha visto pronunciarsi anche con contrastanti decisioni la giurisprudenza di merito, v. Arceri, *Questioni in materia di affidamento condiviso*, in *Fam. e dir.*, 2008, spec. p. 1043 s.

(92) V. art. 18 Trattato istitutivo della Comunità europea così come modificato dal Titolo II (art. G) del Trattato di Maastricht.

(93) Sul punto cfr. Pinto, *La separazione consensuale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da Ferrando, cit., p. 675.

(94) Parte della dottrina si mostra invero propensa ad escludere accordi che vertano sul punto: v. A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 383; Dossetti, *Lo scioglimento del matrimonio*, in Bonilini-Cattaneo, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 631; sebbene con riferimento al divorzio, Bonilini, *Effetti sul cognome coniugale*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 475 s.

(95) App. Roma, 27 luglio 1956, in *Giur. it.*, 1957, I, 2, c.123; App. Bologna, 25 giugno 1977, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 46. In dottrina Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., p. 1197; Id., *Del «galateo postmatrimoniale»*: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati, in *Riv. not.*, 1999, p. 359.

(96) M. Bianca, sub art. 5 l. 898/1970, in *Comm. dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, p. 320, ma anche Bonilini, *Effetti sul cognome coniugale*, in Bonilini-Tommaseo, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., p. 476. Contra Marzo, *Il cognome della donna coniugata*, in questa rivista, 1996, p. 68.

(97) Amagliani, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., passim.

(98) Su tale norma v. Ferrando, sub art. 158, in *Commentario c.c.*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di Balestra, artt. 74-176, Torino, 2010.

(99) Auspica un controllo nel merito Quadri, op. cit., p. 277 ss.; cfr. anche Liserre, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in questa rivista, 1975, pp. 487 e 489; Majello, op. cit., p. 523; Cei, *Transazione stipulata tra i coniugi in vista della separazione*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 665. Tesi tutte criticate da Oberto, op. cit., p. 414 ss.

(100) Santosuosso, *Il matrimonio. Libertà e responsabilità nelle relazioni familiari*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, *Diritto di famiglia*, diretto da Sesta, Torino, 2011, pp. 496-497; Scardulla, op. cit., p. 124, ancorché specifici che il giudice dovrebbe poi limitarsi a rifiutare l'accordo che preveda la rinuncia agli alimenti e al mantenimento da parte del coniuge debole (p. 125).

(101) Per tutti sul punto v. Sesta, *Diritto di famiglia*, cit., p. 282.

(102) In ciò, peraltro, si spiega una differenza tra la disciplina della separazione consensuale e quella del divorzio su domanda congiunta: in quest'ultimo i coniugi hanno l'onere di presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al patrimonio personale e comune (art. 5, comma 9°, l. div.), onere che è funzionale al controllo di equità che il giudice può essere chiamato ad effettuare relativamente al quantum dell'assegno divorzile che sia liquidato in un'unica soluzione.

(103) Ancorché sia dunque da riconoscere al giudice un potere di controllo preventivo proprio in ordine alla validità della rinuncia a salvaguardia delle posizioni indisponibili di volta in volta coinvolte, non è dato escludere a priori l'ipotesi, invero trattata sotto altro angolo di visuale dalla giurisprudenza con particolare riferimento all'invalidità per vizi del consenso, per mezzo di quali strumenti far valere l'invalidità di clausole contenute in un accordo già omologato. Posto che è condiviso il principio secondo il quale all'accordo di separazione — in quanto negozio familiare — sono applicabili i rimedi contrattuali di carattere generale, si tratta di verificare con quale strumento far valere l'invalidità dell'accordo, se, cioè, con un separato giudizio oppure mediante l'impugnazione del provvedimento di omologa. Facendo leva sulla giurisprudenza relativa ad accordi omologati annullabili, pare preferibile optare per la seconda delle soluzioni prospettate, atteso che alla base del giudizio camerale ex artt. 710 e 711 c.p.c. vi è l'allegazione dell'esistenza di una valida separazione omologata, equiparabile alla separazione giudiziale pronunciata con sentenza passata in giudicato. Da ciò deriva che potrà farsi valere la nullità della dichiarazione dismissiva del diritto contenuta nell'accordo di separazione nelle forme ordinarie, che garantiscono alle parti le utilità della cognizione piena e permettono anche ai terzi di suscitare un controllo da parte del giudice: v. Cass., 30 aprile 2008, n. 10932, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 4, p. 647.

(104) Lumia, op. cit., p. 1341: « Nella regolamentazione dei reciproci rapporti, l'autonomia dei coniugi non incontra altri limiti che non siano quelli della inderogabilità dei diritti nascenti dal matrimonio, e della non omologabilità di clausole comunque nulle perché contrarie a norme imperative o all'ordine pubblico »; contra Doria, op. cit., p. 318, che sostiene il giudice possa solo effettuare un controllo relativo alla questioni di nullità di un accordo negoziale (e ugualmente Cass., 8 marzo 1995, n. 2700, in *Dir. fam.*, 1995, p. 1390, che afferma il controllo debba essere diretto alla verifica della compatibilità della convenzione rispetto alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico).

(105) Breccia, voce Separazione dei coniugi, in *Dig., disc. prev., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 376.

(106) Breccia, op. cit., p. 376.

(107) Non si ignora tuttavia come sia controversa in giurisprudenza l'estensione del potere del giudice di rilevare d'ufficio: per una ricostruzione della problematica da ultimo Consolo, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in questa rivista, numero speciale, marzo 2011.

(108) In ordine alle summenzionate problematiche da ultimo v. P. M. Putti, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coord. da Zoppini, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 941.

(109) Trib. Firenze, 20 febbraio 2009, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 597, con nota critica di Gelli.