



## INDICE

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SULL'ASSEGNO DI DIVORZIO.....	4
1. L'assegno di divorzio e il problema dell'indisponibilità.....	4
2. Dalla legge n. 898/1970 alla legge n. 74/1987.....	8
2.1. La legge 898/1970 e l'assegno di divorzio .....	8
2.2. Il superamento della teoria della disponibilità dell'assegno di divorzio .....	17
2.3. L'ingresso della legge n.74 del 1987: la storia della norma.....	22
L'ASSEGNO DI DIVORZIO: AN E QUANTUM .....	32
1. L'an dell'assegno di divorzio: i <<mezzi adeguati>>.....	32
1.1. L'incapacità di procurarsi mezzi adeguati e possibilità dell'obbligato .....	45
2. Il quantum dell'assegno di divorzio.....	54
2.1. Le condizioni dei coniugi.....	56
2.2. Il contributo personale ed economico .....	60
2.3. Le ragioni della decisione .....	65
2.4. La durata del matrimonio .....	68
3. Il fondamento dell'assegno di divorzio.....	71
L'INDISPONIBILITÀ DELL'ASSEGNO DI DIVORZIO .....	77
1. Gli orientamenti sulla natura dell'assegno di divorzio: indisponibilità, disponibilità, disponibilità processuale e indisponibilità sostanziale.....	77
2. Verifica della tesi della indisponibilità dell'assegno di divorzio alla luce dei dati normativi .....	83
2.1. L'art. 9 l. div. e il principio dispositivo.....	84
2.2. L'art. 4, ultimo comma, l. div.....	90
2.3. L'art. 160 c.c.....	92
2.4. L'art. 5, comma 8 l. div. ....	97
2.4.1 Scopo della norma e suo ambito di applicazione.....	97
2.4.2 L'accordo dei coniugi e concrete modalità di attuazione.....	101
2.4.3 Il giudizio di equità : oggetto e criteri.....	103
2.4.4 La natura.....	110
GLI ACCORDI SULL'ASSEGNO DI DIVORZIO .....	115
1. Gli accordi sull'assegno di divorzio: le fattispecie e i problemi.....	115
2. Autonomia negoziale nel diritto di famiglia .....	123
3. La nullità degli accordi in vista del divorzio.....	130

4. La disciplina degli accordi in vista del divorzio .....	140
5. La qualifica.....	147
BIBLIOGRAFIA .....	151
SENTENZE .....	159

## Capitolo primo

### L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SULL'ASSEGNO DI DIVORZIO

#### 1. L'assegno di divorzio e il problema dell'indisponibilità

Sin dall'entrata in vigore della legge n. 898 del 1970, istitutiva del divorzio, il tema relativo all'indisponibilità o meno dell'assegno post-matrimoniale ha suscitato un acceso dibattito in dottrina e disparità di soluzioni in giurisprudenza.

Posta la mancanza di una norma che fornisse espresse indicazioni al riguardo, la soluzione a favore della disponibilità dell'assegno di divorzio veniva fatta dipendere -come si avrà modo di osservare- sostanzialmente da due dati: la natura composita del medesimo e la possibilità di liquidarlo in un'unica soluzione.

In un secondo momento, la giurisprudenza optando per il carattere assistenziale dell'assegno, incominciò una fase di superamento della tesi della disponibilità, dapprima statuendo la nullità degli accordi che non tenevano conto dello stato di bisogno del coniuge debole, in un secondo momento sancendo la nullità di qualsiasi transazione in materia di assegno divorzile, sull'assunto che questa avrebbe limitato la libertà di difesa del coniuge debole in sede di giudizio di divorzio.

Anche con l. n. 74 del 1987, che ha riformato la legge istitutiva del divorzio, il legislatore ha persistito nel silenzio circa l'indisponibilità dell'assegno di divorzio, ma ha modificato i dati normativi dai quali, generalmente, si inferivano le soluzioni proposte al riguardo, infatti:

1. all'assegno di divorzio è conferita funzione eminentemente assistenziale, essendo riconosciuto all'ex coniuge che <<non abbia mezzi adeguati>> ed essendo circoscritta l'area degli aventi diritto all'assegno a coloro che, per oggettiva difficoltà, non si trovino nelle condizioni di potere provvedere al proprio mantenimento;
2. la disposizione enuncia una serie di indici di cui il tribunale deve tenere conto (le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo

personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, il reddito di entrambi) per disporre l'assegno di divorzio e che incidono solo sulla determinazione del *quantum* (diversamente da quanto accadeva sotto il vigore della vecchia disciplina in forza della quale essi avevano anche funzione attributiva), essendo l'*an* della prestazione agganciato all'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente. Viene introdotto anche l'indice della <<durata del matrimonio>> quale filtro attraverso cui analizzare le componenti che concorrono alla determinazione del *quantum* dell'obbligazione;

3. pur mantenendo la modalità della corresponsione dell'assegno *una tantum*, è previsto che l'accordo dei coniugi sulla corresponsione di esso in un'unica soluzione è operativo solo <<ove questa sia ritenuta equa dal tribunale>>;
4. è prevista una preclusione a proporre ulteriori domande da parte del coniuge percettore della prestazione *una tantum*, in quanto, <<in tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico>>.

Considerati, dunque, da un lato la perduranza del silenzio normativo, dall'altro, l'assetto della nuova disciplina dell'assegno di divorzio, ai fini rispondere al quesito sulla disponibilità delle prestazioni di mantenimento nel caso di scioglimento del matrimonio bisogna procedere alla analisi dei dati normativi offerti dal sistema.

Il significato normativo di questi dati non è di immediata comprensione, pertanto prima di individuare la soluzione del problema in esame, bisogna procedere alla loro interpretazione.

In questa prospettiva da risolvere prioritariamente è il quesito sulla specifica funzione dell'assegno di divorzio. Se per un verso, infatti, sembra essere pacifico il carattere assistenziale, per altro verso non risulta chiaro il tipo di soccorso che tramite esso si intende riconoscere al coniuge debole, se corrispondente al mantenimento, e, dunque, volto a consentire il godimento del pregresso tenore di

vita matrimoniale -seguendo la posizione unanime della giurisprudenza- ovvero ad una prestazione alimentare.

La nuova disciplina della corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio, non consente di infatti di astrarre indicazioni univoche: invero, una prestazione di sostentamento, quale è l'assegno di divorzio, non si concilia con una modalità solutoria che preclude successive domande economiche; d'altra parte, si deve considerare l'introduzione del giudizio d'equità a cui è subordinato l'effetto preclusivo.

Per di più il testo dell'art. 5 comma 8 della l. div. contiene numerose lacune: per ciò che concerne l'accordo tra i coniugi la disposizione non esplicita se esso debba concernere la sola modalità solutoria della prestazione, o se possa determinare anche il *quantum*; per quanto riguarda la previsione del giudizio di equità del giudice, non viene chiarito se esso debba essere condotto con gli stessi criteri previsti per la corresponsione periodica dell'assegno e se, dunque, l'importo dell'attribuzione debba in ogni caso assolvere alla funzione assistenziale. Rimane anche nel dubbio l'oggetto di questa valutazione, ovvero se essa concerna il quantum o anche la stessa scelta dei coniugi in ordine alla corresponsione *una tantum*.

La giurisprudenza ha interpretato queste modifiche del dettato normativo come indice del definitivo superamento delle tesi favorevoli alla disponibilità dell'assegno: avendo esso funzione assistenziale ed essendo sottratto alla piena disponibilità delle parti la definizione della modalità dell'adempimento, non può essere ammessa, a *fortiori*, la disponibilità del diritto con riguardo alla sua vicenda estintiva.

Una parte della dottrina, tuttavia, ritiene che la negazione della possibilità di proporre successive domande di contenuto economico, in caso di corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno, induca a ritenere che il diritto in questione abbia carattere disponibile.

La vecchia disputa sulla natura dell'assegno di divorzio è, dunque, ancora attuale e l'introduzione della nuova disciplina relativa alla modalità solutoria *una tantum*, oltre a essere di grande interesse in relazione al tema dell'indisponibilità, ha

suscitato una pluralità di opinioni circa la sua estensione anche ad altre prestazioni di sostentamento, quale l'assegno di mantenimento al coniuge separato.

Il tema dell'indisponibilità delle prestazioni di sostentamento, e dunque dell'ammissibilità in riferimento ad esse della corresponsione in un'unica soluzione, assume oggi una grande rilevanza pratica in quanto la prassi giudiziaria evidenzia un crescente interesse dei coniugi alla stipulazione di accordi volti a regolare i loro rapporti economici in occasione della separazione personale e del divorzio.

Il riconoscimento ai coniugi del potere di determinare l'assetto dei loro interessi in occasione della crisi, comporta di dovere precisare l'ambito di operatività del principio di autonomia privata in questa materia allo scopo di chiarire la natura di detti accordi e l'applicabilità agli stessi della disciplina generale del contratto.

La giurisprudenza più recente ha ritenuto che i patti precedenti, coevi o successivi all'omologazione dell'accordo sulla separazione siano validi, purché stipulati nel rispetto dell'art. 160 c.c. e non interferenti con l'accordo omologato. Si ammettono, perciò, i patti modificativi che specificano il contenuto dell'accordo omologato o introducono disposizioni di maggiore rispondenza all'interesse tutelato<sup>1</sup>.

Con riferimento agli accordi preventivi di divorzio, invece, è stato più volte ribadito che i coniugi non avrebbero il potere di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio, in quanto la materia è sottratta alla loro disponibilità ed è affidata alla determinazione del giudice. Fino alla sentenza di divorzio i soggetti sono ancora legati dal vincolo coniugale, il quale impedisce l'esercizio di ogni forma di contrattazione<sup>2</sup>, anche perché ciò potrebbe ingiustamente incidere sul giudizio concernente lo status delle persone, quale è il giudizio di divorzio.

In giurisprudenza si registra, dunque, la propensione a riconoscere ai coniugi, pur con taluni limiti inderogabili, il potere di disposizione in materia di rapporti

---

<sup>1</sup>Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in Corr. Giur., 1993, 820; Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in Nuova giur. civ. comm., 1994, I, 710.

<sup>2</sup>Cass. 11 dicembre 1990, n.11788, in Foro it., Rep., 1990, voce Matrimonio, n. 187; Cass. 6 dicembre 1991, n. 13128, in Giust. civ. 1992, I, 1239.

patrimoniali, sia in occasione del matrimonio sia in vista della separazione, e l'opposta tendenza a negare la validità degli accordi stipulati in vista del divorzio. In questo quadro complessivo, il problema di fondo resta quello di chiarire se l'assegno di divorzio, in virtù della sua funzione latamente assistenziale, possa essere o meno oggetto di disposizione.

## **2. Dalla legge n. 898/1970 alla legge n. 74/1987**

### **2.1. La legge 898/1970 e l'assegno di divorzio**

L'elaborazione della disciplina relativa all'assegno di divorzio ha rappresentato una questione cruciale e a lungo dibattuta tanto all'epoca dell'ingresso nel nostro ordinamento della legge istitutiva del divorzio (l.898/1970), quanto al momento della riforma di quella normativa, tramite l.74/1987. Le cause del difficile raggiungimento, in sede legislativa, di un consenso sugli effetti economici del divorzio, sono da individuarsi nell'esistenza di diverse e configgenti esigenze tra cui mediare: da un lato, l'istanza di libertà sottesa alla scelta divorzista e quindi l'attenuazione delle conseguenze economiche discendenti da essa, e dall'altro, la tutela che deve essere assicurata al coniuge debole.

I lavori preparatori della legge 898/1970 dimostrano come gli orientamenti maturati in tema di assegno divorzile siano stati sostanzialmente due: quello che riproponeva la dicotomia mantenimento-alimenti in riferimento all'imputabilità del divorzio al coniuge debole, già presente nell'ambito della separazione personale tra i coniugi, e quello che invece, voleva sganciato l'assegno divorzile da ogni logica di colpevolezza/incolpevolezza del coniuge debole, e che piuttosto vedeva nell'assegno un modo per livellare le entità delle sfere economiche dei coniugi, per l'eventualità che il divorzio avesse creato, come sovente accade, perdite a danno di uno di essi.

L'alternativa alimenti-mantenimento fu scartata perché ancorata ad un concetto di colpa confligente con il tipo di divorzio che si era scelto di accogliere nel nostro ordinamento, quale rimedio alla irreversibile crisi della comunione materiale e spirituale di vita, ed anche perché, mentre nella separazione il vincolo, sebbene affievolito, continua ad esistere, con il divorzio esso non sussiste più, venendo

così a mancare l'elemento del vincolo coniugale quale presupposto fondamentale per l'obbligazione alimentare.

Esercitò la sua influenza nella elaborazione della disciplina delle conseguenze economiche del divorzio, anche l'allora *in fieri* riforma del diritto di famiglia (attuata con l. 19 maggio 1975 n.151) che avrebbe introdotto la comunione degli utili e degli acquisti come regime patrimoniale legale della famiglia. Infatti, spinti dall'idea che la comunione legale dovesse attuare l'unità familiare anche sotto il profilo economico, rendendo entrambi i coniugi ugualmente partecipi delle ricchezze della famiglia, si ritenne che anche in seguito al divorzio dovesse realizzarsi una qualche forma di condivisione delle utilità che durante la *vis matrimonii* si erano prodotte, da parte di entrambi i coniugi, quale che fosse il tipo di contributo prestato<sup>3</sup>. E' evidente come il modello di coniuge debole che il legislatore aveva in mente, fosse quello della donna casalinga che avesse dedicato la sua vita all'attività domestica e di educazione dei figli, magari rinunciando ad un impiego che la rendesse autonoma<sup>4</sup>.

Il problema che verosimilmente si poneva all'attenzione del legislatore era quello di attenuare la gravità delle conseguenze che sarebbero derivate dall'idea secondo cui estinto un rapporto, ne cessano anche tutti i suoi effetti. Coscienza sociale e ragioni di umanità premevano affinché si intervenisse almeno sul dissesto economico causato dal divorzio, e che, considerando, tra l'altro, che non sempre ad esso si arriva con la stessa concorde volontà che sussiste alla nascita del matrimonio, dovessero pesare anche le ragioni che inducono a quella scelta.

---

<sup>3</sup>Non è del tutto chiaro in che modo abbia pesato la prospettiva della comunione nelle future soluzioni in tema di assegno di divorzio, se per rendere quest'ultimo precursore del regime legale anticipandone gli effetti, in attesa che la comunione divenisse il regime legale, o se per attuare, allo scioglimento del matrimonio, tramite esso un sistema di distribuzione della ricchezza simile alla comunione.

<sup>4</sup>Si noti altresì che l'art. 5, 2° co. della proposta di legge Fortuna-Baslini (approvata in sede di commissione alla Camera) stabiliva che << Con la sentenza ... può essere disposta la corresponsione di un assegno alimentare o di mantenimento a favore di uno dei coniugi>>. Tale dizione, nella discussione in aula della camera, parve inidonea ad assicurare serie garanzie alla donna perché prevedeva l'assegno come facoltativo, e perché non contemplava il concorso della moglie, sotto il profilo economico, all'andamento della famiglia. Nell'ottica di una più intensa tutela del coniuge economicamente debole, venne inserita nell'articolo la proposizione <<nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi>>. Alcuni però vollero vedere nella proposizione in esame una innovazione <<di natura più politica, che giuridica>>, così G. CAPOZZI, *L'assegno periodico al coniuge divorziato*, in Dir. giur., 1971, 174.

Ne uscì una norma non del tutto chiara<sup>5</sup>, che poneva seri problemi interpretativi e applicativi, circa la finalità dell'assegno di divorzio, il suo meccanismo di funzionamento, ed il peso che doveva essere attribuito ai tre criteri che era possibile estrapolare dalla norma: criterio della solidarietà, relativo alle condizioni economiche delle parti, criterio risarcitorio, concernente le ragioni della decisione, e quello indennitario, connesso al contributo dato da ciascun coniuge all'andamento familiare.

La norma fu accolta da una parte della dottrina come istitutiva di uno strumento volto a riequilibrare la condizione economica del coniuge danneggiato dallo scioglimento del matrimonio, pertanto l'assegno veniva considerato come un'indennità, ovvero un risarcimento del danno causato da un fatto lecito<sup>6</sup>.

Secondo questa opzione interpretativa, per procedere al riconoscimento dell'assegno, si sarebbero dovute verificare le condizioni economiche di entrambi i coniugi prima e dopo il divorzio, ed in caso di peggioramento, in dipendenza dello scioglimento del matrimonio della situazione di uno, la menomazione sarebbe stata riequilibrata tenendo in considerazione, non solo le ragioni della decisione e quindi la qualificazione del comportamento dei coniugi, ma anche il contributo personale ed economico fornito da ciascun coniuge alla famiglia ed al patrimonio di entrambi, ovvero a quei comportamenti che incrementano il benessere della famiglia, nonché alle prestazioni d'opera da parte di un coniuge a favore dell'impresa o dell'attività professionale dell'altro<sup>7</sup>. In altre parole, l'an

---

<sup>5</sup> Il testo originario dell'art. 5. 4 l.898/1970 disponeva che << con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione. L'obbligo di corresponsione cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze. >>.

<sup>6</sup>In questo senso L. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in Commentario del Codice Civile a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1971,142 il quale considera l'assegno di divorzio disciplinato dall'originario art. 5 della l. div. come uno strumento tecnicamente qualificabile come indennizzo o indennità.

<sup>7</sup>La disciplina dell'impresa familiare sarebbe stata introdotta qualche anno più tardi con la riforma del diritto di famiglia, pertanto al tempo dell'introduzione del divorzio il lavoro prestato dai familiari nell'impresa del congiunto si presumeva gratuito, fondato su ragioni di solidarietà familiare; appariva, quindi, naturale al legislatore del 1970 considerare l'energia profusa in una attività lavorativa a vantaggio del coniuge, piuttosto che per incrementare il proprio patrimonio, come una perdita che bisognava ristorare una volta sciolto il matrimonio.

dell'obbligazione consisteva nella presenza di un danno, ravvisato nel divario esistente fra le condizioni di vita antecedenti al divorzio e la situazione conseguente ad esso, che si verificava nella situazione economica di uno dei due coniugi, mentre l'altro non veniva a subire conseguenze negative di rilievo. La determinazione del *quantum*, invece, doveva prendere in considerazione anche le ragioni della decisione ed il profilo della contribuzione economica o di fatto di un coniuge alla famiglia. Tale tipo di danno veniva considerato permanente, poiché tendenzialmente perenne – perdurando probabilmente per tutta la vita del danneggiato- era lo squilibrio, e si riteneva che per non gravare eccessivamente il coniuge obbligato attraverso un versamento in unica soluzione, il legislatore, su modello dell'art. 2057 c.c., ne avesse modulato la corresponsione in termini di periodicità, lasciando, tuttavia, ai coniugi la scelta di adempiere *una tantum*, come previsto dallo stesso previgente art. 5 l. div<sup>8</sup>.

In senso sostanzialmente adesivo, si colloca il primo tentativo di interpretazione e sistemazione dommatica dell'istituto, condotto in sede di legittimità, dalla sentenza 1 febbraio 1974, n. 263<sup>9</sup>, la quale accoglie la teoria indennitaria dell'assegno, e recepisce l'assunto per il quale il danno conseguente al divorzio deve essere inteso come il peggioramento delle condizioni di vita e del livello di benessere di cui godeva il coniuge in costanza di matrimonio. La Corte, enuclea due direttrici fondamentali di interpretazione: l'intenzione del legislatore di svincolare la liquidazione dell'assegno dalla responsabilità dell'obbligato, e la volontà di non agganciare l'assegno medesimo ad una preconstituita qualificazione in termini di mantenimento o di alimenti, e ciò anche nella constatazione che l'assegno, potendo incidere sul tenore di vita dell'ex coniuge, può concorrere al suo mantenimento, ma solo in senso atecnico.

Secondo la Corte, infatti, è un'aporia configurare l'assegno di divorzio alla

---

<sup>8</sup>Per ciò che concerne l'interpretazione della prima parte dell'originario art. 9, che consentiva la revisione dell'assegno per <<giustificati motivi>>, la precisa ricaduta della teoria indennitaria, era che i fatti relativi alla sfera del coniuge beneficiario che avrebbero inciso sul *quantum*, sarebbero venuti in rilievo solo per ridurre la misura dell'obbligo, e non anche ad accrescerla, poiché lo squilibrio tra i coniugi rileva non come alterazione di un rapporto, ma come conseguenza del divorzio, quale fatto estintivo del rapporto coniugale. In questo senso L. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., 146.

<sup>9</sup>In Foro it., 1974, I, 1246.

stregua dell'assegno di mantenimento previsto in caso di separazione, in quanto quest'ultimo postula una efficacia persistente del legame coniugale il quale viene del tutto meno in seguito allo scioglimento del matrimonio, di modo che gli effetti patrimoniali da esso derivanti dovrebbero essere riguardati come effetti nuovi scaturenti proprio dal fatto del divorzio e aventi la loro fonte nella pronuncia giudiziale.

In conclusione, l'assegno di divorzio non poteva configurarsi come assegno di mantenimento e neppure come assegno alimentare, in quanto, le disposizioni in materia di alimenti, contemplando nell'elencazione tassativa degli obbligati i coniugi, presuppone indubbiamente l'attualità del vincolo.

Asserita la distinzione tra assegno di divorzio da un lato e assegno di mantenimento e obbligazione alimentare dall'altro, sembra consequenziale in forza dell'argomento *a contrario* ed anche in virtù del dato normativo per il quale la corresponsione dell'assegno di divorzio *una tantum* è ammissibile, sostenere che esso è disponibile<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup>Il ragionamento della Corte procede in questo senso: se si ritenesse che l'assegno di divorzio ha natura alimentare, bisognerebbe coerentemente assumere che esso possa essere riconosciuto in presenza dello «<stato di bisogno>>, ma la norma in questione non prende in considerazione il livello delle condizioni economiche del beneficiario. Inoltre, si avrebbe nella determinazione del *quantum* l'incidenza di criteri, quello risarcitorio e indennitario, diversi da commisurazione del bisogno e possibilità dell'obbligato, quali unici parametri di funzionamento dell'obbligazione alimentare. L'unica analogia possibile, dipenderebbe dalla destinazione che in concreto può avere l'assegno di divorzio, lì dove lo squilibrio conseguente allo scioglimento del matrimonio è tale da gettare il coniuge in stato di bisogno. Infine, la Corte, avvalorando la tesi che nega natura alimentare all'assegno di divorzio, fissa le differenze tra obbligazione alimentare e assegno divorzile in otto punti (i quali diverranno l'*obiter dicta* più ricorrente della giurisprudenza in tema di natura dell'assegno di divorzio): 1) L'obbligo alimentare decorre dalla domanda, l'assegno di divorzio dal passaggio in giudicato dell'assegno di divorzio; 2) l'obbligo alimentare si estingue per morte dell'obbligato e del beneficiario, avendo natura personale, invece in caso di morte del coniuge obbligato il tribunale può disporre che parte della pensione spettante al coniuge superstite venga attribuita all'ex coniuge; 3) la prestazione alimentare ha carattere indisponibile, mentre l'assegno di divorzio no, potendo i coniugi accordarsi per la corresponsione *una tantum* (invero una prestazione alimentare non può soddisfarsi in anticipo poiché non può prevedersi se e quando lo stato di bisogno cesserà); 4) l'assegno di divorzio è suscettibile di revisione, ma è dubbio in che misura possa incidere la condotta disordinata e riprovevole dell'ex coniuge beneficiario, che invece rileva, se tenuta dall'alimentato; 5) nonostante lo stato di bisogno dell'ex coniuge, la misura dell'importo potrebbe essere diminuita o azzerata in relazione alle sue responsabilità nella crisi, invece in riferimento alla prestazione alimentare si prescinde dalle colpe dell'alimentato per la sua indigenza; 6) l'assegno di divorzio non è suscettibile di modifiche se i coniugi si sono accordati per la corresponsione in un'unica soluzione, mentre rispetto agli alimenti, la variabilità non tollera restrizioni; 7) l'obbligazione alimentare può farsi valere in ogni tempo; l'assegno di divorzio deve essere chiesto contestualmente alla pronuncia di divorzio; 8) non è previsto l'estinzione della pretesa alimentare per matrimonio dell'alimentato.

La Corte avverte che qualora il coniuge divorziato possa godere di un tenore di vita confacente alla classe sociale a cui apparteneva in costanza di matrimonio, la discesa da un grado di maggiore privilegio sociale ad uno inferiore, non costituisce perdita indennizzabile; aggiunge infatti che <<laddove i coniugi esercitavano entrambi un lavoro, traendone un reddito sufficientemente omogeneo, operaio, impiegatizio, ovvero professionale, non v'è luogo, in principio, ad attribuzione di assegno, anche in presenza di un certo divario retributivo>><sup>11</sup>.

La perdita indennizzabile andava calcolata, secondo la Corte, tenendo conto della cessazione dell'obbligo di mantenimento, degli apporti effettivi avvenuti in costanza di matrimonio e delle ragioni della decisione, le quali avrebbero potuto ridurre l'obbligo dell'ex coniuge incolpevole o operare una piena reintegrazione a favore dell'ex coniuge beneficiario incolpevole<sup>12</sup>.

In definitiva, l'assegno essendo un'indennità, doveva considerarsi come il corrispettivo pecuniario del sacrificio, consentito dalla legge, dell'interesse del coniuge ad una vita diversa da quella auspicata.<sup>13</sup>

---

Merita attenzione l'asserzione sub 6), poiché correntemente si riteneva (a parte qualche posizione minoritaria) che la corresponsione *una tantum* non impedisse l'applicazione della regola *rebus sic stantibus*, e che ciò rappresentasse una novità della l. 74/1987.

<sup>11</sup>La Corte tiene distaccata l'ipotesi della moglie casalinga, che totalmente dipendente dall'ex coniuge, ha nell'assegno un vera e propria liquidazione per l'apporto dato, e implicitamente ammette che dalla mancanza di un visibile divario si può dedurre che il contributo dato alla famiglia non sia stato di tale rilevanza da impedire al coniuge di crearsi un'autonomia economica.

<sup>12</sup>Infatti <<nel caso in cui il coniuge danneggiato sia quello a cui imputare la causa della rottura, il criterio opererà nel senso di diminuire o addirittura annullare il diritto, ma la colpevolezza del coniuge obbligato, non potrebbe comportare l'estensione dell'importo oltre la perdita realmente subita>>. La Corte, inoltre, in una prospettiva volta a dare il più possibile rilevanza alla discrezionalità del giudice, estende l'ambito della sua indagine fino a ricomprendere una pluralità di criteri, non richiamati dalla norma, ed emergenti dall'esame dei singoli casi, secondo la prospettazione fattane dalle parti: l'età, la salute, l'esistenza di obbligati agli alimenti in grado di prestarli, l'attitudine al lavoro e la possibilità di svolgerlo, il contesto sociale del matrimonio e la sua durata. Così anche la giurisprudenza successiva; per un caso in cui, in cui viene dato ampio rilievo alla malattia mentale della moglie, quale fattore che gli impediva di svolgere proficuamente ogni attività di lavoro Cass. 6 dicembre 1975, n. 4050, Foro it., 1976, I, 1276.

<sup>13</sup>La Corte da conto, a soli fini di completezza, anche della teoria liquidativa dell'assegno di divorzio, che ravvisa nella prestazione periodica un diritto di credito che ha la sua ragione nella vita matrimoniale effettivamente vissuta; una forma di divisione dei beni, di partecipazione di un coniuge a quei beni al cui acquisto si può supporre abbia partecipato. Tale costruzione risente dell'influenza dell'imminente riforma del diritto di famiglia, la quale avrebbe introdotto il regime legale della comunione, e muove dall'obbiettivo di farne operare la disciplina anche nei rapporti posti in essere in epoca antecedente, anche se formalmente il regime legale era quello della separazione.

Ma la tesi esclusivamente liquidativa dell'assegno, non viene accolta dalla Corte poiché, piuttosto che un parametro di valutazione, pretende di esaurire in esso la disciplina dell'assegno, ed anche

La tesi della natura indennitaria dell'assegno, tuttavia, incontra un ostacolo nel caso in cui la responsabilità del divorzio, quale crisi irreversibile del matrimonio, non sia attribuibile a nessuno dei coniugi o al coniuge beneficiario. Il divorzio è un fatto lecito, consentito dall'ordinamento allorché ricorrono i presupposti da esso richiesti, ma il danno che da esso discende deve essere riferibile ad uno dei coniugi, altrimenti si conferisce all'assegno di divorzio la funzione di attribuire oggettivamente il danno prodottosi a chi è meglio in grado di sopportarlo, ovvero al coniuge forte. Questa conclusione non va esclusa a priori, ma è inconciliabile con l'idea che l'assegno svolga una funzione indennitaria. La legge n.898, infatti, anche nel testo originario dell'art. 5, contemplava fra i criteri da considerare anche le ragioni della decisione ed esse non sembravano avere una rilevanza minore rispetto agli altri criteri richiamati dalla disposizione<sup>14</sup>.

La teoria della natura latamente indennitaria dell'assegno di divorzio viene disattesa dalla sentenza, di poco successiva a quella che l'aveva propugnata, delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>15</sup>, in cui viene elaborata la teoria della natura composita dell'assegno: i tre criteri contemplati dalla norma sono tutti astrattamente idonei a fondare il diritto all'assegno, anche in mancanza di un divario rilevante fra le posizioni economiche dei coniugi.

Per ciò che concerne il criterio assistenziale, esso viene desunto dal riferimento fatto dalla norma alle condizioni dei coniugi, e in relazione ad esse la funzione dell'assegno di divorzio viene colta nella necessità di far fronte alle ristrettezze in cui viene a trovarsi quello dei coniugi, che per aver perduto il sostegno economico garantitogli in costanza di matrimonio derivante dall'obbligo di contribuzione, abbisogna di un supporto che lo renda economicamente autosufficiente, e che per

---

perché non spiega il motivo per il quale fatto estintivo dell'obbligo dovrebbe esser il passaggio a nuove nozze del coniuge beneficiario.

<sup>14</sup>Che la Corte, verosimilmente, abbia inteso l'assegno di divorzio come strumento perequativo delle sfere economiche dei coniugi, disattendendo l'indicazione normativa sulle ragioni della decisione, è dimostrato dalla decisione rassegnata nel caso che le fu sottoposto: benché al coniuge richiedente l'assegno di divorzio (la moglie) fosse stata addebitata la separazione, la Corte confermò la sentenza d'Appello che aveva liquidato l'assegno di divorzio in £ 60, in considerazione del fatto che la sola percezione di una pensione mensile di £ 63, non consente di soddisfare << i bisogni in relazione alle sue (della moglie) condizioni sociali, sia alle possibilità del marito magistrato in Cassazione (con retribuzione dodici volte superiore a quella di lei)>>.

<sup>15</sup>Cass. sez. un., 26 aprile 1974, n. 1194, in Foro it., 1974, 1335.

il suo carattere in senso lato assistenziale, assume connotazioni pubblicistiche<sup>16</sup>.

Il criterio relativo alle ragioni della decisione, viene ad assumere implicazioni diverse, in quanto tra di esse dovrà avere un preciso peso <<l'interesse che ha il coniuge a sciogliersi dal legame per riacquistare lo stato di libertà o il vantaggio che esso consegue dal divorzio in vista della possibilità che gli si offre di sistemare una situazione illegale, dovuta a rapporti extraconiugali pregressi>>.

La rimeditazione della Corte non è di poco momento. La teoria indennitaria dell'assegno, aveva ancorato l'assegno ad una perdita economica, rispetto alla quale il criterio risarcitorio aveva il ruolo, simbolico potrebbe dirsi, di accrescere o diminuire l'importo della somma secondo l'imputabilità della rottura ad uno dei coniugi, ma il valore a cui riferirsi era sempre prettamente economico; con questa affermazione, il collegio, sembra volere introdurre nella valutazione di spettanza dell'assegno una nuova posta: un interesse esistenziale a cui fa da contraltare un danno non patrimoniale<sup>17</sup>.

Per ciò che concerne il contributo dato dai coniugi all'andamento della famiglia o al patrimonio di entrambi, l'assegno riconosciuto in virtù di questo criterio avrebbe avuto funzione compensativa, cioè lo scopo di costituire un compenso per i sacrifici sopportati per assicurare il benessere della famiglia.

Così riqualificati, i criteri in questione vengono utilizzati, per la determinazione sia dell'*an* che del *quantum*. La precisa ricaduta di questo meccanismo di funzionamento è che, un coniuge avrebbe potuto trovarsi onerato di un obbligo economico a cui non faceva riscontro né una perdita (il coniuge beneficiario

---

<sup>16</sup>La funzione assistenziale dell'assegno viene giustificata argomentando che, sebbene spazzato via il matrimonio dal divorzio, deve prevedersi qualche residua tutela. Incline alla natura assistenziale dell'assegno di divorzio, ma contrario a che esso debba rendere autosufficiente il coniuge debole A. TRABUCCHI A, *La funzione di assistenza nell'assegno di divorzio e l'assegno in corso di separazione legale*, in Giur. it., 1982, 46, il quale, sarcasticamente, ritiene che se così fosse nel diritto moderno il matrimonio sarebbe chiamato a svolgere nel campo dei rapporti privati la funzione di spettanza dell'I.N.P.S., cioè <<una forma di assicurazione perpetua per uno standard di vita economica>>, quando <<questo di provvedere alla vita, è un onere che ogni persona deve curare per proprio conto>>

<sup>17</sup>Generalmente si riteneva che l'incidenza del criterio risarcitorio sull'importo dell'assegno dipendesse dalla riferibilità delle colpe della pregressa separazione o di una delle fattispecie tassative in presenza delle quali il divorzio era ammesso, ad uno dei coniugi. Casi nei quali si riteneva che la colpa fosse già <<predisposta dal legislatore>> erano considerati: l'aver riportato condanne penali, la separazione legale per colpa, l'incesto, il conseguimento dell'annullamento o dello scioglimento o celebrazione all'estero di un nuovo matrimonio da parte di coniuge straniero. Per una chiara e precisa disamina G. CAPOZZI, *L'assegno periodico al coniuge divorziato*, cit, 174.

dell'assegno è autosufficiente, o non ha subito alcuna perdita), né un vantaggio pregresso dell'altro (il coniuge non ha contribuito, o ha contribuito in misura equivalente all'altro), ma che gli viene imposto per ragioni meramente risarcitorie di un danno che non è patrimoniale, vista la mancanza del divario economico, ma di natura non patrimoniale.

Quanto al carattere di disponibilità dell'assegno di divorzio, anche le Sezioni Unite lo riconfermano, sul presupposto che, pur trattandosi di una prestazione di natura personale, l'assegno in questione non è assimilabile all'obbligazione alimentare, la cui indisponibilità, tra l'altro, viene espressamente sancita all'art. 447 c.c. Sulla scia, dunque, della precedente pronuncia, la Corte non coglie ragioni intrinseche alla natura dell'assegno per sostenerne l'indisponibilità, né può invocare una disposizione normativa in proposito.

Conformemente alla giurisprudenza, una parte della dottrina<sup>18</sup> sostenendo che l'assegno avesse natura composita, riteneva che esso fosse disponibile, rilevando l'inapplicabilità dell'art. 160 del c.c. -il quale esclude la disponibilità dei diritti discendenti dal vincolo coniugale- ai rapporti conseguenti allo scioglimento del matrimonio<sup>19</sup>, e la possibilità di corrispondere l'assegno in un'unica soluzione qualora i coniugi si fossero trovati d'accordo.

Sulla stessa linea di pensiero si collocano le successive pronunce della giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup>, le quali, tra l'altro, tendono ad ampliare sempre di più il già dilatato ambito di discrezionalità del giudice; infatti si stabilisce che sebbene i tre criteri debbano essere considerati contestualmente, ove essi conducano a risultati divergenti e debba escludersi una loro reciproca neutralizzazione ( si pensi all'ipotesi in cui il criterio assistenziale depone a favore di un coniuge, in quanto egli si trova in ristrettezze economiche, e quello compensativo a favore dell'altro che ha dato un contributo preponderante o esclusivo alla famiglia), il giudicante potrà determinare quale di essi in concreto possa prevalere, << avendo presente che non ha rilevanza una mera

---

<sup>18</sup>Così D. VINCENZI AMATO, *I rapporti patrimoniali*, in Comm. sul divorzio diretto da Rescigno, Milano, 1980, 340.

<sup>19</sup>L. BARBIERA, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, cit., 146 il quale, però, propugnava la teoria indennitaria.

<sup>20</sup>Cass. 2 giugno 1977, n. 2237, in Foro it., Rep. 1977, voce Mat., n. 232; Cass. 6 dicembre 1975, n. 4050, cit.; Cass. 2 giugno 1981, n. 3549, Giur. it., 1982, 43.

preponderanza numerica, ed ancorando la motivazione a precisi riferimenti alla situazione di specie, onde consentire il sindacato sulla sua sufficienza e congruità<sup>21</sup>>>.

## **2.2. Il superamento della teoria della disponibilità dell'assegno di divorzio**

Diversamente dalla teoria della natura composita dell'assegno di divorzio, che in giurisprudenza rimarrà indiscussa fino alla novella del 1987, l'assunto della sua disponibilità viene progressivamente superato tanto dalla dottrina che dalla stessa giurisprudenza.

In dottrina si creò un orientamento<sup>22</sup> che sosteneva la natura assistenziale dell'assegno di divorzio, la cui funzione sarebbe consistita nel dare adempimento, anche dopo la cessazione del vincolo, a doveri di assistenza familiare e che, pertanto, vedeva nell'assegno post-matrimoniale un'obbligazione sostanzialmente analoga a quella prevista in tema di separazione coniugale; secondo questa impostazione, la concezione composita dell'assegno andava respinta perché, fondando l'attribuzione anche esclusivamente sul criterio risarcitorio o contributivo, finiva col porsi in contrasto con la finalità assistenziale. Argomentando dalla natura assistenziale dell'assegno, veniva sostenuta la sua indisponibilità, la quale avrebbe trovato un fondamento normativo nell'art. 160 c.c. che escludeva -e tutt'oggi esclude- la disponibilità dei diritti previsti dalla legge per effetto del matrimonio, tra i quali andava riconosciuto l'assegno di divorzio; la previsione in base alla quale su accordo degli ex coniugi l'assegno di divorzio poteva essere corrisposto in un'unica soluzione veniva considerata eccezionale, poiché derogatoria di un generale principio di indisponibilità dell'assegno.

La giurisprudenza di legittimità, se da un lato continuava a sostenere la natura composita dell'assegno di divorzio, dall'altro accoglieva l'opinione secondo cui esso potesse svolgere una funzione assistenziale e, muovendo da questa idea,

---

<sup>21</sup>Cass., Sez. un., 9 luglio 1974, n.2008, in Dir. fam. e pers., 1974, 635.

<sup>22</sup>In questo senso G. CAPOZZI, *L'assegno periodico al coniuge divorziato*, cit., F. DALL'ONGARO, *Sulla controversa qualificazione giuridica dell'assegno di divorzio*, in Dir. fam. e pers., 1974, 647 e TRABUCCHI A., *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessi*, in Giust. Civ. 1981, I,1,1553

elaborò la distinzione tra le varie componenti dell'assegno (assistenziale, risarcitoria, compensativa), sancendo la disponibilità limitatamente alle componenti risarcitoria e compensativa<sup>23</sup>. Rispetto a queste componenti, l'eventuale rinuncia compiuta dal coniuge avente diritto sarebbe stata valida e irretrattabile, mentre in ordine alla componente assistenziale <<che il legislatore ha indicato come prima finalità dell'assegno di divorzio>> si sarebbe dovuto ammettere la sua indisponibilità, la quale <<accomuna in un principio generale una serie di assegni correlati alle esigenze di vita (pensioni, alimenti, retribuzioni, e così via)>><sup>24</sup>.

In queste affermazioni si può cogliere un significativo cambiamento di prospettiva, in quanto è riconosciuta importanza preminente alla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio, il quale viene accostato alla prestazione alimentare, deducendone così l'indisponibilità. Il corollario logico e giuridico di queste affermazioni avrebbe dovuto essere il superamento della teoria composita, e dunque l'individuazione dell'*an* dell'assegno di divorzio nella debolezza economica del coniuge richiedente. Tuttavia esse risultano essere solo asserzioni teoriche che non vengono sviluppate sul piano applicativo, in quanto la giurisprudenza continuerà a utilizzare i criteri risarcitorio e compensativo anche con funzione attributiva, e, nel caso in cui vengano utilizzati tutti ai fini della determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'assegno, continuerà a distinguere le tre componenti limitando la soluzione dell'indisponibilità a quella assistenziale.

Rispetto a quest'ultima, l'assegno di divorzio, essendo funzionalizzato a soddisfare esigenze di vita, fu considerato indisponibile parimenti alle altre prestazioni con analoga funzione e conseguentemente venne statuita la nullità degli accordi che non tenevano conto dello stato di bisogno del coniuge debole<sup>25</sup>, originario o sopravvenuto. Secondo questa nuova impostazione, poiché per volontà legislativa l'assegno è volto a soddisfare esigenze di vita, l'accordo dei coniugi in ordine alla sua determinazione non avrebbe potuto prescindere dallo stato di bisogno del beneficiario; piuttosto la tutela di quest'ultimo risultava garantita dalla possibilità di modificare l'importo di esso in presenza di giustificati

---

<sup>23</sup>Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, in Foro it., 1977, I, 2247.

<sup>24</sup>Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, cit.

<sup>25</sup>In questo senso anche Cass. 3 luglio 1980, n. 4223, in Foro it., 1980, I, 1345.

motivi secondo quanto disposto dall'art. 9 l. div., la cui operatività, peraltro, non era limitata alla sola ipotesi in cui l'assegno fosse stato precedentemente disposto con la sentenza di divorzio, di modo che anche quando in sede di procedimento divorzile non fosse stato domandato, la richiesta successiva dell'assegno sarebbe stata ammissibile; in base all'orientamento in esame, infatti, l'art. 9 l. div. andava interpretato unitariamente, senza distinguere fra i casi in cui la sentenza di divorzio abbia accolto, respinto, o non disposto (per mancanza di una domanda giudiziale in proposito) in merito all'assegno stesso: il sopravvenire dello stato di bisogno legittimava sia la modifica delle precedenti statuizioni sull'assegno di divorzio sia la richiesta di esso in epoca successiva alla pronuncia di scioglimento del matrimonio.

Secondo la giurisprudenza, in definitiva, l'assegno era disponibile, ma l'esistenza di uno stato di bisogno o il suo sopravvenire rendevano rispettivamente nulla *ab origine* o parzialmente inefficace la pattuizione. Quanto alla corresponsione *una tantum*, sul presupposto che detta modalità di adempimento non potesse tutelare l'ex coniuge in stato di bisogno, si riteneva che fosse invalida la relativa convenzione nel caso in cui, appunto, il richiedente versasse in quello stato.

Come è stato efficacemente rilevato in dottrina<sup>26</sup>, la nullità degli accordi matrimoniali discendente da violazione del divieto di disporre di una prestazione assistenziale, non si concilia con la richiesta necessità dell'intervenuto mutamento di circostanze di fatto, ovvero del sovvenire dello stato di bisogno: la nullità di una pattuizione, comporta per il contraente interessato di potere richiedere la prestazione prevista dalla legge, a prescindere dal fatto che la sua condizione economica sia peggiorata.

Infatti, sostenere che gli accordi relativi all'assegno di divorzio “diventano” nulli al sopravvenire dello stato di bisogno equivale ad affermare la libera determinazione dell'importo di esso, fatta salva però la possibilità dell'avente diritto di chiederne in ogni momento il riconoscimento, se in sede di processo di divorzio non era stata proposta la relativa domanda o non sussisteva lo stato di bisogno, o la modifica, in caso di aggravamento della condizione economica. Ne deriva che la nullità degli accordi, risulta richiamata a sproposito; più appropriato,

---

<sup>26</sup>G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, IPSOA, 2000, 19.

sarebbe stato ritenere che gli stessi siano sempre sottoposti alla regola *rebus sic stantibus*.

Inoltre rispetto all'assimilazione tra l'assegno di divorzio e gli alimenti, si può notare come si tratti di un argomento del tutto nuovo, posto che la giurisprudenza precedente aveva sempre sostenuto la netta distinzione tra l'uno e l'altro, e -a parte l'immotivato assunto per il quale la funzione assistenziale sarebbe divenuta preponderante nella disposizione sull'assegno di divorzio- non sembra compiutamente dimostrato l'assunto dell'indisponibilità in discorso.

Ad ogni modo si ammise che l'assegno di divorzio potesse costituire oggetto di transazione o di rinuncia, purché queste risultassero in modo certo ed univoco, e non fossero affette da vizi della volontà o della dichiarazione e sempreché restasse salvaguardata l'esigenza di soddisfare ciò che è necessario ai bisogni di vita del coniuge più debole, non passato a nuove nozze; la rinuncia all'assegno veniva ammessa, ma non rispetto alla componente assistenziale, poiché in questo caso avrebbe inciso su di un diritto indeterminabile e indisponibile in quel momento.

L'evoluzione del dibattito sull'indisponibilità dell'assegno fu completata con l'introduzione del divieto, compiuto attraverso la sentenza della Cassazione 11 giugno 1981, n. 3777<sup>27</sup>, dei patti sull'assegno di divorzio conclusi prima della sentenza di divorzio, e ciò non solo in riferimento alla componente assistenziale, la cui indisponibilità prima e dopo la dichiarazione di divorzio rimase ferma, ma anche per le altre due componenti.

L'accordo preventivo tra coniugi sul regime economico del divorzio, secondo la Corte, avrebbe sempre lo scopo o l'effetto di condizionare il contegno processuale delle parti nel futuro giudizio, non solo per ciò che concerne gli aspetti economici preconcordati, ma soprattutto per quanto concerne la stessa dichiarazione di divorzio. In tal modo, <<si transigono non meri aspetti patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma si fa oggetto di commercio lo *status* stesso e, se così è, la causa di questi accordi economici preventivi non può che essere considerata illecita>> per contrarietà a regole d'ordine pubblico.

I dati normativi posti a fondamento dell'indisponibilità dell'assegno di divorzio furono individuati nell'art. 160 c.c. e nell'art. 5 l. div. nella parte in cui ammetteva

---

<sup>27</sup> In Giust. civ., 1981, I,1,1553

la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, su accordo dei coniugi.

Quanto alla prima disposizione, la quale statuiva – e statuisce- l'inderogabilità dei diritti e dei doveri discendenti dal matrimonio, si riteneva che essa non consentisse ai coniugi, durante il matrimonio o prima di celebrarlo, di determinare convenzionalmente le condizioni di un loro eventuale divorzio, poiché ciò avrebbe comportato la modifica del tipo di matrimonio che si caratterizza anche per il modo in cui si scioglie. In altre parole, l'esistenza dei presupposti di divorzio, e gli effetti che da esso scaturiscono incidono anche sulla natura stessa del vincolo matrimoniale, quindi, non avrebbe senso attribuire ai coniugi diritti inderogabili in conseguenza del divorzio e poi consentire loro di disporne durante la stessa *vis matrimonii*.

Quanto alla corresponsione *una tantum*, si ritenne che essa si riferisse solo alla modalità solutoria e non anche alla determinazione del *quantum*. Tale disposizione infatti sarebbe del tutto pleonastica –ritiene la Corte- se anche prima del divorzio si fosse consentito ai coniugi di accordarsi sull'*an* e sul *quantum* dell'assegno di divorzio. Inoltre in un passaggio non molto chiaro, la Corte sembra precisare che, detto accordo in ordine alla modalità di adempimento avrebbe potuto investire solo le componenti risarcitoria e compensativa e <<soltanto dopo che il suo contenuto economico sia stato determinato nel corso del giudizio>>. Sembrerebbe che l'accordo per la corresponsione *una tantum*, non solo vada circoscritto alle componenti risarcitoria e compensativa, ma vada in ogni caso sottoposto alla valutazione del giudice il quale lo terrà in considerazione come un progetto di massima sulle conseguenze economiche del divorzio.

In definitiva gli accordi preventivi di divorzio sarebbero sempre nulli, quelli stipulati in costanza di processo di divorzio e sottoposti all'attenzione del giudice, costituirebbero un progetto di massima della regolamentazione del divorzio, ma non avrebbero comunque efficacia vincolante.

Alle argomentazioni generalmente sostenute in relazione all'indisponibilità dell'assegno di divorzio – protese alla tutela del coniuge debole-, viene aggiunto un limite di ordine pubblico consistente nel divieto di commercializzare *status* della persona.

V'è da chiedersi allora se, fuori dalle ipotesi in cui si ponga un problema di tutela

del coniuge debole, i soggetti dispongano di autonomia privata nel diritto di famiglia, se la volontà dei coniugi sia sufficiente alla realizzazione degli effetti a cui essi tendono o se sia necessario che ricorra l'ulteriore requisito della disponibilità degli effetti<sup>28</sup>.

### **2.3.L'ingresso della legge n.74 del 1987: la storia della norma**

A sollecitare la riforma dell'istituto del divorzio, fu principalmente la presa d'atto delle istanze sociali di liberalizzazione del divorzio, infatti la ormai diffusa accettazione delle convivenze non matrimoniali, imponeva di considerarle tra le formazioni sociali e conseguentemente di organizzare presupposti e conseguenze del divorzio in modo tale da garantire protezione ai soggetti meritevoli di tutela, con il minimo possibile di sacrificio della libertà individuale.

In questa prospettiva, parve convincente valorizzare la libertà individuale, l'elemento consensuale nella dissoluzione del matrimonio, e la responsabilizzazione di ciascuno per le proprie necessità successive al matrimonio.

Le prima di queste istanze venne tradotta nella riduzione della durata del termine di separazione quale presupposto del divorzio, eliminando anche il prolungamento di tale termine per le ipotesi in cui il divorzio fosse chiesto dal coniuge per colpa del quale era stata pronunciata la separazione<sup>29</sup>.

L'istanza di valorizzazione dell'accordo dei coniugi, in qualche proposta legislativa assunta alla base di una ulteriore abbreviazione dei termini di separazione per introdurre surrettiziamente una forma di divorzio consensuale, non venne recepita, se non per inserire una procedura peculiare fondata su una

---

<sup>28</sup>In questo senso E. RUSSO, *Negoziio giuridico e dichiarazioni di volontà ai procedimenti <<matrimoniali>> di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno di legge n.1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio)* in Dir. fam. pers., 1989, 1092, il quale ricostruiti gli accordi fra in coniugi in vista della crisi come negozi di accertamento dei presupposti che giustificano il sorgere dell'assegno di divorzio ed affermato il carattere negoziale delle dichiarazioni di volontà ad efficacia <<debole>> (cioè di quelle dichiarazioni di volontà il cui effetto vincolante è condizionato dalla persistenza dei presupposti esistenti al momento della loro determinazione) ritiene privo di fondamento il divieto di detti accordi, salva l'applicazione della regola *rebus sic stantibus*.

<sup>29</sup>L'art. 4 della l. 74/1987 ha modificato l'art. 2 della l. 898/1970 il quale richiedeva che la separazione si protraesse per cinque anni o per sette se la domanda proveniva dal coniuge a cui era stata addebitata la separazione.

domanda congiunta dei coniugi divorziandi, fra i quali il giudice comunque verifica l'impossibilità di ricostituire o mantenere la comunione di vita non meno che negli altri casi<sup>30</sup>.

Si noti, altresì, che indetto nel 1974 il referendum abrogativo avente ad oggetto la l.898/1970, lo stesso si era concluso con il *placet* degli elettori per l'istituto del divorzio, il che impediva di mutare la fisionomia che ai tempi si era scelta di dare all'istituto come rimedio ad una crisi irreversibile della comunità familiare; inoltre, il ricorso al divorzio, paventato dai sostenitori dell'indissolubilità matrimoniale tanto consistente da mettere in crisi l'istituto familiare, considerato come uno dei nodi essenziali dell'ordinamento, in realtà non fu così massiccio. Questi dati vanno tenuti in considerazione perché spiegano da un lato, la riluttanza a valorizzare elementi di consensualità fra i coniugi o profili di responsabilità che avrebbero introdotto fattispecie di divorzio consensuale o di divorzio sanzione, e dall'altro, confermano l'utilità sociale dello strumento e l'imperativo vincolante di non mutare ciò che aveva trovato accettazione collettiva.

Quanto alla responsabilizzazione di ciascun coniuge, emerge l'opinione secondo la quale quest'ultimo ha il dovere di svolgere, ai fini del proprio sostentamento, un'attività lavorativa, di modo che l'ex coniuge rimanga onerato dall'obbligo di sostentamento solo nei casi di impossibilità incolpevole di reperire una fonte di reddito. L'attenuazione dei vincoli postconiugali, dunque, rimane subordinata alla tutela del coniuge debole, a paradigma del quale viene assunta la donna, che per essere dedita di norma alla cura della prole e della casa, generalmente non possiede un'autonoma fonte di reddito che possa consentirle, in seguito allo scioglimento del matrimonio, di essere autosufficiente.

Il dibattito più acceso in sede parlamentare si ebbe proprio in tema di assegno di divorzio<sup>31</sup>, in relazione al quale si registrarono due opinioni: una che voleva per la donna, in quanto coniuge debole, una tutela piena che le garantisse lo stile di vita

---

<sup>30</sup>La procedura abbreviata di divorzio è stata successivamente modificata dalla legge 14 maggio 2005 n. 80.

<sup>31</sup>E' documentato che il dibattito parlamentare e l'approvazione dell'art. 9 della l.74/1987 sull'assegno di divorzio, vista la copiosità e consistenza degli emendamenti proposti, vennero spostati dalla seduta antimeridiana del 18 febbraio 1987, nel cui programma era inserita la questione, alla seduta pomeridiana, per consentire alle parti avverse di trovare nel corso della pausa una soluzione concordata. Alla seduta pomeridiana fu proposto un articolo sostanzialmente diverso da quello presentato per l'approvazione, rispetto al quale vennero ritirati tutti gli emendamenti e che, pertanto, venne approvato *sic et simpliciter*.

che aveva condotto durante il matrimonio, anche oltre la vita del coniuge obbligato; l'altra, che pur volendo assicurarle mezzi di sostentamento sufficienti a condurre una vita dignitosa, si opponeva alla previsione in suo favore di una prestazione di mantenimento in senso proprio.

Altro obiettivo esplicitamente perseguito dal legislatore fu l'eliminazione dell'incertezza sul significato della norma in riferimento ai presupposti di attribuzione dell'assegno, che aveva favorito quella discrezionalità giudiziale che veniva correntemente invocata nell'applicazione della regola. Tuttavia nel corso della riforma si attenuò l'obiettivo in questione, a favore di una formulazione più elastica, se non altro per la necessità di consentire all'operatore del diritto di trovare la soluzione più adatta al caso di specie<sup>32</sup>.

La necessità di ridurre al minimo la discrezionalità giudiziale venne trasfusa nel tentativo esasperato di alcune proposte di legge che suggerivano un meccanismo in cui si fissavano criteri percentuali per la determinazione dell'assegno, con un adeguamento finale alle peculiarità di ciascuna situazione coniugale concreta ad opera del giudice<sup>33</sup>; il calcolo percentuale aveva come base, in alcuni disegni di legge, la differenza di reddito tra i coniugi, in altri la sola entità del reddito dell'obbligato (cioè del coniuge che percepiva un reddito maggiore rispetto a quello dell'altro), di modo che solo nella prima opzione l'assegno era graduato in relazione alla effettiva sperequazione esistente tra i coniugi.

L'eccessiva rigidità del meccanismo in questione, e la preoccupazione che la determinazione dell'assegno potesse avvenire con esclusivo riferimento alla

---

<sup>32</sup>Non tutti in sede legislativa hanno paventato la discrezionalità della magistratura, purché non evolvesse in arbitrio: "... forse non è male mettere noi stessi in guardia contro la tentazione di pensare che il legislatore possa coprire tutte le concrete ipotesi. In ogni caso e sempre, quale che sia la specificazione delle norme, e particolarmente in questa materia, una valutazione del magistrato sarà indispensabile, direi inevitabile", così la Senatrice Tedesco Tatò, Seduta antimeridiana del 17 febbraio 1987.

<sup>33</sup>Il d.d.l. 150 (presentato dalla senatrice Marinucci Mariani) fissava la percentuale nel 30% della differenza dei redditi e nel 40% in caso di coniuge del tutto privo di redditi, mentre l'attività prestata dal coniuge affidatario era valutata nel 30% del necessario per la prole; il d.d.l. 388 (Filetti) prevedeva un assegno non inferiore al quarto dei redditi dell'obbligato ed al terzo in caso di esistenza di prole; la p.d.l. 88 (Garavaglia) prevedeva un assegno non inferiore al terzo dei redditi dell'obbligato e metà in caso di esistenza di prole; il d.d.l. 840 (Salvato) fissava l'assegno nel 25% dei redditi dell'obbligato; il d.d.l. 979 (Gualtieri) prevedeva un assegno di ammontare pari al terzo della differenza di reddito od al 40% dell'unico reddito.

posizione economica del coniuge obbligato, e non anche in relazione ai bisogni del coniuge beneficiario, ne scongiurarono l'accoglimento<sup>34</sup>.

Tutte le proposte legislative, comunque, convergevano verso una funzione assistenziale dell'assegno, quale strumento volto al superamento delle difficoltà legate al reinserimento del coniuge debole nelle attività extradomestiche, ma non tutte prendevano in considerazione l'importanza dell'apporto materiale o economico dato alla famiglia. Tuttavia la mancata considerazione del contributo prestato all'andamento della famiglia segnava un regresso rispetto alla disciplina previgente, e l'accettazione della sua esclusione era legata alla comunione legale come mezzo atto a riequilibrare le sfere patrimoniali dei coniugi pervenuti al divorzio. Dunque, lì dove i coniugi avessero optato per un regime patrimoniale differente, la necessità di valutare l'apporto dato alla famiglia riemergeva.

La preoccupazione di rendere la donna partecipe delle ricchezze prodotte nella famiglia portò alla presentazione di un emendamento<sup>35</sup>, fra i tanti, il quale prevedeva che, qualora uno dei coniugi avesse dato un rilevante contributo personale ed economico alla formazione del patrimonio dell'altro in regime di separazione dei beni, il giudice gli attribuisse, su sua richiesta, una quota del patrimonio del coniuge, commisurata alla durata del matrimonio e all'entità del contributo dato, indipendentemente dalla statuizione sull'assegno periodico. L'emendamento in questione, che proponeva la modifica per intero della disciplina dell'assegno, non recava il contributo dato alla famiglia quale indice di commisurazione dell'assegno, il che avvalorava l'idea che il contributo familiare intanto aveva un peso, in quanto produttivo di utilità a cui il coniuge non partecipava; infatti ad esso si attribuiva rilevanza solo in presenza di un regime patrimoniale che non consentisse di ottenere una quota delle ricchezze che si erano accumulate, con la collaborazione di tutti i componenti la famiglia, una volta giunti allo scioglimento del matrimonio.

---

<sup>34</sup>Dice il senatore Filetti nella Seduta antimeridiana del 17 febbraio 1987: << un calcolo tassativamente indicato in ragione percentuale, specialmente quando si tratta di coppie di modesta capacità economica, potrebbe a volte creare soluzioni estremamente inique, tali da non consentire la vita all'una o all'altra parte, oppure alle due parti>>.

<sup>35</sup>L'emendamento 9.1 presentato dalla senatrice Marinucci Mariani nella seduta pomeridiana della 18 febbraio 1987.

Quanto al criterio fondato sulle ragioni della decisioni, alcune opinioni si opposero all'idea di dare nuovamente importanza al giudizio di responsabilità per la rottura del matrimonio<sup>36</sup>, mentre da alcuni gli veniva attribuito rilievo decisivo ai fini dell'attribuzione dell'assegno<sup>37</sup>.

Il primo approdo dell'*iter* legislativo relativo alla riforma della disciplina del divorzio fu segnato dal testo elaborato dal Comitato ristretto della Commissione Giustizia del Senato<sup>38</sup>, nel quale l'assegno era definito come prestazione volta ad assicurare un <<dignitoso mantenimento>>, attribuendogli, così, funzione eminentemente assistenziale.

Benché l'espressione << dignitoso mantenimento >> apparisse equivoca -infatti da un lato evocherebbe l'assegno di mantenimento in caso di separazione, commisurato per giurisprudenza consolidata al tenore di vita matrimoniale, dall'altro, l'aggettivo dignitoso farebbe pensare ad una misura al di sotto della misura predetta-, si può asserire con certezza che con il sintagma in questione non si intendeva fare riferimento al tenore di vita matrimoniale: si legge infatti nella relazione della Commissione Giustizia che accompagnava il testo di legge in questione che <<...l'assegno è diretto ad assicurare al coniuge economicamente più debole non già lo stesso tenore di vita conseguito in costanza di convivenza quanto un mantenimento dignitoso...>><sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup>Non davano rilievo al criterio risarcitorio i d.d.l. Palumbo e Filetti.

<sup>37</sup>D.d.l Gravaglia.

<sup>38</sup>Dopo la presentazione dei disegni da parte della diverse forze politiche e l'affidamento del relativo esame ad un Comitato ristretto della Commissione Giustizia del Senato (presieduto dal sen. Lipari), questo pervenne al testo finale, che venne discusso e approvato in sede referente, nelle sedute del 20 novembre 1986 e 20 gennaio 1987; portato in aula al Senato con la relazione sottoscritta dal senatore Lipari, esso è stato esaminato e approvato, con diversi emendamenti, nelle sedute del 17 e 18 febbraio 1987. Il provvedimento è stato infine trasmesso dal Senato e definitivamente approvato dalla commissione giustizia della camera dei deputati, il 3 marzo 1987, giorno in cui venne formalizzata quella crisi di governo che avrebbe condotto alla fine della IX legislatura.

Il testo originario proposto dalla Commissione Giustizia del senato recitava: << Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto, delle condizioni economiche dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio familiare e del reddito di entrambi e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli a causa della cura e dell'educazione dei figli, specie se portatori di handicap, o della sua età o di malattia o di menomazione o della oggettiva difficoltà, non per sua volontà, di svolgere un lavoro atto a consentire un dignitoso mantenimento>>.

<sup>39</sup>Dalla relazione della Commissione Giustizia, rel. Lipari, comunicata alla presidenza il 12 febbraio 1987, sui disegni di legge n. 150, 244, 388, 840, 852, 976, 1040. In un altro passo della

Gli altri indici su cui si era formata la teoria composita dell'assegno, vengono riproposti, a conferma della natura polifunzionale che si vuole continuare a mantenere per l'assegno in esame, ma il richiamo al dignitoso mantenimento segna l'intenzione di evitare l'ingenerarsi di «un meccanismo che finisse per essere di eccessivo vantaggio rispetto a un coniuge che si adagia sulle conseguenze del divorzio» evitando «la commisurazione dell'assegno di divorzio alle condizioni del soggetto pagante e non alle necessità del soggetto creditore»<sup>40</sup>.

Il cambiamento di tendenza, che si può cogliere nel testo elaborato dalla Commissione, consiste, dunque, nell'aver circoscritto l'area degli aventi diritto all'assegno a coloro i quali non si trovino, per oggettiva difficoltà, nelle condizioni di potere provvedere al proprio mantenimento, di modo che l'ex coniuge che non riesca a conseguire un'autonoma fonte di sostentamento, per ragioni strettamente attinenti alla famiglia (cura dei figli), alla condizione fisica, o alle difficoltà dell'inserimento nel mondo del lavoro, potrà contare sull'ausilio economico dell'altro.

Da taluni questa soluzione fu considerata come un buon compromesso tra l'urgenza di proporre una tutela del coniuge debole, senza fare del matrimonio quella che era chiamata una rendita di posizione, e l'importanza di tenere conto delle obiettive difficoltà dell'altro coniuge di far fronte molto spesso anche alle esigenze del nuovo nucleo familiare.

Non mancarono voci contrarie, le quali non sempre proponevano qualificazioni alternative dell'assegno, sintomo chiaro questo, dell'incapacità di governare compiutamente una materia così complessa rispetto alla quale non si avevano idee precise<sup>41</sup>. Altri interventi, in maniera più compiuta, rivendicando la necessità di

---

relazione si coglie lo sfavore per la teoria composita dell'assegno, nella funzione risarcitoria e compensativa in quanto «foriere molte volte di situazioni di pura rendita e riflettenti una concezione patrimonialistica della condizione coniugale».

<sup>40</sup>Intervento del relatore Lipari alla seduta antimeridiana del 17 febbraio 1987.

<sup>41</sup>In proposito la Senatrice Tedesco Tatò nella seduta antimeridiana del 17 febbraio 1987: «Vengo, invece, ad un problema su cui debbo sinceramente dire che siamo meno soddisfatti dei punti di approdo cui siamo giunti. Mi riferisco all'assegno cosiddetto di mantenimento. È vero, una qualificazione vera e propria della natura di questo assegno non è stata mai data, nè forse era opportuno darla; tuttavia, sinceramente lo dico al relatore con molta stima, anche se ne comprendo lo spirito non mi convince la definizione contenuta nella relazione (nel testo questa definizione non c'è) di funzione assistenziale dell'assegno. Personalmente credo che sarebbe pericoloso sposare anche la tesi di una funzione risarcitoria. In realtà, già nella legge del 1970 -non a caso si

non addossare al coniuge debole l'impoverimento che consegue al divorzio<sup>42</sup>, proponevano di innalzarne la misura, da un dignitoso mantenimento ad una entità che consentisse di continuare a godere del tenore di vita pregresso<sup>43</sup>. Se sulla necessità di responsabilizzare il coniuge, restringendo l'area degli aventi diritto, si era per lo più tutti d'accordo, il consenso non veniva raggiunto sul tipo di sussidio che doveva rappresentare l'assegno di divorzio: non era considerato ammissibile che all'ex coniuge, il quale pur lavorando non raggiungeva un reddito adeguato e tale da consentirgli la conservazione del precedente livello di vita, venisse imputato il pregiudizio discendente dal divorzio, consistente proprio nella perdita delle utilità di vita soddisfatte durante il matrimonio<sup>44</sup>.

I tempi brevi di cui disponeva la Commissione legiferante, non consentirono di trovare una soluzione concordata, che potesse tradursi in una regola precisa e completa nella determinazione dei presupposti per l'attribuzione dell'assegno di divorzio.

---

fa riferimento alle ragioni della decisione, alle condizioni economiche, al contributo dato al patrimonio di entrambi -la natura dell'assegno ha una configurazione complessa perché risente di una molteplicità di problemi. Credo che non siamo obbligati a pervenire ad una definizione, però la norma deve essere meglio riconsiderata, perché, nell'intento di rendere evidente, quasi di portare alla luce questa complessità, indiscutibilmente -non ne do la colpa a nessuno, se non a tutti noi- abbiamo messo in moto un meccanismo, quale è quello con figurato nell'articolo relativo all'assegno, che è estremamente complicato ed intricato e che, pur volendo meglio tutelare, dobbiamo saperlo, corre il serio rischio non dico di rendere la norma impraticabile, ma di paralizzare le possibilità concrete di una tutela>>.

<sup>42</sup><<Va infatti riaffermato che, se è vero che la società muta e mutano la cultura, la formazione e le aspettative delle giovani donne, sicché con il tempo si potrà realizzare quella parità delle opportunità per la quale oggi ancora lavoriamo, la realtà di oggi è ancora ben lontana da questo traguardo. In Italia ben 10 milioni e forse più di donne in età lavorativa sono, per scelta o non, casalinghe a tempo pieno; spesso hanno lasciato il lavoro per il matrimonio. Reinserirsi nella realtà occupazionale italiana, priva di sbocchi anche per le giovani e i giovani neolaureati e diplomati, è ancora pressoché impossibile; né va dimenticato che sono ancora in età di divorzio molte donne sposatesi prima dell'entrata in vigore della legge n. 898 del 1970, donne cioè che avevano investito tutto sulla speranza di un matrimonio di tutta una vita, senza alternative, né uscite di sicurezza. Precorrere i tempi significa fare ingiustizia. Mentre infatti è giusto, mediante la presente riforma, rafforzare una tendenza in atto battendo la strada secondo la quale chi è giovane, sano e senza figli può e deve vivere del proprio lavoro, purché riesca a trovare un lavoro adeguato alla sua formazione professionale e sociale, è iniquo pensare che alle altre sia dovuto dal coniuge più forte un assegno che abbia mera natura assistenziale, come dice la relazione Lipari, il che equivarrebbe a costringerle in una condizione di immeritata povertà>>: intervento della Senatrice Marinucci Mariani alla seduta pomeridiana del 17 febbraio 1987.

<sup>43</sup>Fu la senatrice Marinucci Mariani a presentare un emendamento volto alla soppressione delle parole <<dignitoso mantenimento>> alla seduta pomeridiana del 17 febbraio 1987.

<sup>44</sup>L'emendamento 9.7, proposto dalla Senatrice Marinucci Mariani, era volto a sostituire, per l'attribuzione dell'assegno, il riferimento al mantenimento dignitoso, con l'espressione <<confacente alle sue precedenti condizioni personali, familiari e sociali>>, con l'evidente scopo di garantire al coniuge debole un tenore analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

Benché un consenso sia stato raggiunto in sede legislativa, non si può dire che ciò sia stato facilitato dall'arretramento di una posizione rispetto all'altra<sup>45</sup>; prova ne è l'adozione nel testo definitivo della l. 6 marzo 1987 n. 74, quanto al riferimento a cui parametrare il pregiudizio subito dal coniuge, di una formula vaga, che per la sua relatività si attaglia a diverse interpretazioni: << il tribunale...dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive<sup>46</sup>>>.

L'adeguatezza, infatti, è un concetto vago se non riferito ad una misura di confronto, perciò pone il problema di stabilire se il giudizio di adeguatezza dei mezzi di cui l'ex coniuge dispone deve essere condotto con riferimento al tenore di vita matrimoniale o in relazione ad una vita dignitosa. Né il resto della norma chiarisce questo punto cruciale.

La norma enuncia una serie di indici di cui il tribunale deve tenere conto (le condizioni dei coniugi, le ragioni della decisione, il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, il reddito di entrambi) per disporre l'assegno di divorzio, il cui *an* però è agganciato ad una inadeguatezza di mezzi di cui non si conosce il parametro di riferimento.

Viene inoltre introdotto l'indice della <<durata del matrimonio>> quale filtro attraverso cui analizzare le componenti che concorrono alla determinazione del quantum dell'obbligazione. Su l'introduzione di questo riferimento si registrò un

---

<sup>45</sup>Anche se non mancò chi faceva notare l'improduttività di un attaccamento esasperato alle proprie convinzioni:<<Ciascuno è consapevole della delicatezza di questa normativa, ma è anche responsabilmente conscio che un eccessivo attaccamento alle proprie convinzioni, e quindi la volontà di forzare una o l'altra delle ipotesi che originariamente caratterizzavano ciascuno dei disegni di legge presentati dalle varie forze politiche, condurrebbe ad una paralisi con effetti negativi rispetto alle attese di soggetti che non sono portatori di ideologie, ma semplicemente vittime di una situazione di crisi>>. Così parlò il sen Lipari nella seduta pomeridiana del 17 febbraio 1987, probabilmente riferendosi alla Senatrice Marinucci Mariani che aveva parlato prima di lui, e la quale aveva duramente attaccato la funzione assistenziale dell'assegno.

<sup>46</sup>Il testo per esteso dell'art. 5.4 introdotto dalla l.74/1987, dispone: <<Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto, delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive>>.

largo consenso, soprattutto in riferimento alla corresponsione *una tantum* dell'assegno, il cui campo elettivo di applicazione, è nei lavori preparatori, quello dei matrimoni di breve durata<sup>47</sup>.

Per quanto riguarda la dizione, «condizioni economiche», alla fine si scelse di espungere l'espressione «economiche» perché «il riferimento alle condizioni ha una portata più lata, che non quella riferita soltanto alla dimensione economica del soggetto<sup>48</sup>».

Per converso, laddove si faceva riferimento al contributo dato da ciascuno, si aggiunse «contributo personale ed economico». Sebbene il riferimento al profilo economico venisse ripetuto più volte nel contesto della norma, si preferì la formula suddetta in quanto, già presente nel testo della legge originaria, una riduzione del dettato avrebbe potuto indurre qualche giudice in difficoltà interpretativa.

È stata, infine, eliminata, rispetto al testo originario proposto dalla Commissione Giustizia del senato, la casistica (cura e educazione della prole, specie se portatori di handicap, età, malattie o menomazioni del coniuge richiedente) delle ipotesi in cui l'impossibilità di procurarsi mezzi di sostentamento è incolpevole e dunque giustifica la concessione dell'assegno al richiedente. Tale casistica certamente era espressiva, nell'intento della Commissione, di alcuni indici di valore non insignificanti, ma per limitare le possibilità di dimenticarne qualcuno, e per lasciare al giudice maggiore discrezionalità in relazione alla situazione delle parti che possono essere estremamente variabili, si preferì eliminarla<sup>49</sup>. La specificazione «per ragioni oggettive» intende chiarire che, «laddove sussista una possibilità di lavoro effettivo, concreto e dignitoso per la donna, questa ragione dovrà essere tale da assorbire, l'obbligo del versamento»<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> «Ed è proprio a proposito dei matrimoni di breve durata che assume particolare rilevanza l'ulteriore regola relativa alla corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, previo accordo tra le parti: corresponsione con la quale cessano definitivamente le relazioni patrimoniali fra i coniugi»: così si legge nella relazione della Commissione Giustizia, cit..

<sup>48</sup>Così spiega il senatore Lipari le scelte compiute in quell'emendamento presentato nel pomeriggio del 18 febbraio, che sostitutivo per intero del testo del primo capoverso dell'art. 9 del disegno di legge della riforma, sarebbe stato approvato senza alcuna modifica.

<sup>49</sup>Spiega il senatore Lipari: «la sua eliminazione non intende essere esclusiva di quei valori, semmai intende riaffermarli in una misura che non può essere esaurita attraverso una elencazione, proprio perché le esigenze effettive sul piano dei valori e delle necessità personali non possono essere qui divinate».

<sup>50</sup>Intervento del senatore Lipari nella seduta pomeridiana del 18 febbraio.

E' per lo più questo il procedimento logico e giuridico attraverso cui si pervenne alla formulazione attuale della norma, ma in riferimento ad essa qualche perplessità ancor veniva sollevata a causa della qualificazione, più assistenziale che di mantenimento, che si evinceva anche dopo gli aggiustamenti tecnici dalla disposizione: <<l'assegno viene ad assumere soltanto carattere assistenziale, se è vero, com'è vero, che è ancorato esclusivamente all'accertamento dei mezzi che ciascuno dei coniugi possiede e dei redditi medesimi o della difficoltà di procurarsi altri redditi per sostentarsi<sup>51</sup>>>.

---

<sup>51</sup> Intervento del senatore Filetti nella seduta pomeridiana del 18 febbraio.

## Capitolo secondo

### L'ASSEGNO DI DIVORZIO: AN E QUANTUM

#### 1. L'an dell'assegno di divorzio: i <<mezzi adeguati>>

Fin dalle prime pronunce, tanto la giurisprudenza di merito quanto quella di legittimità non mancarono di rilevare il carattere innovativo dell'art. 5, comma 6 della l. div, segnalando il superamento della teoria composita a favore di quella assistenziale, la quale ancorava il diritto all'assegno di divorzio alla mancanza di mezzi adeguati.

A parte l'iniziale contrasto sorto all'interno della I sezione della Cassazione ed appianato dalle Sezioni Unite, la giurisprudenza attualmente può dirsi unanime nel ritenere che l'assegno ha funzione assistenziale e deve essere riconosciuto e determinato nel suo ammontare con riferimento al tenore di vita matrimoniale.

A questa conclusione, pacifica in giurisprudenza e largamente maggioritaria in dottrina, si è pervenuti, però, attraverso procedimenti interpretativi differenti, poiché la mancanza di una nozione di mezzi adeguati richiede che sia l'interprete a svelarne il significato.

Secondo una prima opzione interpretativa, per stabilire che cosa si debba intendere per mezzi adeguati, bisogna riferirsi al significato che viene dato all'espressione <<adeguati redditi propri>> di cui all'art. 156 c.c. in tema di separazione personale. Le due espressioni sono da considerare equivalenti, e sulla scorta dell'interpretazione che pacificamente viene data dalla giurisprudenza in tema di assegno di mantenimento, si può ritenere che i mezzi sono inadeguati se il preteso beneficiario dell'assegno non può permettersi il tenore di vita matrimoniale<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup>In questo senso Cass. 17 marzo 1989, n. 1322, in Foro it., 1990, I, 1250, la quale affronta per la prima volta in modo esplicito il problema della natura dell'assegno di divorzio. Per la verità la suprema Corte (Cass. 28 Ottobre 1987, n. 7957, in Foro it., 1988, I, 306 e Cass. 11 giugno 1988, n. 3987, in Nuova Giur. Comm., 1988, 598) si era già pronunciata sul punto, limitandosi però ad affermare la portata di *ius novum* dell'art 5 comma 6 l. div., in quanto chiamata a decidere, e lo ha fatto in senso affermativo, sull'applicazione ai giudizi in corso della nuova legge. In un passo della sentenza si legge: << in base al criterio assistenziale, non rileva lo stato di bisogno dell'avente diritto, che può essere economicamente autosufficiente ma l'apprezzabile deterioramento, in

Il ragionamento, a parte una presunta correlazione tra la separazione e il divorzio, che <<non va al di là di un superficiale confronto tra espressioni verbali avulso dal contesto in cui risultano impiegate>><sup>53</sup>, trascura di considerare le differenze strutturali fra i due istituti. Mentre con la separazione il matrimonio continua ad esistere, di modo che il dovere di contribuzione e di assistenza non possano dirsi estinti, ma solo trasformati, il divorzio lo scioglie, facendo venir meno anche tutti gli effetti che da esso scaturiscono. Inoltre il divorzio non è lo sbocco naturale della separazione, la quale potrebbe anche concludersi con una riconciliazione fra i coniugi o costituire la soluzione definitiva del rapporto.

Per quanto riguarda gli altri indici contemplati dalla norma, la teoria in esame, li considera volti a valutare la condizione del divorziato ed a meglio determinare la misura dell'assegno, sicché accertata l'adeguatezza dei mezzi, la domanda di assegno potrà essere rigettata senza esaminare gli altri elementi. Più precisamente, poiché i soli criteri a cui guardare sono le condizioni dei coniugi e il reddito di ciascuno, gli altri criteri non incideranno né sull'*an*, né sul *quantum*, ma dovranno essere considerati solo per verificare l'impossibilità del coniuge di reperire un lavoro che gli consenta di mantenersi<sup>54</sup>.

Si discosta nettamente da questo ordine di considerazioni, la teoria secondo cui l'assegno di divorzio dovrebbe garantire al coniuge divorziato un'esistenza libera e dignitosa, e non il tenore di vita pregresso.

Questa soluzione è caldeggiata inizialmente dalla Suprema Corte<sup>55</sup>, in quanto il riferimento al tenore di vita matrimoniale viene considerato dalla Corte in antitesi

---

seguito al divorzio, delle condizioni economiche del suddetto rispetto a quelle su cui, con riferimento al reddito e alle sostanze dell'altro, egli poteva contare in costanza di rapporto, e che, in via di massima, devono essere ripristinate>>.

<sup>53</sup> E. QUADRI, *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma*, in Foro it., 1990, I, 1250 il quale ritiene che creando il divorzio una netta cesura con il passato, è contraddittorio valutare l'adeguatezza dei mezzi in base al tenore di vita matrimoniale, tanto più che venuto meno lo stato coniugale la permanenza di conseguenze patrimoniali così significative, altro non sarebbe che un surrrettizio prolungamento del rapporto coniugale.

<sup>54</sup> Così A. FINOCCHIARO, *Commento all'art. 5 legge sul divorzio*, in A. Finocchiaro - M. Finocchiaro, *Diritto di Famiglia, III, Il divorzio*, Milano, 1988, ma il ragionamento è smentito dai lavori preparatori: poiché i fatti che possono incidere sulla possibilità di trovare una fonte di reddito sono sintetizzati nella formula <<ragioni oggettive>>, gli altri criteri sono volti ad una valutazione complessiva della situazione del coniuge, la quale è suscettibile di incidere sulla determinazione dell'assegno.

<sup>55</sup> Cass. 2 marzo 1990, n. 1652, in Foro it., 1990, I, 1250 che ponendosi in evidente contrasto con la precedente sentenza 17 marzo 1989, n. 1322, crea quel contrasto che poi verrà risolto dalle Sezioni Unite. La riconsiderazione del problema, a distanza temporale piuttosto ravvicinata, segnala, tra

al senso della riforma che, ispirandosi al criterio assistenziale, ha assunto a base del giudizio di inadeguatezza un'esistenza autonoma e dignitosa, <<da apprezzare alla stregua delle indicazioni provenienti, nel momento storico determinato, dalla coscienza collettiva, dunque né bloccato alla soglia di una pura sopravvivenza né eccedente il livello di normalità, quale nei casi singoli, da questa coscienza configurata e di cui il giudice deve farsi interprete<sup>56</sup>>>.

Se il tentativo di ridimensionare le aspettative del coniuge divorziato ad una vita dignitosa, sembra maggiormente in linea con l'indole della riforma che ha voluto troncarsi con l'idea del matrimonio quale espediente definitivo di sostentamento, la correlazione con la coscienza collettiva non pare felice.

Alla risoluzione di un rapporto così totalizzante, quale è il matrimonio, la natura e l'entità dei pregiudizi che si verificano e a cui il legislatore ha inteso rimediare tramite l'assegno divorzile, dipendono dal modello secondo cui si è improntata la propria vita nella famiglia: ma il modello di vita condotto nella famiglia e quello coltivato dalla coscienza sociale non coincidono necessariamente, pertanto essa appare un elemento del tutto inappropriato nel contesto della sistemazione economica dello scioglimento del matrimonio.

Il giudice, inoltre, difficilmente potrà farsi interprete della collettività; piuttosto la soluzione propugnata avrà per referente l'immagine che di caso in caso il giudice ha della collettività, se non addirittura l'ideologia di cui è portatore. Pertanto la soluzione in esame, non ha certo il pregio di diminuire la discrezionalità giudiziale, anzi comporta che essa sfoci in arbitrio, con la conseguente messa in crisi della certezza dei rapporti giuridici; inoltre sposta il problema, incentrandolo, non su cosa si debba intendere con mezzi adeguati, ma sulla determinazione del tenore di vita dignitoso secondo la coscienza sociale<sup>57</sup>.

---

l'altro, il disagio degli operatori del diritto, per un testo di legge – si è già detto- tutt'altro che chiaro.

<sup>56</sup>Nel pervenire a questa interpretazione la Corte si rifà al passo della relazione del senatore Lipari (il passo è riportato al § 2.3, cap. I, pag. 26) in cui si spiegava come l'assegno non dovesse considerarsi diretto ad assicurare il tenore di vita matrimoniale, senza considerare che quella delucidazione si riferisce ad un testo di legge che non esiste più, per essere stato profondamente modificato.

<sup>57</sup>Secondo C. IACOVINO, in Giur. It., 1990, I, 1,1741, *Assegno di divorzio e <<modelli di vita>>*, la Cassazione si sarebbe rifatta al concetto generale di assistenza sociale di cui all'art. 38 Cost. riallacciandosi al principio secondo cui ogni lavoratore deve avere una retribuzione che gli consenta un'esistenza libera e dignitosa; l'A., condividendo l'assunto della Corte, ritiene coincidente il contenuto del dovere di assistenza postmatrimoniale con il dovere generale di

Quale che sia il referente, l'aver agganciato l'assegno ad un tenore di vita diverso da quello matrimoniale, è affermazione che, secondo molti, rompe con l'orientamento formatosi sotto il vigore della disciplina originaria, il quale per la sua ricorrenza ed indubitabilità può considerarsi diritto vivente.

In questa posizione critica si collocano molte opinioni in dottrina, le quali muovono all'interpretazione fornita dalla Cassazione, il rimprovero di avere trasformato l'assegno di divorzio in prestazione alimentare<sup>58</sup>, il che sarebbe smentito dalla mancanza di un'espressa previsione in tal senso e dal richiamo di quegli indici che nessuna forza modificativa potrebbero spiegare rispetto ad una attribuzione che va individuata con il solo riferimento a ciò che è necessario alla vita.

Altro motivo di critica mosso alla Corte è stato quello di aver tracciato, con la riconducibilità dell'*an* allo stato di bisogno, una spaccatura troppo profonda tra la condizione del coniuge separato, che può far conto sulla restaurazione del tenore di vita matrimoniale, secondo la pacifica interpretazione dell'art. 156 c.c, e la condizione del coniuge divorziato che potrà pretendere un aiuto solo qualora versi in stato di bisogno, e solo per raggiungere il livello di una vita dignitosa. Ciò che lascia perplessi, sarebbe questo repentino cambiamento tra il tenore garantito durante la separazione e quello successivo al divorzio. Ma si è già rilevato in proposito, che la diversità fra separazione e divorzio, è tale da giustificare un trattamento differente fra il coniuge e l'ex coniuge.

Infatti, con la separazione personale non si può dire che il matrimonio venga sciolto, ugualmente non è sostenibile l'estinzione del dovere di assistenza

---

assistenza che grava sulla collettività in nome della solidarietà sociale, perciò nell'individuazione del parametro di determinazione dei <<mezzi adeguati>> fa riferimento alla normativa di carattere sociale, cioè quella riguardante l'assistenza e la previdenza sociale, la contrattazione collettiva sulle tariffe sindacali, la scala mobile per l'adeguamento dei salari.

<sup>58</sup>In questo senso M. C. BIANCA, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, in Riv. Dir. Civ., 1990, 538, il quale, tra l'altro sottolinea la singolarità della motivazione che riconosce al principio di solidarietà postconiugale la natura eminentemente assistenziale dell'assegno di divorzio, ma trae argomento proprio da tale natura per ridurre l'assegno al livello degli alimenti legali, e anche G. GABRIELLI, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, *idem*, 543, il quale per mostrare la ricaduta pratica del nuovo indirizzo, lo applica ad un caso eclatante: dopo venticinque anni viene sciolto un matrimonio tra un insegnante e un facoltoso imprenditore o professionista, il cui reddito supera di venti o trenta volte quello della moglie; poiché il reddito che un insegnante percepisce è comunque sufficiente ad assicurare una vita dignitosa, la moglie non avrebbe diritto all'assegno.

Ma non è da rifuggire a priori l'idea che la riforma abbia inteso operare proprio in questo senso.

materiale, il quale viene a subire delle modificazione ma non viene meno. Inoltre è lo stesso art. 156 c.c. che ripropone il richiamo alla prestazione del mantenimento<sup>59</sup>. In caso di divorzio, invece, il matrimonio si scioglie e cessa di produrre i suoi effetti, pertanto, posta la mancanza del riferimento al mantenimento, non è ammessa la ricostruzione dell'assegno di divorzio sul modello della prestazione riconosciuta al coniuge separato.

Invero la Corte ha ritenuto, con un *obiter dictum* finale, che il nuovo indirizzo dovrebbe affermarsi anche nel contesto, diverso ma omologabile, della separazione. Ma a parte la criticabile maniera di introdurre una simile nuova interpretazione di passaggio e senza alcuna motivazione, non viene neppure spiegato in che senso divorzio e separazione personale sarebbero omologabili, posta la totale diversità degli istituti<sup>60</sup>.

Tuttavia nell'assunto della giurisprudenza di legittimità l'indirizzo destinato a prendere il sopravvento è quello che ancora l'*an* e il *quantum* dell'assegno al

---

<sup>59</sup>Così T. AULETTA, *Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi* (sub art. 156 c.c.), in Commentario del codice civile, diretto da E. Gabrielli, Della Famiglia, I, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2010, 762 il quale rileva la modifica del dovere di assistenza materiale, nel passaggio dalla contribuzione al mantenimento, il quale <<si fonda dunque su criteri di giustizia e tende parimenti ad assicurare maggiore libertà nelle scelte relative all'indirizzo di vita, in quanto ciascun coniuge potrebbe rendersi maggiormente disponibile ad affrontare sacrifici economici sapendo che, nell'ipotesi in cui venisse a trovarsi in difficoltà, avrebbe la ragionevole possibilità di contare sul contributo dell'altro>>.

<sup>60</sup>E' contrario a una siffatta determinazione dell'assegno di mantenimento e di divorzio G. GABRIELLI, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, cit.; l'argomentazione giuridica su cui si fonda tale disappunto viene svolta, proprio a partire dalla disciplina della separazione personale: poiché al coniuge a cui è stata addebitata la separazione spettano gli alimenti, mentre a quello senza colpa il mantenimento, è evidente che i primi differiscono dal secondo anche per entità. Gli alimenti presuppongono la mancanza dei mezzi adeguati a fornire <<quanto sia necessario ai bisogni della vita>> ( art. 438, comma 2), pertanto il parametro dell'adeguatezza per stabilire se sia dovuta una somma a titolo di mantenimento, non può coincidere con ciò che è necessario ai bisogni della vita, piuttosto non può che essere una misura maggiore ovvero il tenore di vita matrimoniale. Ed anche se la Corte non ha inteso riferirsi alla <<soglia della pura sopravvivenza>> - aggiunge l'A.- ciò non è sufficiente a riportare l'assegno postmatrimoniale al di sopra del livello alimentare. Infatti, neppure gli alimenti sarebbero commisurati alla soglia della pura sopravvivenza (sempreché lo consentano le condizioni economiche dell'obbligato), e ciò sarebbe possibile inferire da due dati normativi: dall'art. 438, comma 3, il quale impone di tenere conto della <<posizione sociale>> dell'alimentando e dall'art. 439 c.c. che riduce l'entità della prestazione alla misura dello stretto necessario tra fratelli e sorelle.

Conseguentemente, se persino il coniuge responsabile della separazione avrà diritto a che nella determinazione della prestazione alimentare si tenga conto della sua posizione sociale, *a fortiori* il coniuge esente da responsabilità avrà diritto di continuare a godere del tenore di vita matrimoniale. Neppur nell'assegno di divorzio si potrebbe scorgere una prestazione alimentare, perché manca una simile indicazione nella norma, ed anche perché se la prestazione fosse determinata con riferimento ai bisogni della vita, si priverebbe di senso la previsione di indici modificativi.

tenore di vita matrimoniale. Ciò è attestato dalle Sezioni Unite<sup>61</sup>, le quali ritengono che nell'attribuzione dell'assegno nessun'altra ragione possa avere rilievo se non la mancanza dei mezzi adeguati, da intendersi, però, come insufficienza degli stessi a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio, insufficienza <<a soddisfare tutte le esigenze di vita, indipendentemente dallo stato di bisogno correlato ad una mera obbligazione alimentare>>. A queste conclusioni la Corte perviene, non meno che nelle sentenze precedenti, attraverso il collegamento con la giurisprudenza creatasi sotto il vigore del precedente art. 5 comma 4 l. div. Attribuita alla giurisprudenza precedente alla l. n. 74 del 1987 l'idea che con l'assegno di divorzio si dovesse ricostituire il tenore di vita matrimoniale, non è colto nessun elemento innovativo nella norma rispetto a quell'assunto. Secondo la Corte, abbandonato il riferimento al <<dignitoso mantenimento>>, il legislatore ha optato per un'espressione equivalente a quella esistente in tema di separazione personale, quindi conscio del contenuto della teoria assistenziale, l'ha accolta epurandola solo di quella connotazione polifunzionale che consentiva di elargire l'assegno anche in virtù del criterio risarcitorio e compensativo.

Il ragionamento della Corte prosegue: poiché il tenore di vita matrimoniale, rappresenta la misura da eguagliare con l'assegno, esso sancirà oltre che la nascita del diritto in sé -allorché i mezzi siano inadeguati a raggiungerlo- anche il tetto massimo della sua misura, oltre la quale non si può andare.

Gli altri criteri<sup>62</sup>, sanciti dalla norma fungono da fattore di moderazione e diminuzione della misura, e possono persino comportare l'azzeramento dell'assegno<sup>63</sup>: quanto al profilo contributivo, l'apporto del coniuge avrà un peso specifico sia se rientrante nei livelli di normalità, sia che si tratti di un grado più elevato di partecipazione; per quanto riguarda le ragioni della decisione <<può essere tutelato il coniuge non responsabile, nel senso che, se è obbligato

---

<sup>61</sup>Cass. sez. un., sent. 29 novembre 1990, n. 11490, in Foro it., 1991, I, 67.

<sup>62</sup>La Corte comprende nel criterio delle <<condizioni dei coniugi>> anche <<le condizioni sociali, di salute, l'età, le consuetudini ed il sistema di vita dipendenti dal matrimonio, il contesto sociale ed ambientale in cui si vive, dal punto di vista della loro influenza sulle capacità economiche e di guadagno di entrambi i coniugi>>.

<sup>63</sup>L'affermazione teorica secondo cui tutti gli indici possono portare all'azzeramento dell'assegno, viene poi stemperata dalla corte sul piano applicativo, infatti esemplificando l'utilizzo di ciascun criterio, riconnette solo a quello della durata del matrimonio l'effetto di precludere la concessione dello stesso.

all'assegno, questo può essere diminuito e, se invece è il titolare dell'assegno, la sua misura potrà più agevolmente essere ancorata alla conservazione del tenore di vita anteriore. Se la responsabilità del divorzio risale ad entrambi, il criterio resterà inutilizzabile<sup>64</sup>; il criterio della durata, invece, permea la valutazione degli altri elementi, nel senso che <<quanto più è lunga tanto più farà conservare all'avente diritto il livello di vita acquisito durante il matrimonio, mentre lo potrà far perdere una sua breve durata non potendone in tal caso fondarsi una legittima aspettativa di beneficiarne oltre il divorzio<sup>65</sup>>>.

Innanzitutto si può osservare che la giurisprudenza antecedente al 1987 non si è mai riferita al tenore di vita matrimoniale, ed anche quando si collegava alla funzione assistenziale dell'assegno, lo determinava in una misura tale da consentire al coniuge debole di essere economicamente autosufficiente<sup>66</sup>.

Che i criteri possano comportare l'azzeramento del diritto<sup>67</sup>, secondariamente, è conclusione in netto contrasto con la funzione esclusivamente assistenziale dell'assegno, poiché se essi possono annullare l'assegno ciò significa che il principio assistenziale viene superato da altre ragioni. Inoltre la determinazione dell'importo dell'assegno di divorzio in considerazione del tenore di vita matrimoniale, elimina quasi ogni funzione operativa degli altri criteri. Qualora

---

<sup>64</sup>La Corte non contempla l'ipotesi in cui il coniuge è responsabile della rottura: esemplificazioni al riguardo mostrerebbero come la tesi propugnata porta ad una applicazione unilaterale dei criteri: infatti, se il coniuge responsabile fosse obbligato, comunque la misura dell'assegno non potrebbe salire al di sopra di quella relativa al tenore di vita matrimoniale, se fosse responsabile il coniuge richiedente l'assegno, escluso che questo non possa non essere riconosciuto, il criterio in esame non sarebbe applicabile.

<sup>65</sup>La Corte esemplifica l'applicazione del criterio della durata spiegando che se il matrimonio, per il quale la donna ha rinunciato all'attività lavorativa, è di lunga durata, per essa sarà difficile, allo scioglimento, il suo inserimento nel mondo del lavoro.

<sup>66</sup>La giurisprudenza antecedente al 1987 si è già presa in rassegna al § 2.1, cap. I; a conferma di quanto detto si prendano in considerazione le seguenti massime giurisprudenziali: <<non è necessario lo stato di bisogno per l'attribuzione dell'assegno di divorzio, ma è necessario che a seguito dello scioglimento del matrimonio vi sia apprezzabile squilibrio e deterioramento della situazione economica di ciascun coniuge>> Trib. Bari, sent. 14 febbraio 1980, in Giur. it., 1981, I, 2, 210; << L'assegno di divorzio, anche quando sia concesso in esclusiva funzione assistenziale, ha una disciplina diversa da quella che regge l'obbligo alimentare o di mantenimento dei coniugi anche separati>>, Cass. 2 giugno 1981, n. 3549, in Giur. it., 1982, 43; <<L'assegno periodico in favore del coniuge divorziato ha natura composita, e più precisamente assistenziale, perché, attraverso la considerazione delle condizioni economiche del marito e della moglie, la legge tutela il coniuge la cui situazione economica si sia deteriorata per effetto dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio;...>> Cass. Sez. un., 9 luglio 1974, n.2008, in Dir. Fam., 1974, 635.

<sup>67</sup> Questo effetto, in realtà, viene collegato dalla Corte soltanto all'indice della durata del matrimonio; sarebbe stato più opportuno, pertanto, differenziare l'effetto di ciascun criterio già sul piano teorico.

l'assegno sia già fissato in considerazione del tenore matrimoniale, se anche a sfavore del coniuge obbligato deponessero le ragioni della decisione, nulla in più potrebbe essere riconosciuto al coniuge richiedente, è non pare sensato affermare che <<la sua misura potrà più agevolmente essere ancorata alla conservazione del tenore di vita anteriore>>. In definitiva, l'ambito operativo dei criteri o è nullo o si risolve in una applicazione unilaterale.

Determinato l'*an* dell'attribuzione nell'inadeguatezza dei mezzi atti a garantire il tenore di vita matrimoniale, il nuovo dettato normativo risulta privato di gran parte della sua portata innovativa ed espropriato di quel meccanismo di gradazione dell'importo dell'assegno in virtù della globale condizione esistenziale ed economica del coniuge, che aveva rappresentato il punto di maggiore consenso in sede legislativa.

La Corte nel prefigurare possibili obiezioni<sup>68</sup> all'indirizzo da lei affermato, ribadisce che la valutazione va compiuta con riferimento ad entrambi i coniugi e che bisogna guardare non al tenore di vita effettivo, ma alle potenzialità della famiglia, ossia <<al tenore che poteva legittimamente e ragionevolmente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio stesso, fissate al momento del divorzio>> di modo che il giudice <<dovrà tenere presente un astratto ammontare dell'assegno medesimo, in relazione a tale criterio>>.

Per quanto ponderata e bilaterale possa essere la valutazione della condizione dei coniugi, agganciato l'*an* dell'attribuzione dell'assegno al tenore di vita matrimoniale, soltanto uno potrà goderne anche se entrambi si sono impoveriti a causa del divorzio.

Queste argomentazioni sottendono la ricostruzione del divorzio come un rapporto paramatrimoniale, in cui l'equilibrio economico interno va ristrutturato, su paradigma del coniugio; in proposito si può criticamente affermare l'inconciliabilità tra il riacquisto della libertà di stato, in conseguenza dello scioglimento del vincolo coniugale, e la permanenza del tenore di vita coniugale.

---

<sup>68</sup>Le obiezioni che la Corte muove a se stessa, per poi risolverle avvalorando implicitamente il ragionamento svolto, sono: che l'autonomia economica che si intende perseguire con l'assegno non può essere correlata al tenore di vita matrimoniale, perché generalmente all'esito del divorzio segue un impoverimento di entrambi i coniugi; che il tenore goduto di fatto può essere più basso di quello consentito dalle possibilità economiche della famiglia, non consentendo, quindi, la realizzazione piena della persona nella famiglia; che il tenore di vita matrimoniale non rimane immutato nel tempo.

Inoltre, la conclusione di dovere fare riferimento non al tenore di vita concreto, ma a quello potenziale, valutati i mezzi della famiglia e le aspettative del coniuge, già affermatosi in tema di separazione<sup>69</sup> ed inaccettabile rispetto ad essa, risulta ancora più irragionevole nel contesto del divorzio: essa dischiude la prospettiva che l'accordo con i quali i coniugi in costanza di matrimonio hanno determinato l'andamento della vita familiare (come disposto dall'art 144 c.c.), possa essere messo in discussione a posteriori, ossia dissolto il matrimonio ed ad opera di un soggetto estraneo, cioè il giudice.

In ogni caso, la posizione della giurisprudenza attualmente è tanto rafforzata e stabile da potersi considerare come diritto vivente l'assunto secondo cui <<l'assegno di divorzio ha carattere esclusivamente assistenziale, atteso che la sua concessione trova presupposto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei medesimi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui si possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio<sup>70</sup>>>; il giudice <<purché ne dia sufficiente giustificazione, non è tenuto ad utilizzare tutti i suddetti moderatori, anzi può attribuire particolare rilevanza negativa ad uno o a più di essi<sup>71</sup>>>.

---

<sup>69</sup>Questo orientamento non è condiviso da T. AULETTA, *Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi*, cit. il quale ammette la pretesa a godere di un tenore più alto rispetto a quello matrimoniale solo nelle ipotesi in cui la determinazione del tenore di vita sia avvenuto in violazione di principi inderogabili, come nel caso in cui il tenore sia imposto da un coniuge o non salvaguardi adeguatamente la dignità della persona. Tale conclusione si fonda sulle seguenti argomentazioni: la soluzione proposta dalla giurisprudenza presuppone l'illegittimità della decisione con la quale le risorse disponibili in seno alla coppia non vengano destinate ai bisogni della famiglia; l'assunto è in contrasto con l'art. 144 c.c. che rimette ai coniugi le decisioni relative all'indirizzo della famiglia, fra le quali va ricondotta la decisione sulla modalità di utilizzo delle risorse disponibili; si potrebbe dubitare della legittimità di un accordo volto ad adottare un tenore di vita inferiore a quello alimentare, perché esso finirebbe con l'incidere sul diritto indisponibile alla tutela della dignità umana, ma non dell'accordo con il quale i coniugi adottano un modello di vita sobrio; la soluzione giurisprudenziale crea un ingiustificato miglioramento a favore del coniuge separato, il quale verosimilmente non ne avrebbe goduto neppure se la convivenza fosse continuata.

Codeste considerazioni possono valere *a fortiori* per la determinazione dell'assegno di divorzio, infatti, sciolto il matrimonio, la prospettiva di ricostruire il tenore di vita potenziale è plausibile, solo ove siano stati proprio i dissapori sul tenore di vita da condurre a portare alla crisi coniugale; a tale esito si potrebbe giungere valorizzando il criterio delle ragioni della decisione.

<sup>70</sup>Così Cass. 1 dicembre 1993 n.11860, in Giust. civ. Mass., 1993.; Cass. 20 dicembre 1995 n. 13017, in Mass. Giur. It, 1995; Cass. 8 ottobre 1997 n. 9758, in Giust. civ. Mass., 1997, 1783; Cass. 7 maggio 1998 n. 4617, in Fam. e dir., 1998, 6, 525; Cass. 17 marzo 2000 n. 3101, in Giust. civ. Mass., 2000, 587; Cass. 23 febbraio 2006 n. 4021, in in Giust. civ. Mass., 2006, 2.

<sup>71</sup>Così Cass. 29 ottobre 1996 n. 9439, in Fam. e dir., 1996, 6, 508 ove viene data rilevanza assorbente alla durata del matrimonio, che nel caso di specie estremamente ridotta tanto da considerarsi il matrimonio contratto per motivi utilitaristici, ha consigliato di negare il diritto

Anche la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che l'unico dato necessario affinché venga riconosciuto al coniuge debole il diritto all'assegno di divorzio, consista nella mancata adeguatezza dei mezzi a garantire il tenore di vita matrimoniale, mentre gli altri criteri legislativamente indicati degraderebbero a indici relativi alla quantificazione dell'assegno<sup>72</sup>.

In senso contrario una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto, che l'assegno vada liquidato al fine di garantire al coniuge una esistenza autonoma, libera e dignitosa<sup>73</sup>, e che gli altri criteri possano incrementare la misura dell'assegno fino al tenore di vita matrimoniale.

Dall'art. 5 comma 6 l. div e dal sistema normativo relativo alle prestazioni di sostentamento in seno alla famiglia sembra, tuttavia, possibile ricavare dei dati che si pongono in contrasto con l'interpretazione prevalente.

Innanzitutto, v'è da precisare che attribuire funzione assistenziale all'assegno di divorzio significa circoscrivere il suo ruolo ad una prestazione di soccorso al coniuge in difficoltà economica, escludendo che esso possa essere destinato esclusivamente a compensare l'apporto materiale o economico dato da un coniuge, risarcire i danni sofferti in conseguenza dello scioglimento del matrimonio o riequilibrare le condizioni economiche dei coniugi. Riconoscere

---

all'assegno; mentre la revisione dell'assegno ex art. 9 l. div. si giustifica, in base a sopravvenienze che modificano il pregresso assetto realizzato con il provvedimento sull'assegno, sempre che si accerti il nesso di causalità fra siffatte sopravvenienze e l'esistenza di una nuova situazione di bisogno, da intendersi come inadeguatezza dei mezzi al fine di assicurare la conservazione del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio: così Cass. 16 novembre 1993 n. 11326, in Mass. Giur. It., 1993.

<sup>72</sup>In questo senso M. C. BIANCA, *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: le Sezioni Unite della Cassazione hanno deciso*, in Riv. Dir. civ., 1991, II, 221; G. GABRIELLI, *L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione*, cit. *Contra* invece E. QUADRI, *La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma*, cit. il quale ritiene che creando il divorzio una netta cesura con il passato, è contraddittorio valutare l'adeguatezza dei mezzi in base al tenore di vita matrimoniale, tanto più che venuto meno lo stato coniugale la permanenza di conseguenze patrimoniali così significative, altro non sarebbe che un surrettizio prolungamento del rapporto coniugale

<sup>73</sup>; In questo senso F. DALL'ONGARO *La configurazione dell'assegno di divorzio nella l.6 marzo 1987 n.74, che ha novellato la l.1 dicembre 1970 n.898*, in Dir. fam. 1988, 432, secondo cui con l'espressione <<mezzi adeguati>> il legislatore ha inteso riferirsi <<ai bisogni dell'accipiens intesi come condizione mediana compresa tra un massimo ed un minimo entro i quali si possa oscillare in virtù dell'applicazione dei criteri determinativi>> e G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in Il codice civile commentario, fondato da P. Schlesinger e continuato da D. Busnelli, Lo scioglimento del matrimonio, a cura di G. Bonilini e F. Tommaseo, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2004, 519, il quale, tuttavia, ritiene che l'assegno di mantenimento al coniuge separato e l'assegno di divorziato, pur in presenza di presupposti genetici diversi, <<sorgono ora in base a condizioni pressoché identiche>>.

funzione assistenziale all'assegno, quindi, significa escludere che esso possa essere concesso in forza del criterio compensativo o risarcitorio.

In secondo luogo occorre tenere presente che la prestazione a carico del coniuge più abbiente è una prestazione *ex lege* a titolo gratuito, in corrispettivo della quale il debitore non riceverà alcunché.

Inoltre, con lo scioglimento del matrimonio lo *status* coniugale si dissolve, i coniugi esprimono proprio la volontà di disgiungere le loro condizioni, ovvero di rompere quella comunione di vita e di intenti che li aveva portati al matrimonio. L'assistenza reciproca fra i coniugi, la condivisione di una condizione comune, l'accordo quale strumento di gestione della vita coniugale, sono connotati del rapporto coniugale che in seguito al divorzio vengono meno.

Queste considerazioni sono inconfutabili e mettono in luce il reale conflitto d'interessi sotteso alla concessione dell'assegno di divorzio: il conflitto tra l'interesse del coniuge più abbiente alla pianificazione del suo futuro e alla libera gestione del suo patrimonio, e l'interesse del coniuge meno abbiente a continuare a godere delle risorse economiche dell'altro; esso è dunque un conflitto tra pretese ad un certo tenore di vita.

Individuando l'*an* dell'assegno di divorzio nella mancanza di mezzi adeguati, il legislatore ha inteso subordinare l'interesse del coniuge più abbiente a quello del coniuge più debole, mentre con i criteri determinativi del *quantum* ha inteso contemperarli, in quanto essi postulano un confronto tra i livelli di tenore di vita condotti dai coniugi.

La subordinazione dell'interesse del coniuge più abbiente, però, si giustifica solo se è messa a rischio la stessa dignità del coniuge in difficoltà, altrimenti resta privo di fondamento l'assunto per il quale l'interesse del coniuge debole va anteposto a quello dell'altro.

La teoria che interpreta il sintagma <<mezzi adeguati>> come insufficienza a godere del tenore di vita matrimoniale, non sembra offrire una risposta compiuta all'interrogativo circa la prevalenza dell'interesse del coniuge debole. Infatti, se l'ex coniuge in conseguenza del divorzio non ha mezzi adeguati al godimento del tenore di vita matrimoniale, ma gode di sostanze o redditi che gli consentano di vivere una esistenza libera e dignitosa, non sussistono ragioni per affermare la

prevalenza del suo interesse rispetto a quello del coniuge obbligato. Inoltre, la teoria in discorso, trascura di porre a confronto le situazioni personali ed economiche dei coniugi.

Considerati, dunque, la funzione assistenziale a cui è chiamato l'assegno, la gratuità della prestazione posta a carico del coniuge obbligato e l'effetto del divorzio consistente nello scioglimento del matrimonio, sembra preferibile ravvisare nell'assegno di divorzio una prestazione alimentare<sup>74</sup>, ovvero una prestazione di mezzi di sostentamento necessari alla vita del coniuge debole<sup>75</sup>.

Tuttavia mentre l'obbligazione alimentare deve garantire soltanto il soddisfacimento delle esigenze fondamentali di vita, senza che l'alimentato possa pretendere altro, sulla misura dell'assegno di divorzio incideranno altri criteri, tramite i quali verranno presi in considerazione interessi ulteriori rispetto alla tutela della dignità della persona. Nella considerazione di questi ulteriori interessi, sarà necessario porre a confronto le situazioni esistenziali ed economiche di entrambi i coniugi, allo scopo di contemperare i loro contrapposti interessi come suggeriscono l'elencazione dei criteri suddetti.

---

<sup>74</sup> In dottrina sostiene la natura alimentare dell'assegno di divorzio L. BARBIERA L., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, 2° ed., Zanichelli, Bologna, 2001, 7. L'A. estende questa conclusione, peraltro non argomentata, anche all'assegno di mantenimento nel contesto della separazione personale tra i coniugi.

<sup>75</sup> Sembra propendere per tale conclusione anche l'art. 9bis l. div. in quanto esso prevede a favore del coniuge debole, <<qualora versi in stato di bisogno>>, il diritto alla corresponsione periodica di somme di denaro a carico dell'eredità dell'ex coniuge defunto, obbligato all'assegno di divorzio; da essa si ricava la preoccupazione del legislatore di sopperire alla difficoltà economica dell'ex coniuge per il tempo in cui l'obbligato all'assegno cessa di vivere; difficoltà economica che deve concretarsi in uno stato di bisogno. Tuttavia, l'argomento -non si nega- è debole: benché con riferimento all'assegno successorio a carico dell'eredità -prestazione differente dall'assegno di divorzio (il quale viene meno con la morte dell'obbligato) e dotato di propri presupposti di nascita- si richieda lo <<stato di bisogno>>, non può attribuirsi all'espressione un significato tecnico, considerato il contesto normativo nel quale il significato delle parole non è stato certo pesato.

Potrebbe deporre a favore di questa ricostruzione, anche l'art. 9 l. div., il quale prevede che <<qualora sopravvengano giustificati motivi>> il tribunale può disporre la revisione delle disposizioni relative alla misura dell'assegno di divorzio, analogamente a quanto prevede l'art. 440 c.c. in tema di alimenti. Si potrebbe ritenere infatti che l'esigenza che sta alla base delle due disposizioni è la medesima, ossia quella di adeguare la prestazione alle esigenze del creditore, proprio perché la funzione degli istituti in discorso è la stessa: quella di sopperire ai bisogni primari della vita del soggetto bisognoso. E' inconfindabile che l'adeguamento della prestazione alle esigenze del beneficiario, è regola applicabile a tutte le prestazioni di sostentamento, tuttavia v'è da chiedersi cosa avrebbe comportato la mancanza di tale previsione, in un panorama di opinioni, che tendono a riconoscere il carattere della disponibilità dell'assegno di divorzio ed ad assimilarlo alla prestazione di mantenimento. Non sembra peregrino, allora, sostenere che l'art. 9 l. div., sebbene non fondante la soluzione proposta, quantomeno ne costituisce conferma.

Infatti fra lo stato di bisogno e il godimento del tenore di vita matrimoniale, possono darsi numerosi livelli di esistenza dignitosa; il livello di vita che l'assegno in concreto dovrà consentire sarà determinato da una valutazione complessiva degli interessi che vengono in rilievo allo scioglimento del matrimonio.

La legge imponendo all'ex coniuge la corresponsione dell'assegno di divorzio ha, quindi, inteso introdurre un obbligo di sostentamento che può consistere in una prestazione economicamente più elevata rispetto a quella alimentare, ma la cui funzione precipua rimane alimentare.

Riconoscere funzione alimentare all'assegno di divorzio, comporta l'estensione ad esso della disciplina degli alimenti<sup>76</sup>, giacché in entrambi gli istituti sono ravvisabili gli stessi connotati fondamentali: gratuità della prestazione, imposizione *ex lege*, destinazione della prestazione a sopperire ad uno stato di bisogno, vincolo di solidarietà intercorrente fra il creditore e il debitore, attuale negli alimenti, in considerazione del vincolo pregresso nell'assegno di divorzio.

---

<sup>76</sup>Ciò posto, per la determinazione dell'*an* e del *quantum* dell'assegno di divorzio dovrebbe farsi riferimento al dettato dell'art. 438 c.c. il quale statuisce che gli alimenti devono essere proporzionati ai bisogni del coniuge debole, senza superare quanto è necessario alla sua vita e tenuto conto della sua posizione sociale. Quindi l'assegno dovrebbe consentire di soddisfare le esigenze di vitto, alloggio, vestiario, cure mediche, bisogni culturali purché <<realmente avvertiti anche se non funzionalizzati all'attività di lavoro>> ed anche gli svaghi, seguendo la tesi di T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 57 il quale ai fini di distinguere la misura alimentare del necessario e dello stretto necessario – che è dovuta tra fratelli e sorelle e che pertanto non riguarderebbe l'assegno da prestare fra gli ex coniugi- distingue fra tipi di bisogno e livello di soddisfacimento degli stessi.

Per ciò che attiene ai tipi di bisogno rimarrebbero esclusi dalla misura dello stretto necessario quelli non indispensabili per assicurare una vita dignitosa, ad esempio i bisogni di svago i quali, invece, sono compresi nella misura del c.d. necessario; per ciò che attiene il livello di soddisfacimento dei bisogni, <<la natura dei bisogni fondamentali di vita consente una graduazione di soddisfacimento atta ad assicurare livelli diversi di vita dignitosa quali sono quelli indicati dalla legge con le espressioni “necessario” e “stretto necessario”>>: così T. AULETTA, *idem*, 58.

Quanto al peso che la posizione sociale del creditore potrebbe avere nella determinazione dell'assegno, la dottrina ha sollevato dubbi di costituzionalità in riferimento alla norma, poiché non sarebbe rispettato il principio di uguaglianza qualora si ritenesse che colui che gode di una posizione sociale elevata abbia esigenze ulteriori e maggiori di un soggetto che appartiene ad un livello sociale peggiore, mentre l'indice della posizione sociale non potrebbe spiegarsi con una lesione della dignità della persona, <<è da contestare, infatti, che secondo i principi dell'ordinamento la dignità umana venga lesa da un abbassamento del tenore di vita goduto prima del dissesto economico>>: così T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, 9° ed., Torino, 2008, 107.

### **1.1. L'incapacità di procurarsi mezzi adeguati e possibilità dell'obbligato**

L'interpretazione del sintagma <<mezzi adeguati>> è questione cruciale nella disciplina dell'assegno di divorzio, poiché da essa dipende al contempo la condizione di nascita dell'assegno e la determinazione della sua misura. La giurisprudenza, si è visto, ha concentrato i suoi sforzi su questa nozione, tralasciando tuttavia di considerare adeguatamente gli altri presupposti legali dell'assegno di divorzio: l'impossibilità di procurarsi i mezzi adeguati <<per ragioni oggettive>> e la possibilità economica del coniuge obbligato.

Che la possibilità economica del coniuge obbligato sia un presupposto indefettibile dell'assegno postmatrimoniale si ricava dalle espressioni <<condizioni dei coniugi>> e <<reddito di entrambi>> presenti nel testo di legge. Benché tali espressioni siano inserite tra i criteri volti alla determinazione dell'importo dell'assegno, in realtà l'indagine sulle condizioni e sui redditi dei coniugi risulta prioritaria al fine di comprendere se l'obbligato possa sostenere il peso dell'assegno e se il richiedente sia sprovvisto di mezzi adeguati e non possa procurarseli, sicché essa risulta assorbita nella verifica sull'*an* dell'assegno stesso. Quanto al significato delle espressioni utilizzate, per condizioni dei coniugi sono da intendersi le caratteristiche individuali, tutti i requisiti o le qualità che attengono alla sfera personale dell'individuo; con il termine reddito intende farsi riferimento alla situazione economica e patrimoniale del soggetto. E' evidente che tanto l'uno quanto l'altro fattore incidano sulla valutazione comparativa delle situazioni in cui versano i coniugi.

Rispetto al sintagma <<mezzi adeguati>> la giurisprudenza ha precisato che l'espressione mezzi si riferisce non solo all'entità dei redditi, ma anche al valore dei cespiti patrimoniali, anche se improduttivi di reddito, poiché la loro alienazione o cessione in godimento a terzi potrebbe consentire al titolare di ricavare mezzi di sostentamento<sup>77</sup>.

Secondo alcuni non sarebbe possibile, tuttavia, negare il diritto all'assegno all'ex coniuge sul presupposto che la vendita dei beni di cui è titolare potrebbe

---

<sup>77</sup>In questo senso Cass. 29 ottobre 1999, n. 12182, in *Corr. Giur.*, 2000, 16; in dottrina C. M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. 898/1970*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, VI, 1, CEDAM, Padova, 1993, 326 e G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 527.

consentirgli un tenore di vita anche agiato; piuttosto, assodata la mancanza di mezzi adeguati, tale possibilità inciderà sull'altro presupposto di nascita dell'assegno di divorzio, ovvero sull'impossibilità per ragioni oggettive di procurarseli.

A tal proposito è stato osservato che detta impossibilità vada giudicata <<secondo il criterio della colpa>><sup>78</sup>, nel senso che dovrebbero valutarsi, in base al criterio della normale diligenza, la potenzialità economica del patrimonio dell'ex coniuge richiedente l'assegno e la sua capacità di lavoro.

Secondo l'opinione in discorso, per quanto attiene alle potenzialità patrimoniali del coniuge, dovrebbe farsi riferimento al reddito realizzabile attraverso una gestione normalmente diligente, pertanto la titolarità di un bene, produttivo di reddito o meno, non comporta né la mancanza di mezzi adeguati, né che il coniuge sia economicamente autosufficiente, in quanto esaminato l'assetto qualitativo e quantitativo del patrimonio del coniuge debole, bisognerebbe verificare se l'improduttività dipenda da inerzia o negligenza del titolare o sia conforme ad un normale criterio di amministrazione patrimoniale.

Per ciò che concerne la capacità di lavoro, occorrerà valutare l'effettiva possibilità di svolgimento di un'attività lavorativa retribuita, avuto conto << delle concrete circostanze personali, familiari, ambientali di inserimento della persona in un'attività confacente alle proprie attitudini>><sup>79</sup>.

Ragioni oggettive per le quali si è ritenuto impossibile lo svolgimento di un'attività lavorativa sono l'età<sup>80</sup> e il cattivo stato di salute, la presenza di figli minori conviventi bisognosi di cura o di figli maggiori che versino in condizioni di salute tali da rendere necessaria l'assistenza del genitore<sup>81</sup>.

La giurisprudenza più recente, inoltre, ritiene che <<l'impossibilità di "procurarsi gli adeguati mezzi di sostentamento per ragioni obbiettive" costituisce ipotesi non

---

<sup>78</sup>C. M. BIANCA, *idem*, 329.

<sup>79</sup>Così C. M. BIANCA, *idem*, 328.

<sup>80</sup> Anche quando non avanzata, considerata unitamente ad altre circostanze, spesso è considerata una ragione oggettiva che impedisce lo svolgimento di attività lavorativa: <<l'età (donna ultracinquantenne), la titolarità di un modesto titolo di studio (licenza media) e l'assenza di specifiche qualificazioni professionali costituiscono ragioni oggettive atte a rendere non colmabile la sperequazione economica di favore del coniuge e derivante dal modesto reddito percepito quale dipendente di una impresa di pulizie>>, così App. Roma, 24 aprile 2007, in InfoUtet, ed. 5-2009.

<sup>81</sup>Cass. 17 gennaio 2002, n. 432, in Fam. e dir., 2002, 3, 317 e Cass. 13 febbraio 2006, n.3030, in Giust. civ. Mass., 2006, 4.

già alternativa, ma meramente esplicativa rispetto a quella della mancanza assoluta di tali mezzi, dovendosi, pertanto, trattare di impossibilità di ottenere mezzi tali da consentire il raggiungimento non già della mera autosufficienza economica, ma di un tenore di vita sostanzialmente non diverso rispetto a quello goduto in costanza di matrimonio>><sup>82</sup>. Anche l'esigenza di completamento della propria attività di studio al fine di acquisire competenze professionali viene ritenuta causa che impedisce per ragioni oggettive di procurarsi mezzi adeguati<sup>83</sup>; mentre il possesso di un titolo di studi astrattamente idoneo a garantire un lavoro remunerativo, non potrebbe escludere l'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati<sup>84</sup>. Non avrebbe alcun peso, invece, la posizione sociale del coniuge acquisita con il matrimonio, il quale è ormai venuto meno<sup>85</sup>.

Secondo questa tesi, dunque al coniuge debole è richiesto di reperire una autonoma fonte di sostentamento, ma l'insufficienza economica che non dipenda da sua colpa non inciderà sulla legittimità della pretesa all'assegno; il coniuge più abbiente sarà responsabile del sostentamento dell'altro, non solo, dunque, quando eventi indipendenti dalla volontà del creditore impediscano di reperire una fonte

---

<sup>82</sup> Alla luce di tali principi, Cass. 26 febbraio 1998, n. 2087, in Giust. civ. Mass., 1998,439 ha cassato la sentenza del giudice di merito che aveva negato il diritto all'assegno divorzile, affermando che la richiedente, residente nell'area napoletana, essendo nel pieno delle sue energie fisiche e mentali, aveva la astratta possibilità di inserirsi in qualsiasi lavoro conforme alle sue capacità ed al patrimonio culturale acquisito con gli studi universitari, non ancora completati, senza compiere alcun accertamento circa la concreta possibilità di reperimento di un'attività lavorativa tale da non deteriorare il tenore di vita antecedente della donna; nello stesso senso App. Roma 16 gennaio 2008, Il merito, 2008, 10, 31 :<< Al fine del riconoscimento e della determinazione dell'assegno di divorzio, la possibilità di procurarsi mezzi adeguati attraverso lo svolgimento di un'attività lavorativa non può prescindere dal tenore dei vita avuto in costanza di matrimonio, con la conseguenza che non può ritenersi adeguata qualsiasi attività lavorativa, astrattamente esercitabile dal coniuge privo di altri redditi (nella specie, in considerazione dell'elevata condizione economica e sociale della famiglia, è stata ritenuta irrilevante l'astratta possibilità di svolgere lavori di pulizia o di assistenza generica)>>.

<sup>83</sup> Così F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987*, in Nuove leggi civ. comm., 1987, 910 e G. BONILINI *L'assegno post-matrimoniale* cit. il quale prospetta, proprio in relazione a questa ipotesi, l'attribuzione di un assegno postmatrimoniale a termine.

<sup>84</sup> In questo senso Cass. 29 marzo 2006, n.7117, in Giust. civ. Mass., 2006, 3, in cui viene cassata la sentenza che si era basata, oltre che sui redditi reali dei coniugi, soprattutto su quelli virtuali, considerando, quale circostanza decisiva, il fatto che la laurea della donna potrebbe consentire un'entrata di due, tre milioni al mese.

<sup>85</sup> Così C. M. Bianca, *Commento all'art. 5 L. 898/1970*, cit., ma si può osservare che non appare del tutto coerente, asserire da un lato, che l'assegno deve tendere a garantire il tenore di vita matrimoniale e dall'altro, che la posizione sociale acquisita con il matrimonio non incide sulla valutazione circa l'impossibilità di procurarsi una fonte di sostentamento. Inoltre la giurisprudenza nel condurre il giudizio sull'impossibilità di procurarsi mezzi adeguati fa riferimento a << gli elementi soggettivi e oggettivi del caso di specie, in rapporto ad ogni fattore economico, sociale, individuale, ambientale, territoriale>> così App. Roma 16 gennaio 2008 cit., Cass. 16 luglio 2004, n. 13169, in Guida al diritto, 2005, 2, 21 e Cass. 22 febbraio 2006 n. 3838, in Mass. Giur. It., 2006.

di reddito (ad es. la malattia invalidante del coniuge debole o la crisi del mercato del lavoro), ma anche quando l'insufficienza economica del coniuge debole sia causata da sue scelte, purché conformi al canone della diligenza. Si pensi all'ipotesi in cui il coniuge debole non riesca ad inserirsi nel settore di sua specifica competenza, o all'ipotesi in cui l'abbassamento dei prezzi di mercato di un bene ne sconsigli l'alienazione.

Tuttavia ci si può chiedere se con il sintagma <<ragioni oggettive>>, il legislatore non abbia voluto pretendere dal coniuge avente diritto all'assegno una condotta che vada al di là dello sforzo diligente, introducendo un criterio di imputazione delle evenienze che impediscono di trovare una autonoma fonte di sostentamento diverso da quello della colpa, in modo che il coniuge più abbiente si trovi onerato del soddisfacimento dei bisogni dell'altro solo nel caso in cui sia impossibile trovare una fonte di reddito, per eventi del tutto estranei alla sfera di controllo del coniuge debole.

Già sul piano letterale, l'espressione <<ragioni oggettive>> che impediscono al coniuge di procurarsi mezzi adeguati, significa che l'insufficienza dei mezzi è giustificata solo se dipende da fattori esterni rispetto ai quali il coniuge debole non può ovviare in alcun modo.

Anche la storia della norme sembra deporre in questo senso, infatti nel disegno originario della legge gli eventi che giustificavano l'impossibilità di reperire mezzi adeguati erano da un lato eventi strettamente legati alla famiglia (la cura della prole, specie se portatrice di handicap), dall'altro eventi che rendevano oggettivamente impossibile svolgere un lavoro (età, malattia, menomazione)<sup>86</sup>; certamente il testo della norma è stato cambiato a favore di una formula più elastica che lasci al giudice maggiore discrezionalità, ma non per ricomprendervi ipotesi diverse da quelle di oggettiva impossibilità di reperire una fonte di sostentamento<sup>87</sup>.

Tra l'altro l'assunto per il quale le ragioni che impediscono di procurare mezzi adeguati debbano essere valutate secondo il criterio della colpa non solo non sembra attendibile rispetto all'attuale previsione di legge, ma risulta inconciliabile

---

<sup>86</sup>Inoltre, in un passo della relazione del sen. Lipari, che accompagnava il disegno di legge, si parla di <<impossibilità oggettive di inserimento nel mondo del lavoro>>

<sup>87</sup>Si vedano nota n. 50 e il testo a pag. 49.

con la determinazione dell'assegno in riferimento al tenore di vita matrimoniale: non sembrerebbe sostenibile che il coniuge che aspira non ad una vita dignitosa ma al più elevato tenore di vita matrimoniale, pretenda di averlo garantito dall'altro, perché non ha completato la preparazione professionale, non ha trovato un lavoro confacente alle sue attitudini o che gli consenta di godere un tenore di vita elevato, o per non subire la diminuzione o la conversione del patrimonio personale.

Per queste ragioni sembra conforme al dettato normativo, nonché alle intenzioni del legislatore, pretendere dal coniuge debole il massimo sforzo per sottrarsi dall'indigenza in cui versi. Del resto, l'interpretazione prospettata mostra la corrispondenza di discipline tra l'assegno di divorzio e la prestazione alimentare confortando la qualificazione del primo in termini alimentari e rende altresì coerente l'applicazione ad esso della disciplina prevista con riferimento allo <<stato di bisogno>> dell'alimentato.

Pertanto, posto che gli alimenti non hanno la funzione di preservare il patrimonio<sup>88</sup>, si dovrebbe ritenere che l'ex coniuge sia tenuto ad alienare i suoi beni, escluso il caso in cui ciò potrebbe aggravare il suo dissesto, con nocumento anche delle ragioni dell'obbligato<sup>89</sup>; la capacità lavorativa non potrebbe essere giudicata in riferimento alle inclinazioni intellettive del coniuge debole<sup>90</sup>, semmai alla formazione professionale, nel senso che non si potrebbe pretendere dal coniuge bisognoso lo svolgimento di un'attività lavorativa per la quale non abbia

---

<sup>88</sup> In questo senso T. AULETTA, *Alimenti e solidarietà familiare*, cit., 50, il quale individua i seguenti principi direttivi nel giudizio sullo stato di bisogno dell'alimentato: a) gli alimenti non hanno lo scopo di <<salvare l'ultimo resto del patrimonio dell'alimentando>>; b) << i mezzi patrimoniali dell'alimentato devono essere gestiti al meglio per non aggravare lo stato di bisogno e per non rendere definitivo uno stato di bisogno che può essere temporaneo>>.

<sup>89</sup> Pertanto sarebbe possibile << concedere gli alimenti per il tempo necessario ( e relativamente breve) a che un bene inizi a produrre reddito ovvero lo stesso non venga venduto a prezzo vile, superando una crisi temporanea di mercato, ovvero perché un credito venga integralmente recuperato ovvero perché l'alimentato trovi un lavoro remunerativo. Il bisogno può ancora ritenersi esistente quando vi siano beni dai quali possa ricavarsi un corrispettivo che non consenta di superare in maniera apprezzabile il bisogno e quindi di mutare sostanzialmente la situazione dell'indigente>>, T. AULETTA, *idem*, 51. Riconosciuta funzione alimentare all'assegno di divorzio, queste conclusioni possono essere applicate *sic et simpliciter*.

<sup>90</sup> Per T. AULETTA, *idem*, 53 la tesi secondo cui la capacità di lavoro dell'alimentato andrebbe valutata in riferimento alla posizione sociale e alla capacità intellettuale del soggetto è inaccettabile <<perché non tiene conto dell'onerosità dell'obbligo alimentare, crea un'ingiustificata discriminazione fra i soggetti, in contrasto col principio costituzionale di uguaglianza>>.

le competenze o del tutto divergente dalla propria preparazione professionale, benché maggiormente remunerativa.

Inoltre, posta la funzione assistenziale dell'assegno, ancorché lo stato di bisogno sia stato causato da dolo o colpa del coniuge debole, comunque il diritto all'assegno sarebbe riconoscibile<sup>91</sup>.

Per ciò che concerne l'impossibilità discendente dall'impegno di assistenza nei confronti della prole, occorre tenere conto dei principi introdotti con l'affidamento condiviso, di modo che nelle ipotesi in cui esso si risolva in una paritaria condivisione dell'impegno che la cura dei figli comporta, ciascun coniuge avrebbe maggiori possibilità di organizzare la propria vita anche in funzione di una attività lavorativa extradomestica<sup>92</sup>.

L'altro presupposto dell'assegno di divorzio va colto nella possibilità economica del coniuge obbligato.

Sebbene tale considerazione possa dirsi ovvia, tanto più che essa viene uniformemente accolta, in realtà non sempre la giurisprudenza ha prestato la dovuta attenzione alle condizioni economiche dell'obbligato, dando luogo a situazioni in cui la corresponsione dell'assegno di divorzio ha comportato per l'obbligato la discesa ad un tenore di vita molto al di sotto di quello matrimoniale, quasi alla soglia della sopravvivenza<sup>93</sup>.

La convinzione che il coniuge debole sia in ogni caso la donna, talvolta ha portato al rigetto della domanda di assegno di divorzio proposta dal marito, sebbene la

---

<sup>91</sup> In questo senso T. AULETTA, *idem*, 54; si dovrebbe prescindere da un giudizio di riprovevolezza della condotta del coniuge richiedente il quale ha colposamente prodotto il suo stato di bisogno, consistente nell'abbassamento del tenore di vita matrimoniale, anche per C. M. BIANCA., *Commento all'art. 5 L. 898/1970*, cit.

<sup>92</sup> Coglie nell'affidamento condiviso un indice che fa venir meno o riduce <<l'esigenza di controbilanciare attraverso l'assegno di mantenimento o l'assegno di divorzio quella situazione di svantaggio nella quale colui che si prende prevalentemente cura dei figli normalmente si trova in seguito al divorzio>> E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, Milano, Ipsoa, 2007, 262. Ma tale circostanza, già presa in considerazione dal legislatore in riferimento alla disciplina del mantenimento dei figli, più che comportare la riduzione dell'ammontare dell'assegno di divorzio, appare incidere sul giudizio di impossibilità di procurarsi mezzi adeguati.

<sup>93</sup> Alcuni dati statistici pubblicati dalla rivista Guida al diritto, *Famiglia e minori*, 4, 2010 mostrano come a fronte di un reddito di 1.130 €, gli assegni a favore del coniuge debole vengono liquidati nella misura di € 580, rimanendo al coniuge obbligato un residuo di 530 €. Al fine di evitare il sensibile aggravio delle condizioni patrimoniali del coniuge obbligato, la dottrina precisa che l'assegno di divorzio liquidato ex ante nella misura atta a garantire il tenore di vita matrimoniale, potrà essere diminuito, fino ad estinguersi nel caso in cui le condizioni economiche dei due coniugi diventino equivalenti: così Bianca op. cit.

moglie godesse di una situazione economica assai più florida rispetto a quella dell'altro coniuge<sup>94</sup>.

Per ciò che concerne il giudizio sulla possibilità economica del coniuge obbligato, secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie<sup>95</sup>, dovrebbero considerarsi anche gli immobili improduttivi di reddito di cui egli è proprietario; di contro, secondo una posizione giurisprudenziale più risalente si deve tenere conto esclusivamente del reddito percepito dal coniuge obbligato, non potendo essere imposta l'alienazione dei beni di cui egli è titolare, al fine di un diverso e più utile reimpiego per la produzione di un maggior reddito, adeguato a soddisfare i bisogni di se stesso e dell'ex coniuge<sup>96</sup>.

Si aggiunga che secondo una recente tendenza giurisprudenziale, nella determinazione dell'importo dell'assegno di divorzio <<occorre tenere conto degli eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiede l'assegno, qualora costituiscono sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio, mentre non possono essere valutati i miglioramenti che scaturiscono da eventi autonomi, non collegati alla situazione di fatto e alle aspettative maturate nel corso del matrimonio e aventi carattere di eccezionalità, in quanto connessi a circostanze ed eventi del tutto occasionali e imprevedibili>><sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Per un caso estremo in tema di assegno di mantenimento si veda Trib. Roma 22 gennaio 2010, in Fam. e min., 4, 2010, 14: alla moglie, proprietaria della casa dove abita e titolare di un reddito di 1.600 euro mensili, viene assegnata la casa familiare, mentre viene respinta la domanda di riconoscimento dell'assegno di mantenimento proposta dal marito, titolare di un reddito di 960 euro, dal quale vanno sottratti la spesa per il canone di locazione pari a 600 euro e l'assegno di mantenimento (pari a 150 euro) a favore del figlio, a cui aggiungere il 50 % delle spese straordinarie. Ammettendo che quest'ultimo contributo ammonti a 100 euro, al ricorrente residuano 110 euro al mese, con i quali dovrebbe provvedere alla sue esigenze e a quelle del figlio per la parte che direttamente gli compete.

<sup>95</sup> Cass. 29 ottobre 1998, n. 10801, in Giust. civ. Mass., 1998, 2211 e Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in I Contratti, 1998, 5, 472 secondo cui <<ai fini dell'attribuzione e della quantificazione dell'assegno di divorzio concorrono alla determinazione dello status patrimoniale dei coniugi anche i cespiti immobiliari non produttivi di reddito, perché detti cespiti, oltre ad essere comunque idonei ad assicurare benefici di rilevanza patrimoniale al loro titolare (es. per la maggiore facilità del credito e delle sue condizioni), rappresentano un'entità che può essere resa liquida>>; in dottrina A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Il diritto di famiglia*, cit., per il quale i criteri di determinazione della situazione economica del coniuge beneficiario dell'assegno dovrebbero essere utilizzati anche in riferimento al coniuge obbligato. Devono essere compresi nel reddito utile per la determinazione dell'importo dell'assegno di divorzio anche la pensione di invalidità e gli assegni ad essa connessi, l'indennità di accompagnamento secondo Cass. 14 agosto 1997, n. 7629, in Fam. e dir., 1998, 79.

<sup>96</sup> Cass. 26 febbraio 1980 n.1325, in Giust. Civ. Rep. 1980, v. Divorzio, 52.

<sup>97</sup> Cass. 17 novembre 2006, n. 24496, in Giust. Civ. Mass., 2006, 11 e Cass. 8 ottobre 2008, n.

L'orientamento esposto viene condiviso da una parte della dottrina soltanto con riferimento ai casi in cui il coniuge economicamente debole abbia dedicato molti anni alla cura della famiglia o nelle ipotesi in cui, anche dopo un matrimonio di breve durata, uno dei due coniugi assuma la veste di genitore prevalente, mentre se il matrimonio è stato di breve durata o se da esso non sono nati figli <<appare inappropriata l'idea di mantenere fra gli ex coniugi un'interdipendenza che si protrarrà per un tempo largamente più esteso rispetto a quello della limitata durata del matrimonio<sup>98</sup>>>. In questi casi viene, al contrario proposto di pensare all'assegno di divorzio come ad una << assistenza "riabilitativa">><sup>99</sup> eliminando o limitando posizioni di dipendenza reciproca.

In proposito si può osservare che comprendere nel giudizio sulla possibilità economica del coniuge obbligato il valore dei suoi beni, anche se improduttivi di reddito, significherebbe pretendere dal coniuge l'alienazione degli stessi o il compimento di investimenti maggiormente produttivi di reddito, con evidente compressione della sua libertà personale.

All'ex coniuge che in seguito al divorzio si trovi in una posizione di superiorità economica rispetto all'altro, non può negarsi il diritto a compiere le scelte economiche o esistenziali che reputa convenienti per se stesso; si può onerarolo del sostentamento dell'altro quando i suoi redditi ed i suoi risparmi siano sufficienti a soddisfare, oltre i propri bisogni ad un livello che consenta una certa agiatezza, anche i bisogni essenziali dell'altro, e poiché il meccanismo di determinazione

---

24858, in Fam. e dir., 2009, 4, 335 secondo cui non possono essere considerati i miglioramenti economici relativi all'attività di lavoro subordinato svolta da ciascun coniuge durante la convivenza matrimoniale, i quali costituiscono evoluzione normale e prevedibile, ancorché non certa, del rapporto di lavoro. Secondo Cass. 26 settembre 2007, n. 20204, in Fam. e dir., 2008, 5, 475 invece il passaggio da lavoratore dipendente a libero professionista costituirebbe evoluzione lavorativa imprevedibile e, dunque, non valutabile ai fini di determinazione dell'assegno. Da ultimo Cass. 19 novembre 2010, n. 23508, in Fam. e dir., 5, 2011, 450 in cui da un lato si ritiene che le aspettative ereditarie sino al momento dell'apertura della successione sono prive di valenza sul tenore di vita matrimoniale, dall'altro che il miglioramento della disponibilità patrimoniale per via ereditaria deve essere preso in considerazione con riferimento al reddito dell'obbligato. *Contra* Cass. 10 giugno 1997, n. 5194 in Fam. e dir., 1997, 6, 577 e Cass. 20 dicembre 1995, n. 13017, in Mass. Giur. It., 1995 secondo cui l'assegno di divorzio è diretto ad evitare il deterioramento delle condizioni economiche esistenti in costanza di matrimonio, <<non già ad assicurare i vantaggi derivanti dalla possibilità di partecipare agli eventuali miglioramenti della situazione economica dell'ex coniuge, successivi alla cessazione della convivenza>>.

<sup>98</sup> E. AL MUREDEN, *Gli incrementi reddituali del coniuge obbligato ed i loro riflessi sull'assegno divorzile: dal criterio della prevedibilità a quello dell'incidenza proporzionale alla durata del matrimonio?*, in Fam. e dir., 2011, 5, 458.

<sup>99</sup> E. AL MUREDEN, *idem*.

della misura dell'assegno post-matrimoniale postula una comparazione fra le posizioni economiche dei coniugi, se il coniuge più abbiente gode di una buona disponibilità economica, l'altro potrà avanzare pretese maggiori quando i criteri di quantificazione previsti dalla norma depongano a suo favore.

Quanto all'esigenza di tenere in considerazione la lunga durata del matrimonio o i compiti di cura della prole, la loro rilevanza non è ignorata dal legislatore ma affidata a regole diverse: la durata del matrimonio quale indice contemplato dall'art. 5, comma 6, l. div. e la disciplina sul mantenimento dei figli contenuta all'art. 155 c.c., e si può fin d'ora precisare che non sembra opportuno sovrapporre discipline che hanno fini ed oggetti differenti, infatti, -come si avrà modo di osservare- una cosa è la capacità economica dell'obbligato, altra l'obbligo di cura dei figli e il profilo della durata della vita matrimoniale, alla quale, peraltro il legislatore ha deferito una funzione tutt'altro che agevole da individuare

Per ciò che concerne la partecipazione del coniuge debole agli eventuali miglioramenti intervenuti nella condizione del coniuge forte, essa è prospettabile solo nell'ottica in cui sopravvengano <<giustificati motivi>> che consentano la revisione dell'assegno, secondo il dettato dell'art. 9 l.div: se la situazione di bisogno del coniuge debole si aggrava, migliorata la condizione economica del coniuge obbligato, il primo potrà chiedere l'aumento dell'assegno di divorzio; se la mediocre situazione economica del coniuge forte non consentiva il soddisfacimento dei bisogni primari del creditore, o ne consentiva il soddisfacimento ad un livello molto modesto, accresciute le entrate del primo, il secondo potrà chiedere la revisione dell'assegno.

Fuori dalle ipotesi in cui il coniuge debole lamenta il mancato soddisfacimento delle esigenze fondamentali o la corresponsione di un importo congruo in base ai criteri determinativi previsti dalla norma, la partecipazione alle fortune dell'altro è da escludere, poiché in seguito al divorzio gli ex coniugi conducono esistenze separate e ciascuno destinerà le proprie risorse a scopi esterni alla famiglia dando soddisfazioni a esigenze personali e pianificando le proprie decisioni economiche in base a scelte egoistiche.

La pretesa di condividere le risorse dell'altro ha senso in quanto le esigenze da soddisfare discendono dall'integrarsi in una esistenza comune, da un progetto di vita condiviso, il che accade quando il matrimonio esiste, ma quando esso viene meno essa rimane priva di giustificazione.

Tuttavia il pregresso rapporto coniugale, non può non incidere sul rapporto obbligatorio che viene ad instaurarsi tra obbligato e destinatario della prestazione, ammettendo soluzioni meno rigorose sia in riferimento alla pretesa a che il coniuge più debole svolga qualsiasi attività lavorativa per provvedere al suo stato di bisogno, sia rispetto alla sola considerazione dei redditi dell'obbligato, al fine di stabilire l'*an* e il *quantum* della prestazione, tenuto conto che talvolta la scelta di non mettere a frutto il patrimonio potrebbe essere preordinata proprio ad evitare l'imposizione dell'obbligo dell'assegno di divorzio.

Del resto come non si possono assecondare ingerenze nella libertà dell'obbligato, neppure si potrebbe costringere il coniuge più debole a prendere decisioni non volute.

Nella considerazione del sistema globale di vita dei coniugi divorziati, l'operatore del diritto dovrà trarre la regola che meglio contempera i contrapposti interessi delle parti, operazione questa tutt'altro che agevole -lo si ammette- la quale potrà, tuttavia, essere facilitata da un'attenta analisi della fattispecie concreta, per la quale -a dire il vero- la giurisprudenza ha mostrato di prestare scarsa attenzione.

## **2. Il *quantum* dell'assegno di divorzio**

L'unico dato univoco, nella disciplina lacunosa e imprecisa dell'assegno di divorzio, consiste nella funzione attribuita ai criteri elencati nella prima parte dell'art. 5 comma 6 l. div, ovvero quella di potere concorrere unicamente alla determinazione dell'importo dell'assegno, poiché le condizioni di nascita del diritto all'assegno sono inequivocabilmente legate alla mancanza dei mezzi adeguati, diversamente da quanto accadeva nella vigenza dell'originaria l. 1 dicembre 1970 n. 898 in cui i criteri avevano anche una funzione attributiva.

Invero, l'uniforme assunto giurisprudenziale, per il quale l'assegno va liquidato in una misura tale da consentire il godimento del tenore di vita matrimoniale, ha svuotato di significato il ruolo operativo dei criteri in questione i quali, lungi

dall'essere utilizzati concretamente al fine di determinare la misura dell'assegno, spesso vengono richiamati per formale ossequio al dettato normativo o per ridurre l'importo dell'assegno, il che, tra l'altro, porta ad una ingiustificabile applicazione unilaterale degli stessi.

Infatti, proprio da chi condivide la posizione della giurisprudenza, è stato sottolineato che, avendo funzione assistenziale, l'assegno deve unicamente sopperire allo stato di bisogno (da intendersi come impossibilità di godere il tenore di vita matrimoniale) del coniuge debole, rispetto al quale <<diviene ultronea, in concreto, qualsiasi indagine su ogni ulteriore elemento<sup>100</sup>>>.

Sono state già esposte le ragioni per le quali sembra più aderente alla volontà normativa la costruzione che qualifichi la mancanza di mezzi adeguati come incapacità di condurre una esistenza libera e dignitosa e conseguentemente ravvisi nell'assegno di divorzio una funzione alimentare; qui si può aggiungere che tale ricostruzione, recupera un ruolo operativo ai criteri in questione i quali, adattando il *quantum* dell'assegno alle peculiarità della fattispecie concreta, potranno determinare la misura dell'assegno, la quale andrà calibrata tra un minimo rappresentato dalla misura alimentare del c.d. necessario e un massimo, pari a quanto occorre per assicurare il godimento del tenore di vita matrimoniale.

A dire il vero, l'interpretazione proposta riduce il ruolo operativo dei criteri suddetti, nella ipotesi in cui essi depongano contro il coniuge più debole. Occorre precisare, infatti, che posta la funzione di sopperire ad uno stato di bisogno dell'assegno divorzile, esso dovrà garantire il necessario per la vita del coniuge debole, non essendo possibile che attraverso i criteri enunciati dalla disposizione si riduca o si azzeri l'importo dell'assegno: se è in gioco la sopravvivenza e le necessità del coniuge debole, nessuna ragione potrebbe considerarsi prevalente rispetto alla funzione assistenziale.

L'inconveniente potrebbe essere risolto determinando la prestazione in una misura superiore al tenore alimentare, per ridurlo fino al necessario nel caso in questione. Tuttavia questa modalità di determinazione del quantum, ancora più vaga di

---

<sup>100</sup> A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Il diritto di famiglia*, cit., 417 il quale ritiene che i criteri in questione rilevano solo se incidono sulle <<condizioni dei coniugi>>. Ad es. la cura della prole potrebbe rendere oggettivamente impossibile il reinserimento nel mondo del lavoro, la breve durata del matrimonio sarebbe inidonea a dequalificare professionalmente il coniuge.

quanto non sia già la determinazione dei bisogni primari di un individuo, renderebbe ancora più incerto l'esito del giudizio sull'assegno di divorzio.

### 2.1. Le condizioni dei coniugi

Si è già detto come <<condizioni dei coniugi>> e <<reddito di entrambi>> siano criteri di cui il giudice dovrà servirsi già per verificare la sussistenza dei presupposti dell'assegno di divorzio. Tuttavia nell'ambito delle vicende personali dei coniugi, due sono in grado di influire sul *quantum* dell'assegno, più che sull'*an*: la costituzione di un nuovo nucleo familiare, fondato sulla convivenza *more uxorio* o sul matrimonio, e gli aiuti economici provenienti dalla famiglia di origine.

L'art. 5 comma 10 l. div. stabilisce l'estinzione dell'assegno post-matrimoniale nel caso di passaggio a nuove nozze del coniuge richiedente. Secondo la giurisprudenza consolidata<sup>101</sup> questa disposizione non può applicarsi analogicamente al caso in cui il titolare dell'assegno, pronunciato il divorzio, intraprenda una convivenza *more uxorio* dalla quale possa trarre mezzi di sostentamento.

La dottrina<sup>102</sup> ha condiviso l'assunto giurisprudenziale secondo cui non sarebbe giustificabile l'estinzione dell'assegno di divorzio dipendente dalla convivenza *more uxorio*, in considerazione della mancanza di un'obbligazione contributiva coercibile nelle unioni di fatto e della presunta maggiore precarietà della loro durata.

La giurisprudenza, tuttavia, è oggi concorde nel ritenere che il diritto all'assegno di divorzio possa rimanere quiescente, in seguito ad iniziativa dell'obbligato, qualora il giudice accerti che l'esigenze dell'avente diritto vengano in concreto soddisfatte e, dunque, non sussista lo stato di bisogno. Inoltre, allorché il convivente *more uxorio* contribuisca alla soddisfazione dei bisogni del titolare dell'assegno, detta circostanza potrà incidere sulla misura dello stesso ove si dia la prova, da parte dell'ex coniuge onerato, che essa influisca *in melius* sulle

---

<sup>101</sup> Così Cass. 20 novembre 1985, n. 5717, in Foro it., 1985, I, 1369; Cass. 22 aprile 1993, n. 4761, in Giur. it., 1994, I, 1831; Cass. 30 ottobre 1996, n. 9505, in Dir. Fam., 1997, 897.

<sup>102</sup> T. AULETTA, *Famiglie ricomposte e obbligo di mantenimento*, in *Familia*, 2008, 5.

condizioni economiche dell'avente diritto, a seguito di un contributo (per lo più spontaneo) al suo mantenimento o ad apprezzabili risparmi di spesa derivanti dalla convivenza<sup>103</sup>. Per pronunciare la sospensione dell'assegno la giurisprudenza richiede, però, che l'unione sia consolidata e durevole nel tempo<sup>104</sup>.

Talvolta è stato sostenuto che quando la convivenza *more uxorio* si caratterizza per stabilità, continuità e regolarità tanto da venire ad assumere i connotati della c.d. famiglia di fatto, essa incide sulla valutazione della adeguatezza dei mezzi <<recidendo finché duri tale convivenza ogni plausibile connessione con il tenore e con il modello di vita economici caratterizzanti la pregressa fase di convivenza coniugale, ed escludendo -con ciò stesso- ogni presupposto per il riconoscimento in concreto dell'assegno divorzile fondato sulla conservazione di esso>>.

In altre parole secondo questa pronuncia isolata il parametro di adeguatezza dei mezzi economici non dovrebbe valutarsi con riguardo al tenore di vita matrimoniale ma guardando al tenore di vita durante la convivenza.

Relativamente all'obbligato all'assegno, nel caso in cui la convivenza *more uxorio* si traduca in esborsi di tipo continuativo, si esclude che detti oneri possano comportare l'esonero dalla corresponsione dell'assegno, potendo al massimo incidere sulla misura dello stesso<sup>105</sup>. Del resto, si precisa, mentre a favore dell'ex coniuge è previsto un obbligo giuridico, il convivente può contare su un'obbligazione naturale non imposta dalla legge<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup>In questo senso Cass. 8 ottobre 2008 n. 24858, cit., Cass. 26 gennaio 2006, n. 1546, in Giust. civ. Mass., 2006, 1 e Cass. 20 gennaio 2006, n. 1179, in Guida al diritto, 2006, 13, 81 la quale ritiene che la prova del mutamento *in melius* delle condizioni dell'avente diritto all'assegno può essere data con ogni mezzo anche presuntivo, soprattutto con riferimento ai redditi e al tenore di vita condotta dalla persona con la quale il titolare dell'assegno convive.

<sup>104</sup>In questo senso Cass. 8 agosto 2003 n. 11975, in Giur. It. 2004, 1601.

<sup>105</sup>In questo senso Cass. 9 aprile 2003, n. 5560, in Fam. e dir., 2003, 5, 487 e Cass. 24 novembre 1999, n. 13053, in Giust. Civ. Mass, 1999, 2343, Cass. 9 marzo 1982, n. 1477, in Foro it., 1982, I, 352 ove si precisa che la convivenza non costituisce illecito e che risponde ad una legittima esigenza della persona, da prendere, pertanto, in considerazione ai fini di valutare la situazione economica dell'obbligato.

<sup>106</sup>C. M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. 898/1970, cit.*; negano che l'incapacità del coniuge obbligato derivante dagli oneri assunti con la convivenza *more uxorio* possano portare alla riduzione dell'assegno di divorzio CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 380 per la quale l'assegno di divorzio, essendo un'obbligazione civile, dovrebbe avere la prevalenza sulla contribuzione ai bisogni del convivente, la quale, invece, consiste in una obbligazione naturale, e F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 114, per il quale a far propendere per la prevalenza dell'assegno di divorzio sarebbe il *favor matrimonii*. Favorevole all'orientamento della giurisprudenza T. AULETTA, *Famiglie*

Bisogna altresì considerare l'ipotesi in cui in seguito al divorzio, gli ex coniugi contraggano nuovamente matrimonio.

Infatti, se è l'ex coniuge beneficiario dell'assegno a risposarsi, il diritto all'assegno verrà ad estinguersi, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 10, l.div; qualora sia l'obbligato all'assegno di divorzio a contrarre matrimonio, sarà necessario contemperare le esigenze della famiglia ricomposta e quelle dell'ex coniuge<sup>107</sup>. Pertanto soltanto qualora il coniuge riesca a soddisfare i bisogni della famiglia attuale ad un livello superiore rispetto a quello alimentare, questi potrà dirsi onerato dell'assegno di divorzio. Non si potrebbe, infatti, sostenere che l'ex coniuge possa avere un tenore di vita superiore a quello della nuova famiglia, poiché l'attualità del vincolo matrimoniale comporta che l'obbligo di contribuzione debba essere soddisfatto prioritariamente rispetto all'obbligo di sostentamento dell'ex coniuge.

Se la famiglia attuale dell'ex coniuge gode di un tenore di vita alimentare, allora sussistono i presupposti perché egli possa ottenere una sentenza che disponga l'estinzione dell'obbligo alla corresponsione dell'assegno, infatti, in questo caso, non potrebbe dirsi che l'obbligato abbia la possibilità economica di assolvervi.

Per ciò che concerne l'assistenza economica prestata dalla famiglia di origine al beneficiario dell'assegno, secondo la giurisprudenza e la dottrina consolidate, difficilmente potrà incidere sulla misura dell'assegno se derivante dalla mera generosità e solidarietà dei parenti<sup>108</sup>; diversamente, se presieduta dall'obbligo giuridico degli alimenti, considerata la sua continuità nel tempo, potrà comportare la diminuzione dell'importo.

Tuttavia, riconosciuta funzione alimentare all'assegno di divorzio, v'è da chiedersi in quale posto della gerarchia degli obbligati agli alimenti l'ex coniuge si collochi. In proposito si può osservare che il silenzio riserbato dall'art. 5, comma 6, l. div. circa il grado in cui va collocato l'ex coniuge tenuto all'assegno di divorzio, probabilmente sta a significare che questi mantenga il medesimo

---

*ricomposte e obbligo di mantenimento, cit.* il quale ritiene che la valutazione degli oneri derivanti dalla famiglia di fatto sarebbe da tenere in considerazione per verificare la capacità dell'obbligato all'assegno di divorzio di assicurare un tenore di vita non dissimile ad entrambi i nuclei familiari.

<sup>107</sup> In questo senso Cass. 12 ottobre 2006, n. 21919, in Fam. dir., 2007, 596 per cui se il coniuge divorziato si è formato una nuova famiglia nei cui confronti è pur sempre legato da impegni riconosciuti dalla legge, occorre ridurre la misura dell'assegno di divorzio.

<sup>108</sup> Così Cass. 7 maggio 1998, n. 4617, cit.

posto, nella graduatoria degli obbligati agli alimenti, che aveva prima dello scioglimento del matrimonio, ovvero il primo posto. Del resto il coniuge divorziato contraendo matrimonio si distacca dalla famiglia di origine su cui aveva fatto affidamento per il proprio sostentamento e costituisce una famiglia nuova all'interno della quale, anche tramite la sua collaborazione, verranno costituite le risorse necessarie a soddisfare i bisogni degli altri componenti e anche i propri; sciolto il matrimonio, l'obbligo di sostentare il coniuge non potrebbe ricadere sulla famiglia parentale alle cui risorse il coniuge non ha più contribuito; soltanto se l'ex coniuge non sia in grado di provvedere ai bisogni dell'altro rivivrà l'obbligo di solidarietà imposto dalla legge agli altri parenti, secondo, dunque, la stessa graduatoria prescritta dall'art. 433 c.c. che comunica la regola per la quale il consanguineo più prossimo all'alimentato deve farsi carico del suo sostentamento, mentre il coniuge, anche separato, è il primo degli obbligati poiché è nella famiglia creata con questo che il coniuge bisognoso ha impegnato le sue risorse economiche e le sue energie. Né in senso contrario potrebbe rilevare la diversa regola prevista dall'art. 129 bis c.c. secondo cui in caso di annullamento il coniuge a cui è imputabile la nullità del matrimonio corrisponde gli alimenti all'altro solo se non esistono altri obbligati: in questo caso, infatti, il matrimonio, in quanto afflitto da un vizio genetico, è invalido; il divorzio suppone un matrimonio sorto validamente, l'attuazione del coniugio e l'epilogo dello scioglimento, il quale, sia pur ammesso solo nel rispetto dei presupposti di legge, ha per indefettibile premessa una scelta dei coniugi i quali, preso atto dalla cessazione della comunione di vita e di intenti, si determinano al divorzio.

Le prestazioni effettuate spontaneamente da altri familiari del coniuge bisognoso, potranno incidere sulla determinazione dell'assegno di divorzio, in quanto contribuiscano a migliorare la sua condizione economica.

In ultimo tra le condizioni dei coniugi, v'è da considerare l'assegnazione della casa familiare, che in virtù dell'art. 6, comma 6 l. div., spetta al genitore presso cui i figli minori sono collocati, o con cui i figli maggiorenni convivono o al coniuge debole. Il diritto di abitazione della casa comune o di cui è titolare il non assegnatario certamente incide positivamente per il titolare dell'assegno che sia anche assegnatario della casa familiare e negativamente per l'onere che debba

affrontare anche le spese necessarie per le proprie esigenze abitative. Pertanto del relativo risparmio di spesa a favore del titolare dell'assegno, e dell'aggravio dei costi per il coniuge non assegnatario della casa familiare, si dovrà tenere conto nella determinazione dell'importo dell'assegno<sup>109</sup>.

Diversamente, nel caso in cui la casa familiare fosse condotta in locazione, il coniuge assegnatario che subentra nel contratto, potrà far valere il costo dell'abitazione come circostanza che incide negativamente sulle sue condizioni economiche.

## **2.2. Il contributo personale ed economico**

L'altro criterio contemplato dalla legge, ai fini della determinazione dell'assegno di divorzio, consiste nel << contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune>>.

Per determinare il significato dell'espressione utilizzata dal legislatore – la quale sembra appropriato scomporre in “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare” e “contributo personale ed economico dato alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune”- e, dunque, la fattispecie in presenza della quale l'importo dell'assegno può essere aumentato rispetto alla misura base, atta a consentire una vita dignitosa – o esclusivamente diminuita, per il caso in cui si aderisca alla teoria che commisura l'importo dell'assegno al tenore di vita matrimoniale-, occorre prima specificare a quali obblighi sia tenuto il coniuge durante la *vis matrimonii*, poiché non avrebbe senso attribuire rilievo, in seguito al divorzio, a prestazioni imposte dalla legge in costanza di matrimonio.

Per quanto attiene al “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare”, si può osservare che l'art. 143, comma 2 del c.c. statuisce che dal matrimonio deriva, fra gli altri doveri, reciproci, quello <<all'assistenza materiale>>; il comma 3 della stessa disposizione statuisce la misura e la modalità di adempimento di quell'obbligo, prevedendo che <<entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro

---

<sup>109</sup> In questo senso Cass. 26 settembre 1994, n. 7865, in Giust. civ. Mass., 1994, 1151 e Cass. 30 agosto 1995, n. 9163, in Giust. civ. Mass., 1995, 1571.

professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia>> (analogamente statuisce l'art. 148, comma 1, c.c. in riferimento al concorso dei coniugi negli oneri di mantenimento, istruzione ed educazione della prole).

Se ne ricava che ciascun coniuge è tenuto, per legge, a contribuire alla conduzione familiare, in proporzione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro (misura dell'obbligo di assistenza materiale), professionale (quindi tramite la destinazione alla famiglia del reddito prodotto nell'ambito di un'attività lavorativa retribuita) o casalingo, ovvero dedicandosi alla cura della prole o della casa (modalità di adempimento dell'obbligo di assistenza materiale). Pertanto, se la contribuzione è una prestazione, di cui la legge fissa l'obbligatorietà, la misura e la modalità di adempimento, ai fini di determinare l'importo dell'assegno di divorzio non si potrà considerare quel contributo che, per entità e consistenza, rientra nell'obbligo di legge. Potranno, invece, determinare un aumento dell'assegno, le prestazioni che vadano al di là dell'obbligo di contribuzione (si pensi al coniuge che oltre a svolgere un'attività professionale, la quale lo impegni in misura non dissimile da quello dell'altro coniuge, si accoli per intero la cura della casa e della prole, o al coniuge che oltre allo svolgimento di attività lavorativa principale, svolga altro lavoro per aumentare la misura dei redditi da apportare alla famiglia); per converso l'importo potrà essere diminuito –ma non al di sotto della misura alimentare- quando il coniuge non abbia adempiuto all'obbligo di contribuzione ( si pensi al coniuge che oltre a non svolgere alcuna attività lavorative si disinteressi totalmente della sorte della famiglia).

Non sembra condivisibile, dunque, la massima giurisprudenziale<sup>110</sup> e l'assunto della dottrina<sup>111</sup>, per i quali l'apporto personale ed economico dato dai coniugi dovrebbe apprezzarsi anche quando questo presenti caratteri << di normalità e non di eccezionalità>>. Del resto, la giurisprudenza consolidata è trincerata sulla posizione per la quale l'assegno va riconosciuto in una misura atta a garantire il mantenimento del tenore di vita matrimoniale e la valorizzazione del solo

---

<sup>110</sup> In questo senso Cass. 11 ottobre 2006, n. 21805, in InfoUtete, ed. 5-2009.

<sup>111</sup> In dottrina G. BONILINI, *L'assegno di divorzio*, cit., 551 e A. FINICCHIARO, *Commento all'art. 5 legge sul divorzio*, cit., 421. Contra T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., 269. Per C. M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia-Le successioni*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 2005 282, l'impegno personale del coniuge acquista rilevanza in quanto abbia apprezzabilmente esonerato l'altro coniuge dal carico della collaborazione all'interno della famiglia.

contributo in eccedenza rispetto all'obbligo *ex lege*, porterebbe la complicazione di dovere diminuire l'importo in presenza di un contributo normale e di non poterlo aumentare in caso di contributo eccezionale.

La giurisprudenza, inoltre, è concorde anche nel ritenere che il contributo alla conduzione familiare debba essere valutato con riferimento non solo al periodo della convivenza coniugale, ma anche a quello della separazione di fatto o di diritto, in relazione agli oneri assunti dai coniugi medesimi nell'assistenza dei figli<sup>112</sup>. Talvolta, si ritrova affermato<sup>113</sup> che l'accertamento va esteso anche al periodo anteriore al matrimonio, ovvero al periodo in cui coniugi convissero *more uxorio*.

Si può criticamente osservare che degli oneri sopportati dai genitori nei confronti dei figli in caso di separazione, già l'art. 155 c.c. detta una disciplina, stabilendo al comma 4, che ciascun genitore deve provvedere, in via diretta o mediante corresponsione di un assegno, al mantenimento dei figli, e che nel determinare l'obbligo di ciascun coniuge, fra le altre cose, il giudice deve considerare la valenza dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Pertanto gli oneri assunti dai coniugi nei confronti della prole, vengono già presi in considerazione e valutati in relazione all'obbligo di mantenimento dei figli in caso di separazione (ed anche in caso di successivo divorzio, poiché la disciplina della l. n. 54/2006 si applica anche allo scioglimento e alla cessazione degli effetti civili del matrimonio), e dunque rimangono assorbiti in quella disciplina, eccettuata l'ipotesi in cui, fissate dal giudice della separazione le regole relative alla ripartizione dell'onere del mantenimento della prole, esse vengano violate o un genitore vi contribuisca in misura superiore di quanto statuito in sentenza e sempre che in questo caso non sia stato richiesto di rivedere, attraverso apposita domanda giudiziale, quelle regole.

Quanto alla considerazione degli oneri sopportati in caso di convivenza *more uxorio* antecedente al matrimonio, si può osservare che l'obbligo dell'ex coniuge di corrispondere all'altro l'assegno di divorzio, è un effetto strettamente collegato all'esistenza di un precedente vincolo matrimoniale, in assenza del quale non può sorgere nessun diritto e nessun obbligo. Pertanto la valutazione del contributo

---

<sup>112</sup> Cass. 11 ottobre 2006, n. 21805, cit. e Cass. 5 giugno 1978, n. 2804, in Dir. Fam., 1978, 1179.

<sup>113</sup> Trib. Milano, 22 aprile 1980, in Dir. fam., 1980, 1161 e Cass. 11 ottobre 2006, n. 21805, cit.

prestato da un coniuge alla conduzione della famiglia non può estendersi fino a ricomprendere gli obblighi adempiuti durante la convivenza *more uxorio*, poiché l'assegno di divorzio trova il proprio presupposto in un precedente rapporto giuridico, consistente nel matrimonio, non nella convivenza<sup>114</sup>. Si aggiunga che attribuire in sede di determinazione dell'assegno di divorzio rilevanza ai contributi prestati durante la convivenza significa rendere coercibile un'obbligazione naturale: il convivente, che abbia contratto matrimonio e in seguito abbia divorziato, secondo l'orientamento giurisprudenziale riferito, otterrà un assegno di divorzio di importo inferiore per non avere prestato contributi significativi all'altro, quando la contribuzione in costanza di convivenza non costituisce un obbligo, piuttosto la prestazione è caratterizzata dalla spontaneità dell'adempimento con il limitato effetto della *soluti retentio*.

Quanto al “ contributo personale ed economico dato alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune”, la questione relativa al peso da assegnare al contributo dei coniugi va disaggregato, secondo che i coniugi si trovino in regime di comunione legale o di separazione dei beni.

Nel primo caso, sia che il divorzio sia preceduto dalla separazione, la quale rappresenta di per sé causa di scioglimento della comunione legale, sia che si è arrivati al divorzio per causa diversa dal protrarsi della separazione, le ricchezze prodotte durante la *vis matrimonii*, anche con il contributo del coniuge avente diritto all'assegno, finiscono in comunione e andranno a far parte del coacervo di sostanze comuni che verrà diviso in parte uguali allo scioglimento del matrimonio. Pertanto il coniuge che abbia prestato un contributo che si sia tradotto in un arricchimento del patrimonio comune, sarà beneficiario dall'attribuzione della sua quota, accresciuta anche dei maggiori apporti da lui compiuti (si pensi all'attività di cura della prole compiuta da un coniuge, il quale abbia consentito all'altro coniuge di sottrarsi alle incombenze familiari,

---

<sup>114</sup> In questo senso M. MORETTI, *Il matrimonio è una mera formalità?* (nota a Trib. Milano, 12 maggio 1980), in *Dir. fam. pers.* 1981, 770; l' A. presa di mira la pronuncia che ha riconosciuto valore alla durata di quindici anni della convivenza *more uxorio*, quando il matrimonio era durato solo tre mesi, avanza due obiezioni: la lettera della norma, che parla di <<coniugi>>, mentre nessun'altro dato autorizza a sostituire al termine coniuge il termine convivente; l'elemento logico della norma, per il quale <<la celebrazione del matrimonio lungi dall'essere una mera formalità, è requisito imprescindibile per l'esistenza del matrimonio stesso e costituisce il momento genetico della famiglia (negozio costitutivo di stato), momento cui lo Stato da certezza con la dichiarazione dell'ufficiale dello stato civile>>.

consentendogli una dedizione totale alla produzione di reddito impiegato per acquisti che cadono in comunione legale).

Certamente non essendo la comunione legale un regime universale, potrebbe verificarsi l'ipotesi in cui il patrimonio personale del coniuge, costituito dai beni elencati dall'art. 179 c.c., sia stato incrementato dagli apporti dell'altro (si pensi ad un bene personale comprato con denaro proveniente dalla comunione legale o dal patrimonio personale di un coniuge): in questo caso l'apporto dato dal coniuge, che non si traduca in un cespite rientrante nella comunione legale e di cui, pertanto, egli non potrà godere all'epoca dello scioglimento della comunione, potrebbe essere considerato ai fini di aumentare la misura dell'assegno, in considerazione del contributo da lui prestato.

Nel caso in cui i coniugi si trovano in regime di separazione dei beni, ciascuno rimane titolare esclusivo del proprio patrimonio e conserva l'autonomia piena in relazione alla gestione dei propri redditi, pur dovendo contribuire ai bisogni della famiglia. Pertanto il contributo personale ed economico che sia stato prestato in misura eccedente rispetto all'obbligo di contribuzione imposto dalla legge e che abbia accresciuto il patrimonio personale dell'altro, potrà essere considerato ai fini di aumentare l'importo dell'assegno, secondo le regole già viste in tema di contributo dato alla conduzione della famiglia.

Se poi l'attività lavorativa del coniuge sia stata svolta nell'impresa dell'altro, o anche in famiglia ma abbia contribuito al maggior rendimento dell'impresa, detta attività sarà disciplinata dallo statuto dell'impresa familiare di cui all'art. 230 bis c.c.; tuttavia allorché questa disciplina sia inapplicabile, difettando la sussistenza dei requisiti richiesti per la sua applicazione ( ad es. il coniuge ha prestato un'attività occasionale), l'apporto dato dal coniuge potrebbe ricevere considerazione attraverso il criterio compensativo.

L'interpretazione proposta sembra maggiormente in linea con la *ratio* della legge, la quale ha conferito all'assegno una funzione assistenziale, ovvero di sostentamento del coniuge debole e non di perequazione delle sfere economiche dei coniugi, deferendo al criterio in questione il limitato compito di accrescere la misura dell'assegno quando gli apporti dei coniugi siano di entità maggiore

rispetto agli obblighi previsti dalla legge, e non siano contemplati da altre discipline normative.

Del resto, si è già detto come probabilmente l'assegno di divorzio nelle intenzioni del legislatore del 1970 dovesse svolgere le funzioni della comunione, la quale al tempo non era ancora prevista come regime legale<sup>115</sup> e come secondo le intenzioni del legislatore del 1987<sup>116</sup> l'operatività del criterio compensativo fosse subordinato al fatto che i coniugi non fossero in comunione legale. Nell'attuale vigenza del regime di comunione legale, pertanto appare più appropriato considerare sotto il profilo della determinazione dell'importo dell'assegno di divorzio solo quegli apporti che si traducano in ricchezze non comprese nella comunione legale, o che arricchiscano il patrimonio personale di ciascun coniuge nel caso di separazione dei beni.

### **2.3. Le ragioni della decisione**

Secondo la giurisprudenza consolidata le <<ragioni della decisione>> vanno intese con riguardo ai comportamenti dei coniugi che hanno cagionato la rottura della comunione spirituale e materiale della famiglia; si ritiene che il relativo criterio postuli <<una indagine sulle responsabilità del fallimento del matrimonio in una prospettiva comprendente l'intero periodo della vita coniugale, e quindi una valutazione che attenga non soltanto alle cause determinative della separazione, ma anche al successivo comportamento dei coniugi che abbia concretamente costituito un impedimento al ripristino della comunione familiare>><sup>117</sup>.

Dare rilevanza alle cause determinative della separazione significa tener conto dei comportamenti che abbiano eventualmente portato all'addebito a carico di un coniuge; del resto non è infrequente che i fatti che hanno reso intollerabile la

---

<sup>115</sup> In proposito si vedano le osservazioni di pag. 9 e la relativa nota n.3.

<sup>116</sup> In questo senso le indicazioni del testo a pag. 25.

<sup>117</sup> Cass. 5 novembre 1992, n. 11978, in Mass. Giur. It., 1992 ma anche Cass. 25 agosto 1997, n. 7990, in Mass. Giur. It., 1997, Cass. 9 settembre 2002, n. 13060, in Mass. Giur. It., 2002, Cass. 11 giugno 2005, n. 12382, in Guida al diritto, 2005, 28, 73 e Cass. 28 luglio 1981 n. 4853, Giust. Civ. Rep. 1981, v. Divorzio, 44, che ha ravvisato nella stabile unione di fatto che un marito instaura con un'altra donna, seguita dalla nascita di due figli naturali, la responsabilità del fallimento coniugale; le anomalie di carattere, in quanto fatto incolpevole, non comportano responsabilità per il fallimento del matrimonio, secondo Cass. 6 dicembre 1975 n. 4050, Giust. Civ. Rep. 1975, v. Matrimonio, 101.

convivenza coniugale siano gli stessi per i quali la comunione di vita non può essere ricostruita né mantenuta, tanto più che sovente accade che i coniugi giungano al divorzio sulla base della separazione protrattasi per tre anni.

Per tali motivi non sembra condivisibile la posizione giurisprudenziale, rimasta isolata, per la quale il comportamento anteriore alla separazione resterebbe superato ed assorbito dalla valutazione fatta al riguardo dal giudice della separazione<sup>118</sup>; piuttosto i fatti sui quali il giudice della separazione si è pronunciato conservano una loro autonomia rilevante ai fini del divorzio<sup>119</sup>, ed infatti il giudice del divorzio, lungi dal limitarsi a tenere fermo l'assegno fissato in sede di separazione, dovrà valutare in via autonoma i presupposti e i fatti incidenti sul divorzio, nonché i comportamenti tenuti dai coniugi anche dopo la separazione<sup>120</sup>.

L'esame sui comportamenti dei coniugi precedenti alla separazione, avrà ugual peso sia nel caso di separazione consensuale che nel caso di separazione giudiziale, infatti la ricorrenza di una pregressa separazione consensuale non esaurisce l'indagine sulle ragioni della decisione, tenuto conto che il consenso alla separazione non evidenzia di per sé le cause determinative dell'intollerabilità della convivenza, nonché, naturalmente, le condotte successive che hanno provocato il venir meno della residua comunione spirituale materiale tra i coniugi.

Secondo la dottrina maggioritaria, non avrebbero alcun peso, invece, le cause previste dall'art. 3 l. div. per le quali è stato pronunciato il divorzio, poiché ciò che assume importanza sarebbe unicamente la responsabilità per il fallimento del matrimonio, <<da condurre alla stregua delle regole morali di comportamento nel consorzio familiare e non nei paradigmi della colpa in senso tecnico, estranei alla logica divorzista>><sup>121</sup>.

In proposito si può osservare che il giudizio sulla responsabilità del fallimento matrimoniale, è cosa tutta'altro che agevole, poiché interessa vicende personali in relazione alle quali ciò che conta sono solo i valori morali dei coniugi. Le cause di

---

<sup>118</sup> Cass. 23 Novembre 1976, 4419, Giust. civ., 1977, I, 239.

<sup>119</sup> Così M. C. BIANCA, *sub art. 5*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* cit., 333.

<sup>120</sup> *Contra* Cass. 13 marzo 1976 n. 904, in *Dir. fam.*, 1976, 1078 e Cass. 14 febbraio 1977 n. 660, *Giust. civ. Rep.*, 1977, v. *Matrimonio*, 107 in cui nei divorzi susseguenti a separazione, si deve considerare solo il titolo della separazione, negando rilevanza a ulteriori comportamenti, siano essi antecedenti o successivi alla separazione

<sup>121</sup> Finocchiaro A. e Finocchiaro M. *Il diritto di famiglia*, cit., 423.

cui all'art. 3, in presenza delle quali la richiesta di divorzio è legittima, postulano una valutazione del legislatore circa comportamenti tanto gravi o riprovevoli da giustificare lo scioglimento del vincolo coniugale, quindi rappresentano ipotesi in cui la responsabilità del fallimento è senz'altro imputabile ad uno dei coniugi.

Conseguentemente tra i comportamenti di cui il giudice deve tenere conto ai fini di valutare le ragioni della decisione, oltre alle ipotesi di violazione dei doveri coniugali (sia che abbiano portato alla separazione, sia che l'abbiano aggravata in seguito), si potrebbero collocare le cause tipizzate dal legislatore, ovvero l'aver un coniuge riportato una condanna nei casi di cui alle lettere (a, (b, (c, (d del n. 1 dell'art. 3 l. div., l'aver un coniuge, cittadino straniero, ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio, l'aver contratto all'estero un nuovo matrimonio. Quest'ultima ipotesi potrebbe fondare un giudizio di responsabilità, solo qualora il coniuge abbia ottenuto l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio all'estero, non per ragioni di opportunità, ma per svincolarsi dal legame coniugale lasciando all'oscuro l'altro, circa la sua scelta.

Quanto al ruolo operativo del criterio in questione, la giurisprudenza, lo utilizza solo ai fini di ridurre l'importo dell'assegno dalla misura che consente di mantenere il tenore di vita matrimoniale ad una più bassa, quindi unicamente a detrimento del coniuge avente diritto all'assegno. Il meccanismo applicativo del criterio delle ragioni della decisione ha ottenuto l'avvallo della dottrina maggioritaria, la quale, sottolineata la funzione assistenziale dell'assegno, ritiene che la responsabilità per la disgregazione dell'assegno non potrà che avere <<pallidi riflessi>><sup>122</sup> sulla quantificazione dell'assegno di divorzio.

Aderendo invece alla diversa opinione per la quale la determinazione dell'assegno, svolgendo una funzione alimentare, dovrebbe avvenire con riferimento ad un tenore di vita dignitoso, il criterio in discorso riacquisterebbe efficacia operativa, comportando l'aumento dell'importo sino a consentire il mantenimento del tenore di vita matrimoniale, quando lo stesso deponga contro il coniuge obbligato, e lasciando immutata la misura predeterminata qualora la crisi matrimoniale sia riferibile al coniuge avente diritto, senza alterare la funzione

---

<sup>122</sup> G. BONILINI, *L'assegno di divorzio*, cit., 554.

assistenziale dell'assegno, il quale sopperirebbe in ogni caso alle esigenze di sostentamento del coniuge debole, secondo la funzione che gli è propria.

#### 2.4. La durata del matrimonio

L'art. 5 comma 6, 1. div., dopo avere contemplato l'elencazione dei criteri determinativi dell'assegno, aggiunge la formula: << e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio>>; a considerare la lettera della norma sembra che il criterio della durata del matrimonio non si ponga sullo stesso piano degli altri, ma quale sia lo specifico compito a cui è chiamato, non è cosa pacifica né in giurisprudenza né in dottrina.

In giurisprudenza viene valorizzata unicamente la brevissima durata del matrimonio, la quale viene, per lo più, considerata un indice capace di ridurre l'ammontare dell'assegno<sup>123</sup>; più raramente viene assunta come criterio in virtù del quale negare il riconoscimento dell'assegno di divorzio<sup>124</sup>, conclusione quest'ultima, peraltro, che si pone in netto contrasto con la funzione assistenziale che la stessa giurisprudenza gli riconosce<sup>125 126</sup>.

---

<sup>123</sup> Cass. 4 febbraio 2009, n. 2721, in Fam. e dir. 2009, 7, 682; Cass. 3 dicembre 2008, n. 28741, in Fam. e dir., 2009, 5, 467 ; Cass. 24 aprile 2007, n. 9915, in InfoUtet, ed. 5-2009; Cass. 27 giugno 2006, n. 14840, in Mass. Giur. It., 2006; Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, in Giust. civ. Mass., 2004, 10; Cass. 16 dicembre 2004, n. 23378, in Fam. e dir., 2005, 2, 127.

<sup>124</sup> Cass. 29 ottobre 1996 n. 9439, cit., Cass. 19 marzo 2003, n. 4040, in Gius., 2003, 14, 1589; mentre Cass. 22 agosto 2006, n. 18241, in Mass. Giur. It., 2006 e Cass. 16 giugno 2000, n. 8233, in Foro it., 2001, I, 1315, pur sostenendo che la durata del matrimonio incide sulla sola quantificazione, statuisce che l'assegno di divorzio <<non va però riconosciuto allorché il rapporto matrimoniale sia stato solo formalmente istituito, e non abbia dato luogo ad alcuna comunione materiale e spirituale tra i coniugi, per volontà e colpa del coniuge richiedente l'assegno medesimo>>; Cass. 29 ottobre 1996 n. 9439, cit. ha affermato che la brevissima durata della convivenza, la contrazione del vincolo per motivi apertamente utilitaristici e la mancata costituzione di una comunione spirituale e materiale fra i coniugi, possono condurre alla esclusione dell'assegno di divorzio; per Trib. Monza 11 febbraio 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009 e Trib. Benevento 6 marzo 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009 la durata del matrimonio ed anche gli altri criteri <<agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto e possono, in ipotesi estreme, valere anche ad azzerarla quando la conservazione del tenore di vita assicurata dal matrimonio finisca per risultare incompatibile con detti elementi di quantificazione>>.

<sup>125</sup> Da alcuni, però, è considerata <<un'importante passo verso la tendenza a limitare l'accesso all'assegno post-matrimoniale alle sole ipotesi in cui l'incapacità di procurarsi mezzi adeguati si accompagna ad una significativa durata del rapporto matrimoniale>>, E. AL MURADEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, cit., 258.

<sup>126</sup> La durata del matrimonio va riferita all'intera durata legale del rapporto, al periodo perciò che intercorre tra il momento in cui lo stesso viene contratto e quello in cui è dichiarato sciolto, compresa quindi la fase della separazione; in questo senso App. Roma 7 luglio 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009, Cass. 11 ottobre 2006, n. 21805, cit. App. Roma 9 ottobre 2002, in InfoUtet, ed. 5-2009

In dottrina, da un lato si ritiene, svuotando del tutto di senso la lettera della norma, che la durata del matrimonio <<è inefficiente al fine di aumentare o diminuire l'assegno, una volta che siano accertate le altre condizioni che lo giustificano<sup>127</sup>>>, dall'altro lato, si reputa che la durata del matrimonio sia parametro fondamentale, rappresentando il filtro attraverso cui devono essere esaminati tutti gli altri criteri <<idonei a permettere al giudice la determinazione dell'assegno nella misura più equa ed appropriata alla particolarità del caso concreto<sup>128</sup>>>.

Infine è stato ritenuto che la durata del matrimonio debba essere valorizzata al fine di introdurre una differenza di trattamento dei matrimoni di lunga durata da quelli in cui vi è stata un breve periodo di convivenza matrimoniale, introducendo <<un *discrimen* in ragione del quale precludere o accordare l'accesso alla tutela offerta dall'assegno post-matrimoniale e delle previsioni in tema di spettanza della pensione di reversibilità e del trattamento di fine rapporto che ad esso sono strettamente collegate>><sup>129</sup>.

Sembra più convincente, l'idea per la quale, di per sé la durata del matrimonio non possa giustificare la negazione, né costituire il godimento del diritto all'assegno di divorzio, né tantomeno ridurre l'importo, ma solo mitigare o contemperare l'applicazione degli altri criteri; anche l'espressione verbale che ad essa si riferisce sembra deporre per questa soluzione.

Infatti, durante la vita matrimoniale i coniugi concordano l'indirizzo della famiglia e organizzano un sistema di vita all'interno del quale ciascuno assume un certo ruolo: più lunga sarà la durata della convivenza matrimoniale più difficile ed oneroso sarà il cambiamento delle abitudini consolidate; si pensi al coniuge che

---

<sup>127</sup> A. FINOCCHIARO A. e M. FINOCCHIARO, *Il diritto di famiglia*, cit., 418

<sup>128</sup> F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 1987, 908.

<sup>129</sup> E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, cit., 258, per il quale la questione del sostentamento del coniuge divorziato andrebbe posta in collegamento con il mantenimento del coniuge separato, infatti, al coniuge che non disponga di mezzi adeguati per essersi dedicato per un breve periodo di tempo alla cura della famiglia, rinunciando ad un lavoro remunerativo e facendo esclusivo affidamento sulle disponibilità economiche dell'altro, il diritto al mantenimento dovrebbe essere garantito, per poi essere riconosciuto in maniera restrittiva al momento del divorzio. Se il matrimonio è di lunga durata, il coniuge avrebbe diritto al mantenimento anche in seguito al divorzio. L'A. avvalta l'assunto giurisprudenziale per il quale l'assegno vada liquidato in riferimento al tenore di vita matrimoniale e coglie solo nella durata del matrimonio l'indice per il quale ridurre il suo ammontare o negare il suo riconoscimento.

durante la convivenza matrimoniale si sia dedicato esclusivamente alla cura della prole e della casa, e abbia perso la propensione allo svolgimento di attività lavorativa extradomestica. Con ciò non si intende affermare che il coniuge, in tali circostanze, possa pretendere la conservazione del medesimo stile di vita, -ciò sarebbe in contrasto con la legge la quale subordina il riconoscimento dell'assegno di divorzio, alla impossibilità di procurarsi mezzi adeguati per ragioni oggettive-, ma l'assuefazione<sup>130</sup> del coniuge alle abitudini assunte in costanza di matrimonio, in correlazione con gli altri criteri, potrebbe consentire di adattare l'assegno di divorzio alle peculiarità del caso concreto, graduandone l'importo (è sensato riconoscere un assegno più rilevante rispetto alla misura alimentare al coniuge che durante la lunga convivenza matrimoniale abbia dato apporti maggiori rispetto a quelli richiesti dalla legge, o diminuirne l'importo quando la breve durata del matrimonio sia dipesa dalla violazioni di doveri coniugali da parte dello stesso coniuge che domanda l'assegno, o ancora consentire, tramite l'assegno di divorzio il godimento del tenore di vita matrimoniale al coniuge anziano che per quarant'anni abbia vissuto un certo stile di vita e abbia dovuto subire prima il tradimento, poi l'imposizione della scelta sul divorzio).

Propendere per la soluzione che non riconosce alcun ruolo all'indice della durata del matrimonio significherebbe rendere la norma impermeabile alle varietà delle vicende umane, mentre avvallare l'idea che tramite esso sia stata introdotta una diversità di trattamento secondo la durata del rapporto coniugale, porterebbe ad una sterile classificazione dei rapporti coniugali (di breve, media o lunga durata)<sup>131</sup> i quali non possono essere ridotti in aprioristici schemi: ciascuna

---

<sup>130</sup> In questo senso T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit., 269, per il quale il giudice deve tenere conto della durata della convivenza matrimoniale, <<quale elemento che comporta una maggiore o minore assuefazione del coniuge al godimento del tenore di vita matrimoniale>>.

<sup>131</sup> Così E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole* cit., 260 il quale al fine di individuare i criteri in funzione dei quali considerare il matrimonio di breve, media, lunga durata, prospetta tre possibili parametri: 1) il tempo necessario per crescere un figlio e poiché questo arco di tempo viene approssimativamente stimato in venti anni, si considera lungo il matrimonio la cui durata si colloca intorno a questa soglia, medio quello durato circa dieci anni e breve quello che si colloca sensibilmente al di sotto di questa soglia; 2) il criterio relativo statistico, ovvero della durata media del matrimonio; 3) la durata della vita familiare, ovvero della durata del matrimonio e anche del periodo successivo al divorzio, << nel quale la famiglia potrà vivere in una dimensione destrutturata e in cui potranno persistere esigenze di organizzazione della vita comune e di cura dei figli, che sovente si risolvono in una significativa limitazione della capacità di lavoro e di reddito per uno dei coniugi>>.

vicenda matrimoniale possiede le sue proprie caratteristiche, delle quali la durata non rappresenta che una componente.

### 3. Il fondamento dell'assegno di divorzio

Sono per lo più due gli orientamenti che si riscontrano in tema di fondamento dell'assegno di divorzio: quello che lo considera come un riflesso indiretto del vincolo matrimoniale, operante anche dopo la sua cessazione in forza del principio di solidarietà, e l'orientamento che invece considera detta attribuzione un effetto nuovo, svincolato dal precedente rapporto, che sorge dal divorzio.

Coloro che individuano il fondamento dell'assegno nella solidarietà<sup>132</sup>, nonostante il venir meno del vincolo, ritengono che l'inadeguatezza dei mezzi vada rapportata al tenore di vita matrimoniale. Si è già visto come questa sia la posizione su cui si attesta la giurisprudenza unanime<sup>133</sup>, e anche la maggioranza

---

Quanto a quest'ultimo criterio, che l'A. considera preferibile, si può notare che esso può applicarsi solo se esistano figli in seno alla coppia, poiché fuori da questo caso non può ritenersi ancora sussistente una famiglia, neppure in forma destrutturata, in quanto, in seguito al divorzio, il matrimonio è venuto meno. Inoltre, le limitazioni della capacità di lavoro derivanti dall'impegno di assistenza e cura della prole sono prese in considerazione nel giudizio sulla possibilità o meno del coniuge debole di procurarsi mezzi adeguati, dunque, la loro valutazione in riferimento alla durata del matrimonio non appare convincente.

In ogni caso l'A. in un recente scritto (*Gli incrementi reddituali del coniuge obbligato ed i loro riflessi sull'assegno divorzile: dal criterio della prevedibilità a quello dell'incidenza proporzionale alla durata del matrimonio?*, cit.) mostra di aderire ad un metodo di calcolo dell'assegno divorzile che prevede un sistema di riduzione in ragione della durata del matrimonio, elaborato dal Magistrato referente per l'informatica dell'Ufficio distrettuale di Palermo. In questo metodo di calcolo è stato preso come punto di riferimento il dato ISTAT che indica in diciassette anni la durata media del matrimonio, quindi una volta determinata la misura dell'assegno di divorzio in base agli altri criteri, detta misura rimane inalterata se la durata del matrimonio è pari o superiore ai diciassette anni, se invece è inferiore la somma base dell'assegno divisa in diciassettesimi viene moltiplicata per il numero effettivo degli anni di matrimonio. Si può obiettare che secondo questo metodo viene ascrivita rilevanza solo alla brevità della durata matrimoniale (valutata secondo il valore della durata media) mentre nessun peso viene assegnato ai matrimoni che superano la soglia dei diciassette anni.

<sup>132</sup> Alla solidarietà postconiugale allude C. M. BIANCA, *Il diritto civile*, cit., 284, op. cit. e L. BRUSCUGLIA-A. GIUSTI, *Commento all'art. 5 legge sul divorzio*, in Comm. riforma divorzio, Milano, IPSOA, 1987, alla solidarietà residua SANGIORGI, *Il passato e il futuro nella determinazione dell'assegno di divorzio*, in Riv. Dir. Civ., 1988, II, 563.

<sup>133</sup> In questo senso Cass. 17 marzo 1989, n. 1322 cit., la quale rinviene il fondamento di siffatta attribuzione nella solidarietà postconiugale, elevata a fondamento etico e giuridico, che trova la sua giustificazione nella cessazione del matrimonio, e non nel suo prolungamento fittizio e, più di recente Cass. 17 luglio 2009, n. 16789 in Red. Giust. civ. Mass, 2009, 7 cui l'assegno di divorzio <<trova fondamento nella solidarietà post-coniugale, espressione del più generale dovere di solidarietà economico-sociale sancito dall'art. 2 Cost., dalla quale sorge l'obbligo di corrispondere un assegno periodico a favore dell'ex coniuge privo di mezzi adeguati, nonché di riparare allo squilibrio economico derivante dal divorzio, in piena conformità al valore del matrimonio come indicato dall'art. 29 Cost>>.

della dottrina. Ma un simile assunto non può essere pienamente condiviso, in quanto appare incoerente continuare a legittimare il diritto del coniuge più debole in base ad un fittizio prolungamento del rapporto matrimoniale, surrettiziamente nascosto dal concetto di solidarietà postconiugale<sup>134</sup> o dall'ultrattività dell'obbligo di assistenza, poiché ciò comporterebbe di continuare a ritenere indissolubile il matrimonio almeno sotto il profilo economico.

L'altro orientamento, anche in risposta critica a quello opposto, ritiene che con il divorzio si dissolva lo *status* coniugale, e con esso tutti i diritti e gli obblighi che aveva comportato; non è pertanto concepibile né la sopravvivenza di uno *status* economico quando il rapporto personale si è estinto, né la configurazione dell'assegno di divorzio come effetto ulteriore per quanto attenuato del matrimonio. Piuttosto il fondamento dell'assegno andrebbe rinvenuto nel divorzio in sé<sup>135</sup>.

Tuttavia è innegabile che dissolto definitivamente lo *status* coniugale, sopravvive in presenza di determinati presupposti, un legame esclusivamente patrimoniale e ciò accade perché così è previsto dalla legge, la quale, in effetti, realizza un'ingerenza eteronoma rispetto all'autonomia delle parti.

---

<sup>134</sup> Il concetto di solidarietà, può essere inteso come condivisione dei bisogni e esigenze altrui, e può dirsi che sia connaturato nell'uomo come persona che vive dinamiche relazionali. Pertanto il suo campo elettivo di applicazione è considerato l'ambito dei rapporti personali, in special modo le relazioni familiari, in cui la condivisione di bisogni e la collaborazione per soddisfarli, realizza una comune condizione sociale nella quale, chi discute di solidarietà per giustificare le attribuzioni patrimoniali nel contesto della crisi matrimoniale, vi ravvisa il centro della questione relativa alla vita e alla cessazione della famiglia. Il nesso tra il principio personalistico (l'uomo è un animale socievole) e solidaristico (perciò condivide i bisogni altrui), si ritiene per lo più consacrato nell'art. 2 della Costituzione, la quale lega la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo ai doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale, così V. M. CAFARRA, *Famiglia e assistenza*, Bologna, 1996, e N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*Spirito di solidarietà*», in Riv. trim. dir. proc. civ., 1997.

Tuttavia deve considerarsi come il concetto di solidarietà, nel nostro ordinamento non è mai stato un concetto giuridico, nel senso che non impone un comportamento come doveroso e giuridicamente sanzionabile, pertanto esso non può dare una risposta compiuta circa il fondamento delle attribuzioni patrimoniali successive al divorzio. Piuttosto rappresenta un'espressione che sintetizza un modello culturale, e v'è da chiedersi se piuttosto non siano l'individualismo o l'utilitarismo a governare i rapporti sociali.

<sup>135</sup> In questo senso: S. RUNFOLA TESTINI, *Assegno di divorzio: la Cassazione conferma l'ultrattività del matrimonio*, in Giur. it., 1998, 416, la quale per altro ritiene estranea alla logica dell'assegno di divorzio, la comparazione delle situazioni giuridiche dei coniugi nella convivenza e in seguito al divorzio, poiché è la mancanza di mezzi e l'impossibilità oggettiva di procurarsi che permettono il sorgere del diritto; ed anche V. M. CAFARRA, *Famiglia e assistenza*, cit. che esclude che tra i coniugi divorziati sussista un vincolo di solidarietà, in quanto cessato il matrimonio cessa per gli ex coniugi il dovere reciproco di integrarsi in una comunione di vita.

Ma certamente non si può negare che il legame economico che residua fra i coniugi in seguito al divorzio abbia connotati non coincidenti con quello esistente durante il matrimonio.

Durante il matrimonio i coniugi sono tenuti all'assistenza sia morale che materiale, intendendosi per assistenza morale il sostegno spirituale reciproco e il rispetto della personalità dell'altro, e per assistenza materiale la cooperazione al soddisfacimento delle esigenze della famiglia, mentre lo strumento di gestione della vita coniugale è l'accordo; sono la condivisione di una condizione comune e l'adesioni agli stessi obiettivi, che giustificano e sollecitano la disponibilità dei coniugi a fare risparmi e sacrifici nell'ottica della crescita del microsistema economico familiare.

Con la cessazione del matrimonio non v'è più la volontà di condividere alcunché, ed anche se l'ipotesi di una volontaria e solidaristica preoccupazione di sopperire ai bisogni dell'altro non si può escludere in assoluto, il precetto normativo in questione è volto a imporre un dovere proprio nei casi in cui non sia spontaneamente adempiuto.

Venuto meno il vincolo matrimoniale, ciò che giustifica l'esistenza del residuo rapporto economico fra gli ex coniugi è, secondo il disposto dell'art. 5, comma 6, esclusivamente la oggettiva debolezza economica di uno degli ex coniugi. Ed è in questo dato che verosimilmente deve cogliersi il fondamento dell'assegno di divorzio: la famiglia è un'unità produttiva, la cui struttura operativa facilita la divisione del lavoro al suo interno e consente di reperire tutte le risorse necessarie al suo sostentamento<sup>136</sup>; lo stato di bisogno di un coniuge può considerarsi un costo di questa unità produttiva, perché esso dipende dal fatto che il coniuge, impiegando le sue risorse nella famiglia, si è precluso la possibilità di una

---

<sup>136</sup> In questo senso R. POSNER in F. MENGARONI, voce <<Analisi economica del diritto>>, in Enc. Giur. Treccani, II, Roma, 1988, 5, per il quale nell'unità produttiva-famiglia il tempo è il fattore produttivo di maggior valore. Il marito si specializza nell'attività produttiva esterna di massimizzazione del reddito, per l'acquisto dei beni necessari al funzionamento dell'unità produttiva; la moglie si specializza nella produzione interna, massimizzando il valore del suo tempo come fattore produttivo del prodotto familiare. <<L'amore è la condizione del sentimento di una persona, per cui l'aumento dell'utilità e il benessere dell'amato aumenta -dello stesso ammontare- l'utilità e il benessere di chi ama. L'amore riduce i costi transattivi all'interno della famiglia e sostituisce il comando gerarchico che informa l'organizzazione imprenditoriale e le dichiarazioni contrattuali degli scambi volontari>>.

indipendenza economica<sup>137</sup>. Del resto se del sostentamento del soggetto bisognoso non venisse onerato l'ex coniuge, esso graverebbe sulla collettività, per la quale detto peso potrebbe essere insostenibile<sup>138</sup>.

Secondo un'altra opinione, all'assegno di divorzio sarebbe sotteso un problema di distribuzione delle ricchezze<sup>139</sup>.

Secondo quest'opinione, nonostante l'affermata parità formale tra i coniugi, il raggiungimento di un'effettiva parità all'interno della famiglia, non può dirsi obbiettivo pienamente raggiunto. Infatti se è vero che l'ordinamento afferma il principio di uguaglianza tra i coniugi, questo principio va perseguito nella relazione matrimoniale dal suo inizio, ma anche alla sua cessazione, non essendo coerente che il divorzio si risolva in arricchimento per uno ed impoverimento per l'altro, divenendo lo scenario in cui la divisione asimmetrica del lavoro domestico durante il matrimonio produca tutte le sue conseguenze negative.

Così lo strumento predisposto dal legislatore ai fini di distribuire la ricchezza prodotta nella famiglia, la comunione legale, risulta inidoneo ad attuare il principio di parità<sup>140</sup>, in quanto realizza la compartecipazione <<solo sul

---

<sup>137</sup> Secondo R. POSNER, *idem*, i divorzi sarebbero causati dall'aumento della domanda per i servizi delle donne, determinato dal mercato: l'aumento dei salari ha incrementato i costi-opportunità dell'attività casalinga, ovvero i redditi a cui la donna deve rinunciare per prendersi cura della casa e della prole.

<sup>138</sup> G. AUTORINO STANZIONE, *Divorzio e tutela della persona*, Napoli, 1981, 309: <<nel momento in cui si elimina dalla legge di divorzio l'aspetto sanzionatorio, il legislatore si trova di fronte ad una scelta necessitata: o risolvere il problema di tutela nell'ambito della solidarietà sociale, come drastica conseguenza dell'estinzione del rapporto di coniugio, o appellarsi ancora una volta alla persistente solidarietà familiare. E poiché all'atto pratico la prima strada risulta impercorribile perché estremamente gravosa, dal punto di vista economico, per la collettività, non resta che fare affidamento all'ultrattività della solidarietà familiare come fondamento dell'attribuzione dell'assegno>>

<sup>139</sup> E. AL MUREDEN E., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, cit., 68.

<sup>140</sup> L'affermazione secondo cui la comunione legale dovrebbe essere lo strumento per realizzare l'uguaglianza coniugale non è condivisa dalla dottrina. Piuttosto l'attuazione del principio di uguaglianza espresso negli artt. 3 e 29 Cost. si deve alla disposizione dell'art. 143, comma 3, c.c., che sancisce l'obbligo per entrambi i coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia in proporzione alle proprie sostanze alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo: in questo senso M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005 e PALDINI, *Tutela e valorizzazione del lavoro familiare: aspetti civilistici*, in *Famiglia e Lavoro: dal conflitto a nuove strategie*, a cura di Donati, Cinisello, Balsamo, 2005, 315 il quale però, non esclude che la comunione legale, sebbene non abbia per scopo quello di tutelare il coniuge debole, non possa realizzare forme di compensazione.

presupposto che i coniugi “trasformino” le proprie capacità di reddito in beni destinati a durare>><sup>141</sup>.

Per queste ragioni gli strumenti deputati ad attuare la parità coniugale, dovrebbero essere considerati l’assegno di mantenimento e l’assegno di divorzio, in particolare quest’ultimo dovrebbe avere una funzione perequativa<sup>142</sup>, il che non risulterebbe incompatibile con la funzione assistenziale che gli viene correntemente attribuita, poiché la sua commisurazione al tenore di vita matrimoniale pare rivolta a sanare lo squilibrio delle sfere economiche dei coniugi alla cessazione del matrimonio. Allorché l’assegno è inteso in funzione del tenore di vita matrimoniale, la teoria assistenziale viene contaminata dalla finalità contributiva.

E’ indiscutibile che all’esito del divorzio sussistano dei pregiudizi di carattere economico, ma l’eventuale debolezza di un coniuge non dipende dall’appropriazione ad opera dell’altro di ricchezze prodotte durante il matrimonio, ma da una condizione complessiva (la dedizione alla casa e ai figli, la rinuncia ad una carriera, l’assuefazione ad uno standard di vita, dipendenza economica dal coniuge forte) discendente anche dalle scelte personali del coniuge stesso (si pensi all’ipotesi in cui l’incapacità di svolgere un’attività lavorativa remunerata dipenda da una scelta del coniuge debole, il quale non abbia intrapreso una preparazione scolastica o professionale, facendo affidamento esclusivo sulle risorse dell’altro).

Pertanto se un problema di uguaglianza fra i coniugi si pone, esso non può dirsi collegato ad una squilibrata distribuzione delle ricchezze prodotte durante il matrimonio; ne si può sempre affermare che il contributo dato dal coniuge debole

---

<sup>141</sup> E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole*, cit., 75, secondo cui, benché dovesse essere la comunione legale il mezzo per attuare la parità tra i coniugi, promuovere l’emancipazione della donna e tutelare il lavoro casalingo, tali scopi non sono stati raggiunti. E ciò anche perché si registra una sempre crescente “fuga” dalla comunione legale alla separazione dei beni, le cui ragioni vanno ravvisate, nella maggiore snellezza nell’amministrazione dei beni del regime di separazione, nell’aumento delle separazioni legali e dei divorzi che accresce la consapevolezza del rischio che il matrimonio possa andare in crisi con la conseguenza applicazione del regime complesso che segue allo scioglimento della comunione, nell’intenzione delle donne lavoratrici di difendersi dall’ingerenza del marito.

<sup>142</sup> L’idea della funzione perequativa dovrebbe avere per conseguenza, secondo l’A. la <<collazione delle potenzialità>>, ovvero la considerazione, rispetto al coniuge forte di tutte le utilità che hanno concorso o avrebbero dovuto concorrere a creare il benessere e la sicurezza economica della famiglia, in confronto del coniuge debole le utilità di cui disponga per determinare la riduzione delle sue pretese.

durante il matrimonio, non abbia giovato pure a quest'ultimo, il quale ha potuto godere di un tenore di vita più alto, consentitogli da un incremento di redditi del coniuge lavoratore che non ha dovuto sobbarcarsi la cura della casa o della prole (né i costi qualora tale attività venga deferita a terzi).

Tra l'altro non si può sostenere che questo specifico problema non sia stato considerato dal legislatore, il quale contemplando fra i criteri determinativi dell'assegno anche quello compensativo ha inteso valorizzare proprio quegli apporti che esorbitano dall'obbligo di contribuzione e che non trovano una contropartita allo scioglimento del matrimonio.

Inoltre, nel nostro ordinamento è il regime di comunione legale ad essere deputato alla funzione di distribuzione della ricchezza prodotta durante il matrimonio, sul presupposto che tale ricchezza è normalmente frutto dell'impegno e dei sacrifici di entrambi i coniugi, attuando anche sotto il profilo economico quella comunione spirituale e materiale che è già alla base della scelta matrimoniale.

Ma la sua attuazione dipende dalla scelta degli sposi (i quali potrebbero optare anche per il regime di separazione dei beni), pertanto non si può dire che l'uguaglianza patrimoniale sia un aspetto essenziale della vita matrimoniale, né che la distribuzione delle ricchezze debba comunque intervenire, alla cessazione del matrimonio, calibrando secondo questa funzione l'assegno di divorzio.

In definitiva, non può dirsi che il matrimonio debba necessariamente postulare una equilibrata distribuzione delle risorse, e di conseguenza indirizzare l'assegno di divorzio verso questa funzione significa attribuire alla legge una volontà che le è estranea.

## Capitolo Terzo

### L'INDISPONIBILITÀ DELL'ASSEGNO DI DIVORZIO

#### 1. Gli orientamenti sulla natura dell'assegno di divorzio: indisponibilità, disponibilità, disponibilità processuale e indisponibilità sostanziale

Secondo la giurisprudenza consolidata l'assegno di divorzio è indisponibile. La tesi in discorso viene argomentata per lo più facendo riferimento al carattere assistenziale dell'assegno, il quale, essendo volto ad assicurare a colui che non abbia mezzi adeguati il mantenimento del tenore di vita goduto durante il matrimonio, sarebbe posto a presidio della tutela del coniuge debole e, pertanto, - riecheggiando le sentenze anteriori alla novella del 1987 che prospettavano la funzione assistenziale dell'assegno post-matrimoniale-, sarebbe sottoposto al limite dell'indisponibilità, <<cui soggiacciono, secondo un principio generale dell'ordinamento, emolumenti di varia natura correlati alle esigenze della vita<sup>143</sup>>> .

L'altro argomento a favore della tesi dell'indisponibilità viene rintracciato dalla giurisprudenza nel dato normativo dell'art. 9 l. div. il quale consente in ogni tempo, purché ricorrano giustificati motivi, la revisione delle disposizioni concernenti l'assegno di divorzio: se la disposizione consente di modificare l'assegno di divorzio senza alcun limite, allora si devono considerare vietati gli atti attraverso cui si impedisce l'applicazione della regola *rebus sic stantibus*.

Inoltre, secondo la giurisprudenza, la tesi dell'indisponibilità è stata rafforzata dalla novella del 1987, in quanto essa, avendo modificato il regime della corresponsione dell'assegno in unica soluzione, rimettendo al giudice la valutazione di equità di tale forma di pagamento, ha sottoposto la validità della relativa pattuizione al controllo giudiziale, configurando <<una sottrazione del diritto alla disponibilità delle parti, con la conseguente esclusione del potere dei

---

<sup>143</sup> Cass. 6 dicembre 1991, n. 13128 cit. e Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in Corr. giur. 1992, 863.

soggetti interessati di regolare in via preventiva ed autonoma gli effetti patrimoniali del divorzio<sup>144</sup>>>.

Diversamente dalla giurisprudenza, la dottrina maggioritaria<sup>145</sup> nega che il carattere assistenziale dell'assegno, senz'altro rafforzato dalla legge n. 74 del 1987, possa avere efficacia dirimente rispetto al problema della disponibilità, in quanto la stessa legge avrebbe introdotto numerosi indici dai quali dedurre la "privatizzazione" del divorzio, espressione con la quale, ormai diffusamente, si intendono <<gli accresciuti spazi dell'autonomia negoziale e la caduta progressiva di limiti in passato inderogabili<sup>146</sup>>>, secondo una tendenza già in atto nel diritto di famiglia e rafforzata dalla Novella del 74.

Gli indici legislativi dai quali la dottrina in discorso inferisce il riconoscimento, a livello normativo, dell'autonomia negoziale a favore degli ex coniugi vengono individuati nel principio della domanda, in virtù del quale l'assegno non può essere disposto *ex officio* dal giudice se non è stata proposta la domanda giudiziale in proposito, nell'art. 160 c.c. che sarebbe inapplicabile ai diritti patrimoniali conseguenti al divorzio e nell'art. 4, ultimo comma, l. div, il quale avrebbe introdotto una forma di divorzio consensuale<sup>147</sup>.

Il dato normativo risolutivo, in tema di disponibilità dell'assegno di divorzio, è poi considerato l'art. 5, comma 8, l. div. il quale, consentendo la corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno di divorzio, senza che in seguito il coniuge

---

<sup>144</sup> Cass. 6 dicembre 1991, n. 13128 cit. e Cass. 21 febbraio 2008 n. 4424, cit. secondo cui l'art. 5, comma 8, l. div., considerata la valutazione positiva del giudice alla quale è subordinata l'efficacia della corresponsione *una tantum* dell'assegno, <<non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio>>.

<sup>145</sup> Sostengono la disponibilità dell'assegno di divorzio E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, Napoli, 1987, G. FREZZA., *Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio*, in Dir. fam. pers., 1996, 1, 15 e V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, in Corr. Giur. 1992, 866 il quale ritiene che la non vincolatività delle intese in ordine alla determinazione degli effetti economici del divorzio <<possa essere motivata con ragioni diverse sia della disponibilità che dall'indisponibilità dell'assegno ed è, quindi, compatibile con entrambe le tesi>>.

<sup>146</sup> P. RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in Fam., 2004, I, 439.

<sup>147</sup> Così G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, IPSOA, 2000, secondo cui anche l'introduzione (per effetto dell'art. 5, l. n. 74/87) della regola secondo cui «l'eventuale interruzione della separazione deve essere eccepita dalla parte convenuta» (cfr. art. 3, n. 2, lett. b, comma 2, l. div.) appare costituire un altro chiaro sintomo dell'accentuazione di quella «privatizzazione» della vicenda del divorzio, strettamente connessa all'aumentata disponibilità della relativa procedura.

beneficiario possa avanzare ulteriori pretese economiche, deporrebbe senz'altro per una piena disponibilità del diritto in questione.

Secondo l'opinione in discorso, infatti, sebbene l'assegno di divorzio abbia carattere assistenziale, ad esso non sarebbe riferibile l'indisponibilità in quanto questa è un connotato proprio della prestazione alimentare e non di quella di mantenimento<sup>148</sup>; la corrispondenza tra l'assegno di divorzio e la prestazione di mantenimento risulterebbe rafforzata dalla posizione della giurisprudenza la quale attribuisce all'assegno di divorzio la funzione di assicurare al coniuge avente diritto il godimento del tenore di vita matrimoniale. Partendo da questo assunto giurisprudenziale, anche sotto il vigore della attuale legge sul divorzio, l'assegno sarebbe divisibile in due componenti: << la prima relativa agli alimenti necessariamente, del tutto indisponibile, la seconda relativa al mantenimento, disponibile>>.<sup>149</sup>

In proposito si può osservare che la distinzione tra prestazione alimentare e di mantenimento è inconfutabile, ma che l'assegno di divorzio vada inquadrato nel secondo termine dell'alternativa è affermazione che va giustificata alla luce dei dati normativi odierni, e non impostata sulla base dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza maggioritaria, e, comunque, non argomentata dalla dottrina che la propugna.

Inoltre la scissione dell'assegno di divorzio in due componenti, delle quali solo quella alimentare sarebbe indisponibile, dal punto di vista applicativo si risolve in una operazione poco utile, perché se anche i coniugi potessero liberamente accordarsi sull'*an* e sul *quantum* della componente relativa al mantenimento,

---

<sup>148</sup> In questo senso M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento*, in Foro it., 1995, V, 117 e G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 23 secondo cui << gli, innumerevoli, innegabili caratteri differenziali della prestazione alimentare rispetto all'assegno di divorzio ed al mantenimento del coniuge separato non consentono alcuna forma di estensione –né per via di interpretazione estensiva, né per via di analogia– ai secondi delle disposizioni dettate per la prima e tra queste, in maniera particolare, di quella consacrata nell'art. 447 c.c., norma che si pone in netto contrasto con un principio fondamentale dell'ordinamento, quale quello della libertà contrattuale>>.

<sup>149</sup> M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento*, cit. ed anche E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in Giur. It., 1993, I, 1, 338 il quale precisato << come un assegno "assistenziale" possa eccedere il "necessario ai bisogni di vita" e sconfinare nel "superfluo dei bisogni di vita">> considera l'assegno di divorzio disponibile per la parte che eccede i bisogni di vita.

l'indisponibilità della componente alimentare, consentirebbe comunque al coniuge bisognoso di avanzare una pretesa di contenuto economico nei confronti dell'altro, a prescindere da quanto questi abbia ricevuto a titolo di mantenimento e persino se vi abbia rinunciato, ma solo qualora il beneficiario dell'assegno versi nuovamente in stato di bisogno.

Inoltre l'affermazione della disponibilità limitatamente alla componente relativa al mantenimento dell'assegno di divorzio -immaginato che anche sotto il vigore dell'attuale normativa sia legittimo distinguere tra diverse componenti- deve tenere conto dell'art. 9 l. div. il quale ammettendo la revisione, comporta che gli accordi volti a determinare l'importo dell'assegno abbiano una efficacia provvisoria, ovvero sino a che, verificatosi lo stato di bisogno, il coniuge non avanzi pretese economiche.

La stessa dottrina che propugna la indisponibilità della componente alimentare e la disponibilità della componente relativa al mantenimento, rispetto alla regola *rebus sic stantibus*, ritiene che trattandosi di un principio di ordine pubblico, in quanto connesso a soddisfare esigenze primarie di vita, sarebbe regola inderogabile, di modo che tanto gli accordi tra i coniugi quanto i provvedimenti giudiziali potrebbero sempre essere revisionati al sopravvenire dello stato di bisogno con la conseguente nullità di ogni rinuncia all'assegno stesso<sup>150</sup>.

In definitiva, anche se concettualmente sono distinguibili più componenti nell'assegno di divorzio, questo rimane pur sempre un'unica prestazione e la riferibilità del carattere dell'indisponibilità ad una sola sua parte è una costruzione artificiosa, un'operazione priva di effetti sul piano pratico, ed infatti la stessa dottrina che la sostiene, in riferimento all'art. 9 l. div., finisce per ricusare la presunta differenza di regime tra dette componenti.

Si discosta parzialmente da quest'ordine di idee, una opinione che asserisce invece <<l'indisponibilità esterna al procedimento di divorzio<sup>151</sup>>>, sviluppando

---

<sup>150</sup> M. COMPORTE, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento* Comporti, cit. ed anche E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, cit. il quale ritiene sempre modificabile in ogni loro parte gli accordi preventivamente intercorsi fra gli ex coniugi e li considera incompatibili con l'art. 9 l. div. solo se stipulati con la clausola <<oggi e per il futuro>>.

<sup>151</sup> E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, 34,7cit.; in senso adesivo M. G. UDA, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in Fam. e dir. 1995, 17.

la disponibilità processuale del diritto in questione, secondo diversi modelli: rinunciando a proporre la relativa domanda; optando per il procedimento camerale di divorzio; formulando un accordo per la liquidazione dell'unica soluzione.

L'opinione in discorso precisa che <<al variare della forza dell'effetto preclusivo connesso alla disposizione processuale dell'assegno, varia l'ampiezza della disposizione stessa e varia anche l'incisività dei poteri di vigilanza del giudice<sup>152</sup>>> di modo che: in caso di "rinunzia alla domanda di assegno"<sup>153</sup>, considerata la regola di cui all'art. 9 l. div. che consente la proposizione di una nuova domanda in ogni tempo, fa riscontro la minima estensione dei poteri del giudice che non può pronunciare *ultra petita* e la massima ampiezza della disposizione processuale dell'assegno; in caso di "divorzio consensuale"<sup>154</sup> il giudice avrebbe un potere intermedio di verifica, limitato ad un controllo di legittimità e non esteso all'equità, mentre la disposizione processuale avrebbe ampiezza intermedia poiché avrebbe ad oggetto non solo la modalità di erogazione ma anche la determinazione del quantum (senza che si possa rinunciare ad una regolamentazione economica del divorzio); in caso di liquidazione dell'assegno *una tantum* si avrebbe la massima estensione dei poteri di controllo del giudice e la minima ampiezza della disposizione processuale dell'assegno, limitata alla sola modalità di erogazione.

E' stato efficacemente osservato, in contrario alla teoria ora esaminata, che <<la disponibilità processuale non è, e non può essere, che il riflesso di quella sostanziale<sup>155</sup>>>; si può aggiungere che la teoria della indisponibilità sostanziale e della disponibilità processuale, si fonda su assunti indimostrati (l'esistenza del

---

<sup>152</sup> E. DALMOTTO, *idem*, 350.

<sup>153</sup> La mancata proposizione della domanda di divorzio viene considerata dall'A. una rinunzia al diritto; dopo avere prospettato <<l'incompatibilità logica>> dell'applicazione dell'art. 9 l. div alla ipotesi in cui l'assegno non sia stato richiesto nel procedimento di divorzio e dunque non vi sia stata una statuizione giudiziale in proposito, per il fatto che <<non è riformabile ciò che non esiste>>, si ammette che le parti potranno proporre nuove autonome domanda di contenuto economico, conseguendo i medesimi risultati che se fossero ricorsi alla procedura di cui all'art. 9 l. div.

<sup>154</sup> Secondo l'A. l'art. 4, ultimo comma, l. div., regolante l'ipotesi di domanda congiunta di divorzio, avrebbe introdotto una forma di divorzio consensuale in relazione al quale il giudice svolgerebbe solo un controllo di legittimità, non anche un controllo d'equità, in ordine alle determinazioni economiche assunte dai coniugi divorziandi. Il controllo di legittimità dovrebbe vertere sulla operatività della clausola *rebus si stantibus* che i coniugi non possono escludere, ma non anche sulla conformità dell'importo pattuito ai criteri normativi di cui all'art. 5 l. div.

<sup>155</sup> G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in Riv. dir. civ., 1996, I, 700.

divorzio consensuale) o erronei (l'equazione tra mancata proposizione di domanda e rinuncia), come si avrà modo di spiegare.

Conclusivamente va evidenziato che se tradizionalmente il problema della natura dell'assegno di divorzio veniva risolto esaminando i suoi connotati intrinseci, quali la funzione e i presupposti legali per la sua sussistenza, attualmente esso risulta assorbito dal tema della validità o meno degli accordi stipulati tra i coniugi e volti a regolamentare le conseguenze patrimoniali del divorzio o della separazione. Tali accordi sono considerati dalla giurisprudenza nulli per illiceità della causa, in quanto volti a viziare o limitare la libertà di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, sia in relazione agli aspetti economici, sia in ordine alla stessa scelta di sciogliere il matrimonio.

Infatti è ormai ricorrente in giurisprudenza la massima secondo cui «qualora tali accordi costituissero una liquidazione anticipata dell'assegno di divorzio, sarebbero nulli, per essere sottratta alla piena disponibilità delle parti la regolamentazione in via preventiva e autonoma degli effetti patrimoniali del divorzio e per illiceità della causa, in relazione all'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel successivo giudizio di *status*<sup>156</sup>»

Dalla affermazione -pacifica in giurisprudenza e le cui *rationes decidendi* verranno per il momento trascurate- secondo cui gli accordi sono nulli, discenderebbe l'impossibilità di disporre del diritto: il diritto non può essere fatto oggetto di disposizione perché lo strumento contrattuale, in questa materia, è precluso ai coniugi. Dal quesito sulla disponibilità o meno dell'assegno di divorzio, la giurisprudenza è passata al quesito sulla validità o meno degli accordi in vista della crisi, assorbendo il primo problema nel secondo ed indicando la funzione assistenziale dell'assegno, da cui discenderebbe la indisponibilità, come una delle ragioni di nullità degli accordi<sup>157</sup>; ragione della quale, per vero, si

---

<sup>156</sup> Cass. 9 maggio 2000, n.5866, Giust. Civ. Mass. 2000, 964; in senso conforme Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, cit. e Cass. 1 dicembre 2000, n. 15349 in Giust. civ. Mass. 2000, 2516, per la quale «il principio di indisponibilità dei diritti di carattere economico riguardanti il futuro divorzio, in ordine ai quali il giudice non può essere condizionato da quanto stabilito dai coniugi in sede di separazione, non può che essere fatto valere ...in sede di dichiarazione di assegno di divorzio».

<sup>157</sup> Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, cit. statuisce la nullità dell'accordo stipulato tra i coniugi in vista della crisi, in forza «della radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio», in quanto contrastante con l'art. 9 l. div., ed aggiunge poi che «ancora più evidente appare il carattere di indisponibilità dell'assegno secondo la nuova disciplina di cui alla legge n. 74 del 1987, la quale ha configurato detto assegno con natura

potrebbe fare a meno, infatti ritenuto che gli accordi hanno causa illecita, anche se l'assegno fosse disponibile, essi sarebbero comunque nulli.

Si può osservare, come il problema della indisponibilità, vada trattato distintamente da quello della validità degli accordi. Infatti statuire che l'assegno di divorzio è indisponibile significa esplicitare i limiti ai quali sono sottoposti gli accordi che regolamentano le conseguenze patrimoniali del divorzio, mentre interrogarsi sulla validità degli accordi prematrimoniale significa chiedersi se anche in questa materia opera il principio della libertà negoziale oppure no.

## **2. Verifica della tesi della indisponibilità dell'assegno di divorzio alla luce dei dati normativi**

Ricondotto l'assegno di divorzio alla disciplina alimentare per ciò che concerne l'*an* e il *quantum*, l'esito della sua indisponibilità appare consequenziale, ma questa soluzione non può prescindere dall'analisi dei dati normativi, che vengono in rilievo nella materia del divorzio.

Asserire l'indisponibilità dell'assegno in quanto si è qualificata la sua funzione come alimentare, senza affrontare l'esame degli altri indici normativi, significherebbe risolvere il problema attraverso un'idea supposta e non dimostrata; piuttosto l'inquadramento dell'assegno di divorzio nella categoria degli alimenti, può dirsi corretta solo dopo avere verificato l'omogeneità delle discipline a cui soggiacciono le due prestazioni anche in punto di indisponibilità, ed è a partire da questa nozione che deve svolgersi il discorso.

Un diritto è indisponibile in quanto manca dell'attitudine a subire atti di disposizione, e ciò si verifica o perché esso è strettamente inerente, per sua natura, alla persona del titolare, o perché una norma di legge lo dichiara intrasmissibile<sup>158</sup>. Nel caso dell'assegno di divorzio, il legislatore non ha statuito l'indisponibilità, quindi in mancanza di un dato normativo espresso, è necessario verificare se la

---

eminente assistenziale; Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076, in Fam. e dir., 2003, 344 considera il carattere assistenziale dell'assegno solo incidentalmente, limitandosi ad affermare che <<gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime giuridico del futuro eventuale divorzio sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile che, per la sua natura assistenziale, è indisponibile in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio>>.

<sup>158</sup> In questo senso S. PUGLIATTI, *Saggi di diritto civile, Considerazioni sul potere di disposizione*, Milano, 195,.

prestazione in questione inerisca strettamente la persona del coniuge debole, ovvero se sia necessario assicurare l'effettiva destinazione di essa al sostentamento del coniuge bisognoso. Come si avrà modo di osservare, sebbene non sia espressamente sancita, l'indisponibilità dell'assegno di divorzio può ritenersi fondata dall'art. 160 c.c. e non esclusa da altre disposizioni o principi che correntemente vengono invocati dalla dottrina per sostenere la sua disponibilità. Inoltre, si può fin d'ora precisare che asserire l'indisponibilità dell'assegno di divorzio non significa negare validità agli accordi che l'hanno ad oggetto, in quanto detto carattere non esclude che gli ex coniugi possano stipulare convenzioni per regolamentare gli effetti economici della crisi, ma solo sottoporre ad un controllo gli effetti di questa convenzione, al fine di evitare che la prestazione venga distratta dalla sua fondamentale funzione di sostentamento al coniuge debole.

### **2.1. L'art. 9 l. div. e il principio dispositivo.**

L'assegno di divorzio è sottoposto alla regola *rebus sic stantibus*, ovvero alla possibilità di subire variazioni allorché sopravvengano, secondo il dettato dell'art. 9 l. div., <<giustificati motivi>>. In base a questa regola l'importo dell'assegno può subire un aumento, una diminuzione o estinguersi, in relazione al mutamento delle condizioni economiche dei coniugi o delle loro scelte esistenziali: variazioni nei redditi<sup>159</sup>, nuovi introiti<sup>160</sup>, sopravvenuti oneri familiari<sup>161</sup>.

In modo condivisibile, la giurisprudenza ritiene che la revisione dell'assegno di divorzio postuli non solo l'accertamento della sopravvenuta modifica delle

---

<sup>159</sup> La sopravvenuta diminuzione dei redditi da lavoro dell'obbligato può comportare la riduzione o l'estinzione dell'assegno di divorzio, anche se dipendente da una libera scelta dell'onerato, quale quella di svolgere attività a tempo parziale, anziché a tempo pieno (Cass. 11 marzo 2006, n. 5378, in *Dir. e Giust.*, 2006, 13, 19); può assumere rilievo quale giustificato motivo di concessione di un assegno non previsto nella sentenza di divorzio, la sopravvenuta diminuzione dei redditi del richiedente a seguito del collocamento in pensione, anche in caso di pensione di anzianità e non di vecchiaia (Cass. 3 agosto 2007, n. 1704, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 9).

<sup>160</sup> Può comportare la diminuzione dell'assegno di divorzio l'acquisto per successione ereditaria della proprietà di beni immobili (Cass. 23 agosto 2006, n. 18367, in *Giur. it.*, 2007, 2, 326).

<sup>161</sup> La nascita di figli, generati da una successiva unione, può comportare un depauperamento dell'obbligato, tale da giustificare la riduzione o la soppressione dell'assegno di divorzio (Cass. 30 novembre 2007, n. 25010, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11); per quanto riguarda la convivenza *more uxorio* e la sua rilevanza nel giudizio sulla concessione dell'assegno di divorzio si è già parlato al § 2.1, cap. II, le stesse conclusioni possono prendersi in riferimento alla sua incidenza nel giudizio di revisione dell'assegno.

condizioni economiche degli ex coniugi, ma anche l'idoneità di tale modifica a mutare il pregresso assetto patrimoniale realizzato con il precedente provvedimento attributivo dell'assegno, nel senso che <<il giudice al fine di riconoscere un giustificato motivo di revisione, deve accertare l'effettività di sopravvenienze siffatte e verificare l'esistenza di un nesso di causalità fra le medesime e l'instaurazione di una nuova (ovvero il superamento della precedente) situazione di bisogno<sup>162</sup>>>.

Invero se l'assegno ha funzione assistenziale soltanto l'aggravamento dello stato di bisogno può giustificare una revisione di esso; ma potrebbe anche accadere che l'assegno di divorzio sia stato determinato in un importo esiguo, tale da non risolvere la difficoltà economica del beneficiario, a causa della situazione economica non florida del coniuge obbligato: in questo caso il miglioramento delle condizioni economiche dell'obbligato sarebbe motivo giustificato per incrementare l'assegno di divorzio, poiché a risolvere lo stato di bisogno del coniuge debole non si era ancora compiutamente provveduto.

Ma in giurisprudenza l'indagine sullo stato di bisogno, viene condotta tenendo conto che l'assegno di divorzio deve garantire il tenore di vita matrimoniale, di modo che se il coniuge beneficiario non ha ancora raggiunto detto livello di vita, il miglioramento della situazione economica dell'obbligato potrebbe sempre comportare un aumento; per di più l'incremento dell'assegno potrebbe avvenire perfino al di fuori di una situazione di bisogno -intesa, oltretutto, come mancanza dei mezzi adeguati a godere il tenore di vita matrimoniale-, poiché la giurisprudenza ritiene che ai fini della decisione sulla richiesta di revisione dell'assegno devono considerarsi anche gli incrementi di reddito dell'ex coniuge che si configurino come ragionevole sviluppo di situazioni presenti al momento del divorzio e rapportabili all'attività svolta e al tipo di qualificazione professionale<sup>163</sup>. Questa soluzione non pare condivisibile, in quanto sciolto il matrimonio non si può affermare il diritto dell'ex coniuge a partecipare alle fortune dell'altro e a condividere i guadagni così ottenuti.

---

<sup>162</sup> Cass. 16 novembre 1993, n.11326, cit.

<sup>163</sup>Cass. 26 giugno 1997, n. 5720, in Giust. civ., Mass., 1997, 1064 e Cass. 28 gennaio 2000, n. 958, in Giust. civ., 2000, I, 679 sulla opportunità di questo orientamento si vedano i rilievi svolti al § 1.1., cap. II.

Per ciò che concerne la quantificazione dell'assegno di divorzio in caso di revisione, non deve essere compiuta una nuova determinazione della misura sulla base di tutti i criteri previsti dall'art. 5, comma 6, l. div., poiché la rilevanza del criterio risarcitorio e compensativo sono già stati valutati all'epoca della prima determinazione dell'assegno e i fatti su cui essi si fondano non sono suscettibili di una modifica che possa dar luogo ad aggravamento o all'insorgenza dello stato di bisogno: l'apporto che il coniuge ha dato durante il matrimonio e l'imputazione della crisi coniugale ad un coniuge sono fatti compiuti durante il matrimonio e la cui valutazione è già stata fissata con le statuizioni sul riconoscimento dell'assegno; il procedimento di modifica di esso richiede solo di valutare se siano sopravvenute successivamente al divorzio cause che giustifichino una diversa misura dell'assegno<sup>164</sup>.

Secondo la giurisprudenza, il giustificato motivo che legittima la revisione dell'assegno deve consistere in un fatto nuovo successivo alla pronuncia sulla domanda giudiziale relativa al riconoscimento dell'assegno, in quanto i fatti pregressi non adottati in seno al procedimento di divorzio, rimangono esclusi dal giudizio sulla revisione dell'assegno in base alla regola generale per la quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Per queste ragioni <<nel caso di mancata attribuzione dell'assegno divorzile, in sede di giudizio di divorzio, per rigetto o per mancanza della relativa domanda, la determinazione dello stesso può avvenire solo in caso di sopravvenienza di giustificati motivi<sup>165</sup>>> .

---

<sup>164</sup>In questo senso Cass. 14 settembre 2002, n. 13860, in *Dir. e giust.* 2002, 36, 29, Cass. 26 novembre 1998, n. 12010, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2465, e Cass. 23 ottobre 2007, n. 22249, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10. *Contra* Cass. 15 febbraio 1995, n. 1616 in *Dir. Fam.* 1995, 1388 secondo cui, in sede di revisione dell'assegno di divorzio si devono considerare tutte le condizioni che hanno concorso alla determinazione iniziale di detto assegno << con la conseguenza che il mutamento di una sola delle condizioni sulle quali era stata basata la quantificazione dell'assegno predetto non può essere di per se sola posta a fondamento della revisione >>. Si può criticamente osservare che, considerata la funzione assistenziale conferita dalla legge all'assegno, i soli dati da prendere in considerazione ai fini della modifica della misura dell'assegno di divorzio sono la sopravvenienza di uno stato di bisogno, il suo aggravarsi o il suo venir meno. La concorrenza dei criteri diversi da quello assistenziale, può ragionevolmente fondarsi nel giudizio di revisione solo se, essendo il coniuge obbligato in una situazione economica non florida, l'assegno sia stato commisurato senza dare adeguato peso al criterio compensativo e risarcitorio: infatti, migliorata la condizione economica dell'obbligato, il coniuge avente diritto potrà pretendere una quantificazione dell'assegno di divorzio che tenga conto di tutti gli indici normativi.

<sup>165</sup>Cass. 25 agosto 2005, n. 17320, in *Il civilista*, 2010, 6, 10, Cass. 2 novembre 2004, n. 21049, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 11 e Cass. 2 febbraio 2006, n. 2339, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2.

La soluzione proposta dalla giurisprudenza, anche in riferimento alla mancata proposizione della domanda, non può essere condivisa, in quanto essa comporterebbe di considerare l'assegno stesso rinunziabile (benché lo stato di bisogno sussista fin dal tempo del divorzio, esso non potrà farsi valere fino a che non intervenga un fatto nuovo che aggravi lo stato di bisogno, costituendo un giustificato motivo legittimante la revisione), conclusione questa in netto contrasto con la tesi della indisponibilità che la stessa giurisprudenza propugna con fermezza.

Invero, anche la dottrina<sup>166</sup> -sulla scorta di un orientamento risalente<sup>167</sup>, formatosi sotto il vigore dell'originaria l. 898 del 1970- ha prospettato una discutibile interpretazione dell'art. 9 l. div. il quale sarebbe applicabile solo nelle ipotesi in cui sia stata resa una precedente sentenza di divorzio che statuisca anche in ordine al riconoscimento del diritto all'assegno; secondo questa dottrina, poiché non può essere sottoposto a modifica una statuizione che non esiste, al coniuge al quale non sia stato riconosciuto l'assegno di divorzio, per mancata presentazione della domanda o per rigetto della stessa, sarebbe preclusa -non tanto la modifica della statuizione: sarebbe effettivamente illogico pensare di modificare ciò che non esiste- anche una successiva autonoma domanda di assegno.

Benché l'art. 9 l. div., si esprima in termini di revisione, sarebbe contrario al senso della disposizione, precludere al coniuge, che non abbia proposto domanda per il riconoscimento dell'assegno di divorzio, di chiederlo successivamente. Quest'ultimo infatti potrebbe non averlo chiesto, perché effettivamente non versava nello stato di bisogno, perché si era accordato in tal senso con l'altro, o perché intendeva recidere anche quel residuo legame economico, che resta in piedi in seguito al divorzio.

Il senso dell'art. 9 l. div., al di là del tenore letterale, risulta chiaro: la funzione assistenziale della prestazione esige il suo adeguamento ai nuovi bisogni del creditore, e nel caso in cui a quei bisogni non si sia mai fatto fronte, quale che sia la ragione, una volta fatto valere dal coniuge il suo stato di bisogno, ad esso si

---

<sup>166</sup>M. G. UDA, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, cit.

<sup>167</sup>L. BOVE, *Le modificazioni dei provvedimenti giudiziali*, in Comm. sul divorzio, diretto da P. Rescigno, Milano, 1980, 615 e L. ROSSI CARLEO, *Pronuncia di divorzio e domanda di assegno*, in Giur. It., 1975, I, 2, 705.

dovrà provvedere; del resto se l'art. 9 l. div. consente espressamente la revisione dell'assegno per sopperire ai nuovi bisogni del coniuge, *a fortiori* essa fonda il diritto all'assegno quando allo stato di bisogno non si sia mai provveduta o quando esso insorga per la prima volta, successivamente al divorzio.

Certamente l'ipotesi in cui la domanda non è stata proposta va regolata diversamente da quella in cui è stata rigettata: in quest'ultimo caso soltanto un fatto nuovo che comporti lo stato di bisogno del coniuge potrebbe giustificare la proposizione di una nuova autonoma domanda di assegno di divorzio, il quale andrà determinato guardando a tutti i criteri previsti dall'art. 5 l. div. (se l'assegno non è stato riconosciuto, per insussistenza del presupposto fondamentale, neppure il criterio compensativo e risarcitorio sono stati contemplati).

La domanda che per la prima volta viene proposta in seguito alla pronuncia di divorzio, sarà sottoposta alla disciplina dell'art. 5, comma 6, l. div. ma si potrà far valere, a fondamento di essa, anche la situazione preesistente al divorzio<sup>168</sup> e non pare convincente l'idea che in questo caso l'assegno andrebbe negato perché i fatti sopravvenuti alla pronuncia di divorzio risultano <<non legati ad essa da alcun nesso causale>><sup>169</sup>: infatti, lo scopo dell'art. 5, comma 6, l. div. non è quello di riequilibrare le sfere economiche dei coniugi, o ricompensare il coniuge impoverito dal divorzio, ma quello di sopperire ad uno stato di bisogno, di modo che il nesso causale tra il divorzio e la difficoltà economica non risulta un presupposto richiesto dalla legge, né esplicitamente né implicitamente.

Si può aggiungere che l'inerzia del titolare (*rectius*: la mancata proposizione della domanda) o la scelta di accontentarsi di un importo inferiore costituiscono esercizio del diritto all'assegno di divorzio, e non rinuncia o modalità di disposizione di esso.

Questa constatazione consente di comprendere come il principio dispositivo, in virtù del quale l'assegno non può essere attribuito *ex officio*, essendo sottoposto al

---

<sup>168</sup>Cass. 25 agosto 1998, n. 8427, in Giur. it., 1999, 151, 690, con cui è stata riformata la sentenza che aveva negato l'assegno di divorzio, attribuendo rilevanza al lungo periodo di tempo decorso dalla sentenza di divorzio, ossia ad un elemento del tutto ininfluenza ai fini della disciplina in esame, <<stante l'imprescrittibilità e irrinunciabilità del diritto all'assegno>>.

<sup>169</sup>L. BARBIERA, *Può la solidarietà coniugale operare ventidue anni dopo il divorzio?*, in Giur. It., 1999, 151, 690, il quale critica la posizione della sentenza 25 agosto 1998, n. 8427, cit. perché il divorzio, diversamente dalla separazione, comporta <<il venir meno di ogni obbligo fra gli ex coniugi, compreso quello di assistenza>>.

principio della domanda, non possa comunque costituire un argomento ragionevole ai fini di sostenere la tesi della disponibilità dell'assegno<sup>170</sup>.

Rinunziare ad un diritto significa dismetterlo senza trasferirlo ad altri e postula un atto di decisione, il quale può essere sotteso alla mancata proposizione della domanda, come non essere sotteso. Inferire dalla mancata proposizione della domanda la volontà del titolare del diritto di rinunciare, significa fondare la soluzione della disposizione del diritto su un preconcetto non dimostrato.

Quindi accantonata l'idea che la mancata proposizione della domanda comporti sempre una rinuncia del diritto, il problema si sposta sulla derogabilità o meno dell'art. 9 l. div.

Questa disposizione è volta ad evitare che l'insorgenza di un nuovo bisogno, sia del coniuge debitore che di quello creditore, possa rimanere sfornito di tutela; infatti essa esclude che il debitore possa essere onerato di una prestazione troppo gravosa rispetto alle sue possibilità economiche (diminuite da un fatto sopravvenuto alle statuizioni sull'assegno) e che il creditore non abbia soccorso nel caso sorga un nuovo bisogno. Pertanto l'inderogabilità della norma va considerata in riferimento agli interessi di entrambi i coniugi divorziati: l'interesse del coniuge bisognoso ad un tenore di vita dignitoso, e l'interesse del coniuge obbligato a non condurre una vita alla soglia della sopravvivenza, a causa della prestazione a cui è tenuto nei confronti dell'altro con il concorso del fatto sopravvenuto che diminuisce le sue possibilità economiche.

Poiché sono in gioco diritti fondamentali della persona, la soluzione della derogabilità deve essere esclusa. Il coniuge debitore, in realtà, potrebbe essere portatore di un altro interesse che potrebbe giustificare la derogabilità dell'art. 9 l. div.: l'interesse a chiudere definitivamente il rapporto con l'altro. Detto interesse non è ignorato dal legislatore, ma sottoposto ad una disciplina diversa, quella

---

<sup>170</sup>Ritiene il principio della domanda un argomento a favore della disponibilità dell'assegno G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit. il quale tra l'altro ritiene che la circostanza che la rinuncia non abbia carattere vincolante, perché la domanda potrebbe sempre essere riproposta in separata sede, non depone certo a favore della tesi dell'irrinunciabilità dell'assegno di divorzio, in quanto la successiva richiesta di concessione dell'assegno è sottoposta, alla regola dell'art. 9 l. div., e dunque ha per suo presupposto imprescindibile un mutamento delle circostanze di fatto rispetto alla situazione sussistente all'atto della pronuncia di scioglimento del matrimonio. In questo senso anche V. CARBONE, *E' sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?*, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, 134, secondo cui l'art. 5, comma 6, l. div., postulando la domanda di parte, avrebbe introdotto <<un primo spazio all'autonomia pattizia dei coniugi>>.

dell'art. 5, comma 8, l. div., la quale dunque da un lato lo tutela, dall'altro lo sottopone ad un controllo giudiziale che inevitabilmente limita l'autonomia privata dei coniugi divorziati e della cui trattazione ci si occuperà in seguito.

## **2.2. L'art. 4, ultimo comma, l. div.**

Secondo numerosi autori<sup>171</sup>, in tema di disponibilità del diritto all'assegno, riveste particolare valore la possibilità che il ricorso venga presentato congiuntamente, secondo la disciplina dell'art. 4, ultimo comma, l. div., mentre in giurisprudenza l'affermazione della autonomia negoziale dei coniugi con riferimento alla disposizione in esame, è rimasta isolata<sup>172</sup>.

Questa disposizione consente ai coniugi di affidarsi alla procedura semplificata di divorzio: la domanda congiunta di divorzio << che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici >> dà avvio alla procedura in camera di consiglio del tribunale, assai più spedita rispetto alla procedura contenziosa che si instaura su domanda di uno dei coniugi.

Infatti è previsto che <<il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza >>. Secondo la dottrina in esame, la norma in questione, prevedrebbe un controllo giudiziale, limitato alla sola legittimità (ovvero alla sola sussistenza dei presupposti di legge in ordine allo scioglimento del matrimonio) nonché alla rispondenza dell'accordo dei coniugi all'interesse della prole, in quanto soltanto <<qualora il tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con l'interesse degli stessi, si applica la procedura di cui al comma 8 >>.

---

<sup>171</sup>G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 601, il quale propende per l'indisponibilità dell'assegno pur ammettendo che nella l. div. esistono <<momenti di autonomia privata che l'interprete deve cogliere e rispettare >>, uno dei quali sarebbe, appunto, l'ultimo comma dell'art. 4; G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum >> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit.

<sup>172</sup> Trib. Monza, 24 ottobre 1988, in Foro it., 1989, I, 542, secondo cui <<la disposizione che impone la previsione giudiziale dell'indicizzazione dell'assegno di divorzio a favore del coniuge, prescindendo dalla necessità di una specifica domanda dell'interessato, non trova applicazione in caso di domanda congiunta di divorzio, di fronte all'inequivocabile intenzione delle parti di sottrarre l'assegno stesso a qualsiasi meccanismo di adeguamento preventivo >>.

In altre parole mentre l'interesse dei figli rimarrebbe centrale nella verifica del giudice, per ciò che concerne i rapporti patrimoniali fra i coniugi, essi sarebbero sottratti al suo sindacato.

Innanzitutto si può osservare che la procedura di cui al comma 8, al quale il comma 16 dell'art. 4 rimanda, è quella ordinaria imbastita secondo le regole del processo divorzile, il cui oggetto sarà, non solo la disciplina dell'affidamento e mantenimento dei figli, ma anche la sistemazione dei rapporti economici dei coniugi (infatti il presidente, fallita la conciliazione, potrà prendere <<i provvedimenti temporanei ed urgenti che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole>>).

Secondariamente non sembra ragionevole ritenere pregnanti le espressioni letterali in un contesto normativo in cui le parole non sono state pesate, a tacere del fatto che se davvero nella procedura camerale il giudice non dovesse verificare la conformità a legge della sistemazione dei rapporti patrimoniali dei coniugi, non avrebbe senso la prescrizione normativa dell'obbligo di indicare le condizioni relative ai loro rapporti economici.

Inoltre, se è vero che i coniugi, proprio perché d'accordo in ordine alla stessa scelta di divorziare, possono presentare al giudice le condizioni concordate, questo non significa escludere ogni controllo giudiziale in ordine ad esse, né avere introdotto una forma di divorzio consensuale come pure talvolta si sostiene; sembra, piuttosto, che con la disposizione in esame si sia voluto adottare una procedura semplificata in quanto non vi siano ragioni di disaccordo né violazione delle norme sostanziali dettate in tema di diritti.

Appare non condivisibile, pertanto, l'idea che innestato il procedimento abbreviato di divorzio, i coniugi divorziati possano derogare all'art. 9 l. div.

L'opinione in esame giunge, poi, a soluzioni contraddittorie quando ammette l'autonomia negoziale limitatamente al divorzio su domanda congiunta: posto che il dissenso sulla scelta di divorziare non esclude necessariamente il consenso in ordine alla regolamentazione dei rapporti economici, non risulta chiaro il perché gli accordi coniugali assunti fuori dal processo non dovrebbero avere efficacia vincolante.

In altre parole quale sarebbe la differenza fra un accordo assunto dai coniugi consenzienti a divorziare, ed un contratto stipulato fra i coniugi in disaccordo sullo scioglimento di matrimonio: nel secondo caso probabilmente -ma si tratterebbe di una supposizione- il contratto potrebbe influenzare il contegno processuale di un coniuge, ma questa constatazione non risulta rilevante ai fini dell'indisponibilità del diritto, ma solo in tema di nullità dell'accordo in sé, su cui si avrà modo di discutere in seguito.

### **2.3. L'art. 160 c.c.**

L'art. 160 c.c. dispone che << gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio >>.

Fin dall'epoca anteriore alla novella del 1987, la norma in questione veniva utilizzata per argomentare tanto l'indisponibilità quanto la disponibilità dell'assegno di divorzio secondo che si vedesse o meno in esso un diritto discendente dal matrimonio oppure no. Ancora oggi, secondo alcuni l'art. 160 c.c. si applicherebbe anche all'assegno di divorzio, in quanto il potere di proporre una domanda che lo concerne è pur sempre un "diritto previsto dalla legge per effetto del matrimonio", poiché esso sorge, sia pur in correlazione con la domanda di divorzio, quando il matrimonio non è ancora sciolto; secondo altri da esso non deriverebbe alcun limite alla disponibilità dell'assegno di divorzio, perché quest'ultimo sarebbe un diritto discendente non dal matrimonio, ma dallo scioglimento di esso ed anche perché l'accordo sarebbe stipulato dai coniugi ma non avrebbe effetto finché il matrimonio esiste, essendo sospensivamente condizionato alla cessazione dello stesso.

Secondo altra dottrina l'art. 160 c.c. sarebbe applicabile anche ai diritti discendenti dal divorzio, ma in virtù di un'applicazione analogica che estenda la previsione dall'ambito del matrimonio all'ambito dello scioglimento del matrimonio<sup>173</sup>.

---

<sup>173</sup>E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, cit.; giunge allo stesso risultato ma argomentando dall'ultrattività del matrimonio C. RIMINI, *L'assegno di divorzio tra tenore di vita matrimoniale e stato di bisogno*, Nuova Giur. Civ. Comm., 1991, II, 3.

Dal canto suo, la giurisprudenza ritiene possibile desumere dall'art. 160 una regola di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, applicandolo, pertanto anche al divorzio<sup>174</sup>.

Tuttavia si può ritenere che la qualificazione dell'assegno di divorzio come un diritto discendente dal matrimonio o meno è operazione non risolutiva al fine di giustificare l'applicazione dell'art. 160 c.c. ai diritti discendenti dal matrimonio, tanto più che, se è vero che il diritto all'assegno post-matrimoniale ha per presupposto lo scioglimento del matrimonio e dunque, per indefettibile fondamento, una pronuncia che statuisca in ordine al divorzio, è altresì vero che lo stesso divorzio sottende un precedente valido matrimonio, di modo che si potrebbe sostenere che il diritto in questione nasca da una fattispecie complessa che postula un matrimonio ed il suo scioglimento. Oltretutto la sottrazione dei diritti conseguenti allo scioglimento del matrimonio dal divieto di cui all'art. 160 c.c. appare contraddittoria in punto di tutela del coniuge debole, poiché sarebbe incoerente considerare indisponibili i diritti durante la normale fase di convivenza in cui permane la sicurezza del vincolo, e non nella fase di scioglimento del matrimonio in cui l'ex coniuge avrà il diritto unicamente all'assegno di divorzio<sup>175</sup>.

Pertanto, ai fini di verificare l'ambito di applicazione della disposizione suddetta è necessario procedere ad interpretarla secondo i tradizionali dettami dell'operazione ermeneutica.

Partendo dalla collocazione sistematica della norma, si può osservare che l'art. 160 c.c. è posto nel capo VI relativo al regime patrimoniale della famiglia, dunque a primo acchito si potrebbe ritenere che esso valga a limitare l'autonomia dei coniugi in riferimento ai diritti e ai doveri nascenti dal regime patrimoniale prescelto, o in ordine alla stessa scelta di essi o in ordine alla possibilità di creare regimi atipici o, infine, in relazione alla possibilità di derogare la disciplina propria di ciascun regime. Nessuna di queste indicazioni può essere assecondata,

---

<sup>174</sup>Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810, in Corr. Giur., 2000, 1021 la quale statuisce che l'art. 160 c.c. non può essere riferito alla sola fase fisiologica dell'unione coniugale.

<sup>175</sup>In questo senso T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, 62, il quale osserva che proprio nella fase della crisi, l'esigenza di tutela <<appare più pressante essendo il coniuge non autonomo patrimonialmente più facilmente esposto alle pressioni dell'altro (ad esempio, potrebbe essere indotto a rinunciare a pretese economiche affinché l'altro non ponga ostacoli all'affidamento dei figli), non sempre suscettibili di prova in giudizio>>.

infatti: ai sensi dell'art. 159 c.c. la scelta del regime patrimoniale è rimessa ai coniugi (soltanto in mancanza di diversa pattuizione delle parti si costituirà la comunione legale); ai sensi dell'art. 161 c.c. i coniugi possono pattuire che i loro rapporti economici siano disciplinati secondo regimi in vigore presso ordinamenti stranieri o dagli usi; infine, la disciplina del regime relativo alla comunione legale consente delle deroghe (si pensi alla comunione convenzionale o alla possibilità sancita dall'art. 191, comma 2, di escludere l'azienda, gestita da entrambi i coniugi e costituita dopo il matrimonio, dalla comunione legale,) o sancisce espressamente l'inderogabilità di alcune attraverso la sanzione della nullità.

Ne deriva che l'ambito applicativo della disposizione in esame non può essere identificato nei diritti e doveri dei coniugi scaturenti dal regime patrimoniale della famiglia.

L'art. 160 c.c. ha per rubrica la formula <<diritti inderogabili>> mentre nel testo della disposizione il riferimento è ai diritti e ai doveri dei coniugi, con un chiaro parallelismo con la rubrica del capo IV <<dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio>>. L'indagine letterale sulla norma porta all'applicazione di essa ai doveri coniugali tra i quali vanno collocati, per espressa indicazione dell'art. 143 c.c., sia i doveri di carattere personale (obbligo di fedeltà, di assistenza morale, di collaborazione e di coabitazione) sia il dovere di assistenza materiale, poi meglio specificato dal comma 3 dell'art. 143 c.c., che costituisce prestazione intrinsecamente patrimoniale.

In proposito è stato osservato che l'applicazione dell'art. 160 c.c. ai doveri di carattere personale renderebbe il divieto di deroga in esso contenuto pleonastico, per la ragione che detti doveri, in quanto aventi contenuto extrapatrimoniale, non potrebbero comunque essere oggetto di contratto; conseguentemente il divieto contenuto nella disposizione in questione sarebbe applicabile unicamente ai doveri patrimoniali<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup>Così R. SACCO, *Diritti inderogabili* (sub art. 160 c.c.), in Commentario alla riforma del diritto di famiglia a cura di G. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 1, CEDAM, Padova, 1977, il quale applica il divieto di cui all'art. 160 alle convenzioni aventi ad oggetto i doveri di contribuzione sanciti dall'art. 143, 3 comma, c.c. e dall'art. 148 c.c. Invero in una prima fase del discorso l'A. distingue <<diritti sui beni di altri familiari>> ovvero quelli derivanti dai regimi patrimoniali della famiglia, diritti extrapatrimoniali ovvero i doveri coniugali personali, e <<diritti a prestazione intrinsecamente patrimoniali (alimenti, mantenimento, contribuzioni agli oneri del matrimonio)>>; in una seconda fase argomenta l'inapplicabilità dell'art. 160 c.c. alla prima e alla seconda

Ma questa constatazione non esclude che i coniugi, pur senza fare un dovere coniugale oggetto di valutazione economica, possano escludere l'adempimento di uno dei doveri in questione o di tutti. In quest'ultimo caso si verifica la simulazione del matrimonio e l'art. 123 c.c. ne sancisce l'annullabilità, lasciando trasparire lo sfavore del legislatore per le convenzioni con cui i coniugi stabiliscono di non rispettare i doveri e non esercitare i diritti nascenti dal matrimonio (diversamente, e posta la totale mancanza di volontà, il legislatore avrebbe dovuto propendere per la soluzione della nullità).

Rimane priva di soluzione l'ipotesi in cui i coniugi decidono di escludere il rispetto di uno o di alcuni doveri coniugali, la quale non potrebbe ricadere sotto la disciplina dell'art. 123 c.c. che regola la simulazione assoluta. Sviluppando l'intenzione che il legislatore ha mostrato di coltivare in riferimento a quest'ultima, sembra potersi sostenere che ugualmente censurabili sono le simulazioni parziali, la cui nullità e conseguente inefficacia sembra fondata proprio in virtù dell'art. 160 c.c., il cui ambito di applicazione sarebbe appunto quello di vietare che i coniugi possano fare oggetto di disposizione i doveri coniugali, sia quelli personali che quelli patrimoniali.

Dalla conclusione della indisponibilità dei doveri coniugali non discende il divieto di porre in essere accordi relativi alla determinazione di essi, ma solo che detti patti non possono derogare lo statuto normativo previsto per essi, escludendoli del tutto o alterando il principio di uguaglianza morale e materiale su cui essi si fondano (sarebbe nullo un accordo fra i coniugi con cui si escludesse il rispetto del dovere di fedeltà o si decidesse che uno soltanto dei coniugi provveda al soddisfacimento dei bisogni familiari).

---

categoria, ingenerando così l'idea che l'inderogabilità si riferisca alla terza categoria dei diritti; in una terza fase restringe l'applicazione dell'art. 160 c.c. al solo dovere di contribuzione senza argomentare l'esclusione, dall'ambito del divieto, del diritto al mantenimento e del diritto agli alimenti, per poi concludere affermando che «< in modo più lato, l'art. 160 c.c. ricorda che i negozi patrimoniali non possono aggirare le regole sui diritti extrapatrimoniali dei coniugi>>». In proposito si può, inoltre, osservare che ai sensi dell'art. 1174 c.c. la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale del creditore, pertanto avvalorando la distinzione tra patrimonialità in senso oggettivo e in senso soggettivo (che si ha allorché la possibilità di valutazione economica dipende dalla controprestazione o da una valutazione delle parti) anche i doveri personali fra i coniugi potrebbero costituire oggetto di un contratto, il quale sarebbe nullo in virtù dell'art. 160 c.c., ma ciò non impedirebbe di configurare l'esistenza di un contratto, ancorché illecito.

Quanto alla sorte dei doveri coniugali nella fase della crisi del matrimonio e, dunque, alla applicazione dell'art. 160 c.c. in caso di separazione o divorzio, si può osservare che in seguito alla separazione detti doveri non vengono meno ma subiscono significativi cambiamenti; il dovere di assistenza materiale si traduce in dovere di mantenimento, o nell'obbligo di corrispondere gli alimenti al coniuge a cui sia stata addebitata la separazione. In caso di divorzio i doveri coniugali di carattere personale si estinguono mentre al mantenimento viene sostituito il dovere di corrispondere l'assegno post-matrimoniale il quale conserva pur sempre – giusta la modifica apportata dalla novella del 1978- una funzione assistenziale. Anche la collocazione della norma nel capo relativo ai regimi patrimoniali della famiglia, alla luce dell'interpretazione proposta, non sembra più inappropriata: sembra infatti che l'art. 160 c.c. voglia ammonire i coniugi, nonostante la riconosciuta autonomia negoziale relativamente ai rapporti giuridici derivanti dai regimi patrimoniali, a non derogare le regole relative ai doveri coniugali, personali o patrimoniali, che siano.

Se l'interpretazione proposta è corretta<sup>177</sup>, l'assunto della indisponibilità dell'assegno di divorzio non contraddice l'art. 160 c.c., ma anzi ne trae argomento.

---

<sup>177</sup>In senso difforme G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit. secondo cui <<la sfera di operatività dell'art. 160 c.c. va correttamente ridotta al solo campo di quegli accordi con cui i coniugi intendessero eventualmente disciplinare – a mezzo di convenzioni matrimoniali, ma anche di negozi unilaterali o di contratti di diritto comune – il c.d. “regime primario della famiglia” in maniera difforme da quella stabilita dagli artt. 143, 3° co., 147 e 148 c.c.>>. Secondo l'A. la storia dell'art. 160 c.c. insegna che tale norma è erede dell'art. 1379 c.c. del 1865 («Gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo della famiglia, né a quelli che vengono dalle legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice»), a sua volta mutuata da quell'art. 1388 Code Napoléon che non poche discussioni aveva sollevato in sede di lavori preparatori, la quale dunque sarebbe stata posta a presidio della tutela delle prerogative del marito come capo della famiglia. L'argomento storico sembra dunque sconsigliare la riferibilità della norma in esame alla fase patologica del rapporto coniugale: anche dopo la sostituzione della «regola del capo» con quella della parità, l'attenzione del legislatore continua ad essere rivolta, nell'art. 160 c.c., alla fase di normale svolgimento della vita coniugale, né la parità può essere conseguita al prezzo di ridurre i coniugi ad uno stato di semi-incapacità, mediante l'enunciazione di divieti a contrarre, in pieno contrasto con la regola del pieno accordo sulle «condizioni» della separazione, che caratterizza la soluzione non contenziosa della crisi coniugale. Ciò sarebbe confermato anche dalla collocazione dell'art. 160 c.c., posto all'interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d'ordine economico dell'unione coniugale nella sua fase fisiologica.

## 2.4. L'art. 5, comma 8 l. div.

### 2.4.1 Scopo della norma e suo ambito di applicazione.

La tesi dell'indisponibilità dell'assegno divorzile deve tener conto di un altro dato normativo, conseguente alla Novella del 1987. L'art. 10 della l. 74/1987 pur mantenendo l'istituto della corresponsione dell'assegno *una tantum*, ha previsto che il pagamento in un'unica soluzione possa avvenire <<ove questa sia ritenuta equa dal tribunale>> e che in tal caso <<non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico>>.

La dottrina ha tratto spunto da questo dato -come si è anticipato- per accreditare la tesi della valorizzazione dell'autonomia privata dei coniugi divorziati in quanto, liberando definitivamente il coniuge obbligato da ogni erogazione futura e addossando al coniuge destinatario della prestazione il rischio di una sopravvenienza negativa, la norma sancirebbe la facoltà dei coniugi di compiere un atto di disposizione avente ad oggetto l'assegno di divorzio.

In effetti, si deve convenire con la maggior parte della dottrina che la finalità della corresponsione *una tantum* consista nella necessità di offrire certezza e definitività alle relazioni patrimoniali tra coniugi divorziati. Non è mancato, tuttavia, chi, ponendo l'accento sulla funzione assistenziale della prestazione, ha valutato questa modalità solutoria poco opportuna dovendosi privilegiare un flusso costante di ricchezza da adeguare al costo della vita, rapidamente mutevole in periodi di accentuata instabilità economica<sup>178</sup>.

Invero, una prestazione di sostentamento non si concilia con una modalità solutoria che preclude al soggetto di far valere lo stato di bisogno o il suo aggravamento; ciò non comporta che vi sia una necessaria contraddizione nella disciplina dell'assegno di divorzio, se si considera che con la disposizione in esame, infatti, il legislatore ha ritenuto di prevedere in alternativa allo statuto ordinario dell'assegno di divorzio, in cui connotato fondamentale è la periodicità, una regola in cui fosse centrale l'interesse alla estinzione di ogni residuo rapporto fra i coniugi divorziati: il divorzio, sebbene sciolga il matrimonio, è fonte di diritti per il coniuge debole (l'assegno successorio, la partecipazione al trattamento di fine rapporto, il trattamento di reversibilità) e di altrettanti doveri per il coniuge

---

<sup>178</sup>Così L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 102.

obbligato<sup>179</sup>, e con la disposizione di cui all'art. 5, comma 8, l. div., il legislatore ha inteso conferire uno strumento per elidere tutti i diritti, e i corrispondenti doveri, fra i coniugi divorziati, considerando l'interesse in questione preminente rispetto all'interesse di cui è portatore il coniuge debole.

L'interesse alla definitiva composizione dei rapporti patrimoniali fra coniugi divorziati non è coltivato solo dal coniuge obbligato, ma anche da quello creditore, il quale, però, considerata la situazione in cui versa, è portatore dell'interesse primario ad una vita dignitosa.

E' in considerazione di questo conflitto di interessi, quello alla estinzione di ogni residuo rapporto fra coniugi e quello a garantire il sostentamento del coniuge in stato di bisogno, che deve essere interpretata la disposizione in esame, sia in riferimento alla funzione del giudizio d'equità, sia in riferimento al senso della preclusione a proporre successive domande di contenuto economico.

Secondo la dottrina maggioritaria l'accordo diretto al soddisfacimento in unica soluzione dell'assegno di divorzio ha una marcata coloritura di aleatorietà per entrambi gli ex coniugi<sup>180</sup>: il soggetto obbligato potrebbe verificare *ex post* di avere dato di più, rispetto alla somministrazione periodica, a ragione della morte del beneficiario a distanza non lontana dall'adempimento dell'unica soluzione, ovvero dal passaggio a nuove nozze del medesimo, che, come è noto, estingue automaticamente il diritto a ricevere l'assegno. Quanto al beneficiario, potrebbe accadere che la soluzione unica, valutata soddisfacente al tempo della corresponsione, si riveli inadeguata per l'intervenuta svalutazione monetaria o per il riproporsi dello stato di bisogno.

Ma l'alea che presenta l'accordo, comporta sia la possibilità di una perdita che la possibilità di un vantaggio per entrambe le parti: in considerazione della lunga vita del creditore, la somma *una tantum* erogata potrebbe risultare inferiore rispetto a quella che il debitore avrebbe dovuto complessivamente corrispondere

---

<sup>179</sup>In questo senso A. LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime impressioni sulla l. 6 marzo 1987 n. 74)* in *Dir. fam. pers.*, 1988, 449, il quale inferisce dal sistema una distinzione tra scioglimento del rapporto ed estinzione definitiva e totale dello stesso, nel senso che il divorzio scioglie il vincolo matrimoniale, ma al contempo dà luogo ad ulteriori rapporti di natura economica ed ad altre modificazioni giuridiche aventi finalità liquidativa, i quali finiscono col rinviare l'effettiva cessazione di ogni effetto con la morte del coniuge creditore dell'assegno.

<sup>180</sup>In questo senso G. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, *I Contratti*, 1996, 4, 403.

mediante l'assegno periodico, l'insorgenza di un nuovo bisogno per il soddisfacimento del quale occorre una somma dispendiosa di denaro non deve essere sborsata dal coniuge più abbiente; il beneficiario potrebbe realizzare un incremento dei suoi redditi, rispetto ai quali non potrebbe considerarsi in stato di bisogno o conseguire un guadagno imprevisto (un lascito ereditario, una vincita) dopo avere già ottenuto la prestazione *una tantum* ed, inoltre, non corre il rischio che il coniuge obbligato sia inadempiente al pagamento dell'assegno periodico.

In effetti quando i coniugi ricorrono alla prestazione *una tantum*, desiderosi di elidere qualsiasi residuo rapporto tra di loro, esprimono l'intenzione di non volersi accollare il rischio derivante da fatti futuri (il rischio della contrazione dei redditi dell'obbligato per il beneficiario della prestazione ed il rischio del verificarsi di un nuovo stato di bisogno per il coniuge obbligato) che potrebbero mettere nuovamente in discussione l'accordo, ripristinando nuovi legami tra di loro.

Pertanto l'aleatorietà, prospettata da gran parte della dottrina, si risolve, nell'incertezza sulla convenienza dell'affare, valutazione questa che potrà farsi solo a posteriori, ovvero quando verificatosi il fatto incerto, immaginato dalle parti, ma imprevedibile per ciò che concerne la possibilità di avveramento e l'entità, le parti potranno esprimere un giudizio di corrispondenza ai propri interessi della pattuizione conclusa ed eseguita, dunque già esaurita.

Poiché un contratto è connotato da aleatorietà solo quando le conseguenze di un fatto incerto si riflettano sul suo risultato o sulla determinazione della prestazione, in riferimento all'*an* o al *quantum*, non potrebbe qualificarsi la pattuizione in esame come contratto aleatorio, poiché il sopravvenire del fatto incerto non inciderà sulla prestazione *una tantum* predeterminata.

Inoltre, poiché il fatto futuro e non prevedibile potrebbe dar luogo sia ad un profitto che ad una perdita, in riferimento ad entrambi i coniugi, si può ritenere che la fattispecie dell'art. 5, comma 8., 1. div. organizzi una composizione degli interessi dei coniugi divorziati equilibrata.

Per queste ragioni si deve ritenere che la preclusione a proporre successive domande di contenuto economico non ammette deroghe, come peraltro chiaramente precisato dalla norma.

Di contrario avviso è una parte della dottrina<sup>181</sup>, la quale argomentando dalla rilevanza che la disciplina del divorzio riconosce al rapporto personale intercorrente tra i coniugi e sorretto dalla solidarietà, ritiene che la fattispecie di cui all'art. 5, comma 8, l. div., non impedirebbe al coniuge beneficiario della prestazione *una tantum* di richiedere gli alimenti quando, successivamente all'accordo, venisse a trovarsi in stato di bisogno. A dire il vero questa interpretazione contrasta col tenore letterale della disposizione ed anche col senso di essa, in quanto la chiara funzione di elidere *in toto* i rapporti economici fra i coniugi divorziati sottesa alla norma, comporta di dovere escludere che residuino altre pretese che ripristinerebbero un nuovo legame.

Per la stessa ragione si deve ritenere che l'assetto degli interessi derivante dall'accordo per la corresponsione *una tantum* non possa essere rivisto neppure quando il fatto incerto da cui discende il vantaggio o la perdita si sia verificato, dopo l'accertamento d'equità compiuto dal giudice, ma prima del concreto soddisfacimento del credito<sup>182</sup>.

Il campo applicativo di elezione della corresponsione *una tantum*, viene per lo più rintracciato nello scioglimento dei matrimoni di breve durata; in questo senso depone, per altro, anche la relazione della Commissione Giustizia Presieduta dal senatore Lipari<sup>183</sup>, sulla probabile convinzione che, rispetto ad un matrimonio durato pochi anni sia più pressante l'esigenza di cancellare ogni traccia del precedente rapporto.

Si è già visto come la brevissima durata della convivenza, può legittimare una riduzione dell'assegno; mentre una lunga convivenza matrimoniale giustifica la liquidazione di un assegno volto a mantenere il tenore di vita matrimoniale. La breve durata del matrimonio, tuttavia, non consente di asserire con certezza che la corresponsione in un'unica soluzione sia la più adeguata a garantire al coniuge debole i mezzi di sostentamento di cui ha bisogno. Più che alla brevità della

---

<sup>181</sup> C. M. BIANCA, *Il diritto civile*, cit., 228, il quale tra l'altro ritiene che il coniuge divorziato sia tenuto alla corresponsione degli alimenti in virtù della solidarietà postconiugale, già sulla base degli art. 433 e ss. c.c.

<sup>182</sup> In questo senso anche G. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, cit., 409, il quale ritiene che deceduto il coniuge obbligato o beneficiario prima che si sia verificata la materiale *solutio*, l'obbligazione, avendo un oggetto che non implica qualità personali, sarà, rispettivamente, adempiuto o percepito dagli eredi del *de cuius*.

<sup>183</sup> Si vedano testo a pag. 30 e nota n. 47.

convivenza si dovrebbe guardare alla situazione attuale di ciascun coniuge, per verificare quale possibilità di insorgenza dello stato di bisogno sussista (per un soggetto malato è più probabile che sorga in futuro la necessità di far fronte a spese mediche o ad una assistenza esterna) tenendo presente però che questa previsione, concernendo eventi futuri, non potrà essere esatta e che numerosi sono i fattori da prendere in considerazione, pertanto l'equità dell'unica soluzione andrà valutata caso per caso.

#### **2.4.2 L'accordo dei coniugi e concrete modalità di attuazione**

L'art. 5, comma 8, 1. div., stabilisce che la corresponsione dell'assegno può avvenire in un'unica soluzione << su accordo delle parti >>. Si può asserire con certezza, dunque, che l'accordo degli ex coniugi sia presupposto fondamentale della fattispecie e che, pertanto, né il giudice, né un coniuge contro la volontà dell'altro, possono imporre la corresponsione *una tantum*.

Tuttavia la disposizione non esplicita se detto accordo debba concernere la sola modalità solutoria della prestazione, o se possa determinare anche il *quantum*.

Appare condivisibile la soluzione secondo la quale l'accordo può riguardare, oltre all'*an*, il *quantum*<sup>184</sup>. Posto, infatti, che l'accordo riguarda la composizione degli interessi economici delle parti, merita di essere apprezzata la soluzione che esalta l'autonomia degli ex coniugi. Invero è possibile che i coniugi si limitino a dichiararsi d'accordo sul versamento in unica soluzione, lasciando al giudice il compito di fissarne l'entità<sup>185</sup>, ma è più probabile che gli stessi si accordino anche sulla misura dell'unica soluzione. In questo caso benché le parti non abbiano inteso dare rilevanza al criterio compensativo o risarcitorio, il giudice nell'esercizio del suo controllo equitativo, potrà apportare alla determinazione del *quantum* i giusti correttivi, considerando però, che quando la concreta attuazione dell'unica soluzione non avviene con la corresponsione di una somma di denaro,

---

<sup>184</sup> G. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, cit., 403.

<sup>185</sup> In questo senso A. M. PUNZI NICCOLÒ, *Il divorzio e i rapporti fra i coniugi*, in Riv. dir. civ., 1972, II, 95, e F. SANTOSUOSSO, *Il divorzio*, in Tratt. dir. priv., diretto da P. Rescigno 3,2, Torino, 1984 rist., 349, i quali propendono per la teoria che le parti possono chiedere al giudice di determinare la misura della corresponsione *una tantum*, sia di sanzionare l'accordo completo della misura.

ogni valutazione in ordine ai criteri determinativi dell'assegno rimane assorbita nella rispondenza della prestazione al criterio assistenziale.

Può accadere anche che i coniugi divorziandi siano favorevoli alla sistemazione definitiva dei loro rapporti patrimoniali, ma non raggiungano l'accordo sul *quantum*. In questo caso, si ha una sostanziale mancanza di accordo che preclude al giudice di fissare il pagamento in un'unica soluzione.

I coniugi potrebbero anche concordare una prestazione diversa dalla liquidazione di una somma capitale. Neppure in proposito la legge ha disposto regole, ma non sembra ragionevole escludere diverse modalità di assolvimento, se esse risultano idonee a sopperire allo stato di bisogno del coniuge debole. Pertanto si deve ammettere che i coniugi possano concordare che l'obbligo in questione sia adempiuto attraverso trasferimenti di beni mobili e immobili, in titolarità proprietaria o usufruttuaria: il coniuge destinatario della prestazione potrà alienare o cedere in godimento a terzi il suo diritto, al fine di ricavare la provvista necessaria al suo sostentamento.

Poiché in riferimento al diritto di uso e di abitazione l'art. 1024 c.c. non ammette la cessione, non sembra adeguato assumerli ad oggetto della prestazione *una tantum*. Tuttavia la dottrina ha approvato questa modalità solutoria, prefigurando talvolta, quale oggetto della prestazione, anche il diritto di abitazione della casa familiare<sup>186</sup>. A dire il vero, la legge sancisce già una disciplina per l'assegnazione della casa familiare all'art. 6, comma 6, l. div., la cui funzione è quella di assicurare la soddisfazione dell'esigenza abitativa del coniuge assegnatario (o dei figli collocati presso di lui); posto il divieto dell'art. 1024 c.c., il diritto di abitazione non potrebbe supplire agli altri bisogni del coniuge debole, mentre l'esigenza abitativa -come detto- è già tutelata e disciplinata dal legislatore. Quindi non sembra condivisibile l'opinione della dottrina suddetta.

Altra parte della dottrina<sup>187</sup> ha, infine, ritenuto che la giurisprudenza dovrebbe richiedere ai coniugi, nel quadro di un'integrale definizione dei loro rapporti economici, anche la pianificazione della liquidazione del regime patrimoniale, in particolare della comunione legale (quando non si sia già sciolto per effetto di precedente separazione).

---

<sup>186</sup> G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 619.

<sup>187</sup> E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, cit.

La forma dell'accordo, non è sottoposta a limiti legali, tanto più che esso sarà recepito nella sentenza.

### **2.4.3 Il giudizio di equità : oggetto e criteri**

La corresponsione dell'assegno di divorzio <<può avvenire in un'unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale>>. L'equità è il parametro attraverso il quale il giudice deve esaminare l'accordo. Per equità si può intendere un criterio di temperamento del rigore del diritto scritto o un criterio di contemperamento di contrapposti interessi. E' in questo secondo senso che si deve intendere il richiamo all'equità fatto dall'art. 5, comma 8, l. div.: infatti rimessa all'autonomia negoziale dei coniugi la scelta circa la modalità di adempimento, spetterà al giudice verificare che detto accordo realizzi gli interessi delle parti, secondo, però, i parametri legali previsti dalla legge, ovvero dall'art. 5, comma 6, l. div.

In altre parole l'equilibrio fra gli interessi contrapposti in contratto preteso richiamando l'equità deve essere verificato tramite il parametro di riferimento indicato dalla legge, quindi tramite lo schema legale dell'art. 5, comma 6, l. div., al quale l'accordo dovrà essere conforme.

Il giudizio di equità previsto dalla disposizione, è stato ritenuto, dalla maggior parte della dottrina, opportuno, poiché la valutazione ponderata di un soggetto terzo appare idonea ad evitare gli abusi a cui l'assolvimento del dovere di corresponsione in soluzione unica si presta, dal momento che il beneficiario in stato di bisogno potrebbe indursi ad accettare attribuzioni immediate, ma di entità modesta. Altri invece, ritenendo che l'assegno di divorzio sia disponibile, hanno criticato la previsione di non rendere liberatorio il versamento di una somma *una tantum* in luogo dell'assegno periodico, laddove l'entità della somma non sia ritenuta congrua dal giudice<sup>188</sup>. Altra parte della dottrina restringe il controllo d'equità all'ambito dei soli procedimenti ordinari di divorzio, e lo esclude nei

---

<sup>188</sup>Contro l'opportunità del giudizio di equità F. DALL'ONGARO, *La configurazione dell'assegno di divorzio nella l. 6 marzo 1987 n. 74 che ha novellato la l. 1 dicembre 1970 n. 898*, in Dir. fam., 1988, II, 436, secondo cui la definizione concordata dei rapporti economici è frutto di una scelta determinata da ragioni non solo di carattere materiale ma anche da apprezzamenti personali e soggettivi. Sottopone questa scelta al giudizio di congruità da parte di un soggetto estraneo, quale è il giudice, che può valutare solo elementi formali ed esteriori e che esprime opinioni largamente discrezionali, significa sottrarre il diritto all'assegno di divorzio alla disponibilità delle parti.

procedimenti divorzili su domanda congiunta, poiché in questo caso l'autonomia negoziale dei coniugi non potrebbe essere sottoposta ad alcun limite<sup>189</sup>. Si può obiettare che la subordinazione al giudizio d'equità della forza preclusiva a proporre successive domande, è regola che deve considerarsi operante anche nei riguardi del divorzio con procedimento abbreviato, poiché come si è visto detto procedimento si caratterizza solo per la celerità e le semplificazioni processuali, e non conferisce ai coniugi il potere di gestire in maniera autonoma e libera dai vincoli di indisponibilità i loro rapporti<sup>190</sup>.

L'assegno di divorzio, anche se corrisposto in un'unica soluzione, rimane pur sempre volto al sostentamento del coniuge debole e, poiché il rischio che quest'ultimo corre consiste nella sopravvenienza di uno stato di bisogno rispetto al quale non potrà chiedere il soccorso dell'altro, il giudice, analizzate le condizioni personali ed economiche dei coniugi, dovrebbe verificare proprio se il coniuge sia in grado, oppure no, di sopportare il rischio insito nell'accordo stesso: il giudizio di un soggetto esterno è necessitato.

Invero, la fiducia della dottrina rispetto al controllo giudiziale risulta, tuttavia, mal riposta, in quanto il giudizio di equità operato dalla giurisprudenza non appare spesso meditato: anzi non di rado i giudici non effettuano alcun controllo o si limitano a recepire l'accordo stipulato dai coniugi, asserendo poi, artificiosamente, che l'inclusione di esso nella sentenza di divorzio comporti implicitamente la valutazione di equità richiesta dalla legge<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup>In tal senso G. OBERTO, *Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., secondo cui la predetta valutazione non appare costituire una condizione di validità dell'intesa, bensì solo del conseguente effetto preclusivo (questa affermazione sarebbe confermata dal secondo dei due periodi di cui si compone il comma ottavo dell'art. 5 l. div., che, con il suo incipit «In tal caso...», sembra volersi collegare all'ipotesi prospettata nella parte finale del primo periodo, cioè appunto quella dell'effettuata valutazione d'equità); inoltre tale valutazione non risulterebbe richiesta nel procedimento di divorzio su domanda congiunta, bensì solo nella procedura contenziosa, nel corso della quale le parti, demandata al giudice la decisione sull'*an*, raggiungano un accordo in punto *quantum*.

<sup>190</sup>In questo senso G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 616 il quale però vede nell'art. 4, ultimo comma, il riconoscimento dell'autonomia coniugale, la quale escluderebbe il sindacato del giudice.

<sup>191</sup>Cass. 5 gennaio 2001, n. 126, in Fam. e dir., 2, 2001, 128 e Cass. 27 luglio 1998 n. 7365, in Fam. e dir., 1998, 6, 567 la quale bypassa l'omissione del controllo d'equità sostenendo che <<la ricorrente non deduce di avere accettato a condizioni "inique", che il Tribunale avrebbe dovuto "bocciare">> ed anche Cass. 24 maggio 2007, n. 12157, in Fam. pers. Succ., on line, 2007 che per giustificare la mancanza della valutazione giudiziale afferma che, essendo il pagamento del contributo *una tantum* disposto in accoglimento di una domanda formulata dallo stesso obbligato, <<il tribunale si limitò ad accogliere quella domanda valutandola ancorché implicitamente-

Ciò che desta maggiore perplessità è che, sebbene l'accordo non sia stato oggetto di valutazione giudiziale, comunque esso venga considerato in grado di produrre l'effetto preclusivo, quantunque consentito dalla norma solo subordinatamente ad un giudizio positivo. Al fine di sminuire l'importanza di questa omissione e al contempo consentire che il meccanismo dell'unica soluzione operi l'effetto preclusivo, spesso la giurisprudenza giustifica l'inammissibilità della domanda dell'assegno, tramite l'inapplicabilità dell' art. 9 l. div: << se si consentisse di porre attraverso i meccanismi previsti dall'art. 9 in discussione il rapporto definito con l'*una tantum*, si perverrebbe all'assunto di prevedere solo lo strumento attraverso cui la cifra concordata in sede di divorzio può essere aumentata e non quello attraverso cui possa essere diminuita<sup>192</sup>>>. In altre parole, aggirato il giudizio d'equità, ad assicurare la preclusione di successive domande economiche, sarebbe l'impossibilità di applicare l'art. 9 l. div.

A discapito della scarsa considerazione con cui la giurisprudenza sembra tenere il giudizio d'equità, esso risulta centrale nella fattispecie poiché al medesimo è

---

equa>>. Un altro caso che desta perplessità è costituito da quello deciso da Trib. Verona, 12 novembre 1987, in Giur. di Merito, 1989, 38 –la sentenza è di poco successiva all'entrata in vigore della novella del 1987-, in cui il marito, in adempimento all'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio, trasferiva alla moglie la quota di comproprietà di un immobile acquistato dalle parti. Il Tribunale non compie, sulla corresponsione *una tantum*, alcun controllo, il quale nel caso di specie, probabilmente, avrebbe sconsigliato l'adozione dell'assetto patrimoniale diviso dalle parti, poiché, se i coniugi si fossero trovati in regime di comunione legale l'attribuzione di una quota di comproprietà avrebbe costituito obbligo discendente dallo scioglimento della comunione legale e non dalla disciplina sull'assegno divorzile: il tribunale ha consentito e recepito nella sentenza di divorzio una attribuzione patrimoniale a titolo di assegno di divorzio che già spettava alla moglie in base alle regole sulla comunione legale. Peraltro, il Tribunale, segnalando l'innovazione della normativa introdotta, si limita a sottolineare l'accresciuta autonomia coniugale da cui discenderebbe la libertà di scelta delle modalità di adempimento dell'assegno, riconoscendo implicitamente la disponibilità dell'assegno di divorzio.

<sup>192</sup>Cass. 5 gennaio 2001, n. 126, cit., la quale paraltro muove alla ricorrente – la moglie presentava istanza di revisione ex art. 9 l. div, assumendo che la corresponsione *una tantum* non era stata sottoposta al giudizio d'equità- di proporre una <<particolare interpretazione>> in base alla quale l'art. 5 comma 8 avrebbe introdotto un'ulteriore alternativa incentrata sulla corresponsione in un'unica soluzione, a seconda che il tribunale l'abbia giudicato equa od ometta siffatto giudizio, di modo che nel primo caso non potrebbe essere proposta alcuna domanda, nel secondo si tornerebbe ad applicare l'art. 9 l. div.: a dire il vero l'interpretazione proposta sembra proprio quella che merita di essere accolta, ma la Cassazione, avvallando incomprensibilmente la prassi giudiziale di non effettuare alcun controllo sulla corresponsione *una tantum*, adombra anche delle ragioni processuali – la mancata o erronea applicazione di una norma va denunciata con i normali mezzi di impugnazione- le quali peraltro avrebbero dovuto essere assorbenti di ogni questione, se fondate come ritenuto da V. CARBONE, *E' sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?*, cit., 132. In senso adesivo anche Cass. 27 luglio 1998 n. 7365.

subordinato l'effetto preclusivo, e dunque è rimessa a questa valutazione la sorte del coniuge debole.

La disposizione non chiarisce, però, se il giudizio di equità debba essere condotto con gli stessi criteri previsti per la corresponsione periodica dell'assegno e se, dunque, l'importo dell'attribuzione debba in ogni caso assolvere alla funzione assistenziale. Rimane anche nel dubbio l'oggetto di questa valutazione, ovvero se essa concerna il *quantum* o anche la stessa scelta dei coniugi in ordine alla corresponsione *una tantum*.

Secondo una parte della dottrina<sup>193</sup>, la scelta circa la modalità di pagamento non sarebbe oggetto di verifica perché correlato ad una scelta dei coniugi di ridurre al minimo l'alea insita nell'assegno periodico<sup>194</sup>, mentre il quantum sarebbe discrezionalmente valutabile dal giudice. Il giudizio di equità andrebbe condotto alla stregua dei criteri previsti dall'art. 5, co. 6, l. div., in modo tale da assicurare al beneficiario un tenore di vita dignitoso (o analogo a quello matrimoniale, secondo l'opzione interpretativa che si segue in tema di commisurazione dell'assegno periodico di divorzio) per tutto il tempo in cui non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. La congruità dell'importo della prestazione andrebbe valutata in base ad un giudizio normale di prevedibilità, che tenga conto dell'età del beneficiario, del suo stato di salute, del suo titolo di studio o capacità professionale in modo tale da considerare la sua capacità a reinserirsi nel mondo del lavoro.

Secondo l'opinione in esame, la possibilità che gli ex coniugi si accordino per la corresponsione *una tantum*, designa un diritto tutt'altro che disponibile, in quanto il raggiungimento di un assetto definitivo degli interessi degli ex coniugi, sarebbe condizionato dall'accertamento positivo del giudice circa l'equità dell'attribuzione, ossia dalla congruenza dell'assetto divisato dalle parti alle esigenze di tutela del coniuge debole.

Secondo un altro orientamento<sup>195</sup>, il rilievo che il legislatore ha inteso attribuire al consenso dei coniugi mediante l'introduzione della corresponsione in unica

---

<sup>193</sup>V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Milano, 1995, 295.

<sup>194</sup>In questo senso anche G. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 359.

<sup>195</sup>F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 dl 6 marzo 1987*, cit., 912.

soluzione, comporta di considerare l'assegno disponibile senza contraddire al modello assistenziale dell'assegno periodico. L'equità dell'unica soluzione, infatti, si misurerebbe sulla base della sufficienza della somma a garantire al beneficiario la disponibilità dei mezzi adeguati sin tanto che questo non sia in grado di provvedere a se stesso autonomamente. Al di là di questa misura, che può risultare di difficile determinazione nella sua forma capitalizzata, le parti sarebbero libere di attribuire un qualsiasi valore agli altri elementi utili per la determinazione dell'assegno, disponendo in piena autonomia delle componenti ormai residuali, risarcitoria e compensativa<sup>196</sup>.

Sembra maggiormente condivisibile, per quanto riguarda l'oggetto del giudizio, l'opinione secondo la quale detto giudizio non può limitarsi al *quantum*, dovendo concernere anche la stessa modalità di corresponsione<sup>197</sup>. Infatti, se l'equità dell'accordo raggiunto dai coniugi dipende dalla idoneità dello stesso a garantire al coniuge beneficiario un mezzo di sostentamento, proprio la modalità della corresponsione potrebbe risultare insoddisfacente rispetto alla tutela del beneficiario: si immagini che il coniuge beneficiario della somma *una tantum* sia di salute cagionevole, o affetto da una malattia degenerativa; in un simile caso l'alta possibilità di insorgenza di un futuro stato di bisogno dovrebbe escludere l'equità della corresponsione *una tantum*, e far propendere per la garanzia che offre la continuità dell'erogazione, sempre soggetta al giudizio di revisione.

In riferimento alla determinazione della la somma *una tantum*, si dovrebbe capitalizzare l'assegno periodico, tenendo presente che la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione esclude il diritto di ottenere il legato ex lege a carico dell'eredità dell'ex coniuge defunto, il trattamento di reversibilità, nonché la percentuale dell'indennità di fine rapporto. Quindi il giudice nel valutare la congruità dell'importo dovrebbe tenere conto di questi altri elementi, al fine di

---

<sup>196</sup>In questo senso A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Il diritto di famiglia*, cit., 422, il quale, pur ritenendo che l'assegno di divorzio sia indisponibile, è dell'idea che il controllo effettuato dal giudice non debba essere pedissequamente condotto considerando tutti i criteri di quantificazione enunciati dall'art. 5, co. 6, l.div.

<sup>197</sup>Così L. BRUSCUGLIA - A. GIUSTI, *Commento all'art. 5 L. 898/1970*, in Comm. riforma divorzio, AA. VV., Milano, IPSOA, 1987, 71. e DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, cit., 342, secondo il quale, poiché l'accordo per la corresponsione *una tantum* avrebbe per conseguenza una forza preclusiva massima riguardo a successive pretese economiche, al giudice verrebbe riconosciuto il massimo potere di verifica.

escludere o quantomeno ridurre l'alea connessa pur sempre alla scelta di un pagamento unico estintivo di una prestazione periodica.

Per quanto riguarda i criteri determinativi, non c'è ragione di ritenere che il giudice non debba tenerli in considerazione, per il fatto che la modalità di corresponsione non sia periodica; del resto l'interpretazione proposta di detti criteri, volta ad individuare in maniera più precisa, di quanto la giurisprudenza non faccia, il loro ambito di applicazione potrebbe facilitare l'operazione.

Quanto al criterio compensativo, ridotte le ipotesi significative al caso in cui il coniuge abbia incrementato il patrimonio personale dell'altro con propri apporti e alla contribuzione in misura eccedente rispetto all'obbligo di legge, il giudice potrebbe prendere in riferimento, nel primo caso, il valore del cespite così procurato al coniuge obbligato, e nel secondo caso, il tipo di contributo arrecato e il suo valore economico (ad esempio il costo di una bambinaia per il coniuge che oltre ad impegnarsi in un'attività extradomestica, si sia accollato per intero la cura della prole).

Quanto al criterio risarcitorio, posto che esso ha ad oggetto la responsabilità di un coniuge per il divorzio, qualora ricorra detta ipotesi, il giudice potrebbe aumentare l'importo già fissato.

Il giudice deve controllare anche le modalità attuative dell'obbligo patrimoniale per escludere quelle che per la loro intrinseca pericolosità non siano adeguate ( si pensi alla cessione di titoli azionari suscettibili di significative oscillazioni del valore di mercato).

Altro aspetto da tenere in considerazione è la possibilità economica dell'obbligato, poiché se la sua situazione non consente la determinazione della prestazione in una misura atta a sopperire ai bisogni del coniuge, sarebbe preferibile la soluzione dell'assegno periodico, in quanto essendo soggetto a revisione, consentirebbe di meglio conciliare l'esigenza di sostentamento del coniuge e la disponibilità economica dell'obbligato.

In definitiva si deve convenire che la funzione assistenziale impressa all'assegno di divorzio dovrebbe comportare che anche l'accordo per la corresponsione in un'unica soluzione tenga conto dei bisogni attuali e futuri del coniuge beneficiario. Ma è intuitivo che il giudice, non potendo compiere un sicuro esame

prognostico dell'esigenze future del coniuge debole, non potrà che ritenere equa l'attribuzione *secundum quandum plerumque accidit*<sup>198</sup>. Il giudizio di equità dovrà fondarsi sull'età del beneficiario, sul suo stato di salute, sulla probabilità di reinserimento nel mondo del lavoro ovvero su tutti quegli elementi dai quali si può ricostruire l'attuale stato di bisogno del coniuge beneficiario<sup>199</sup>. Quanto alle future necessità, una previsione realistica in ordine alla loro eventuale insorgenza sarebbe impossibile.

Invero, una prestazione di sostentamento, quale è l'assegno di divorzio che dopo la novella del 1987 ha assunto una funzione spiccatamente assistenziale, non si concilia con una modalità solutoria che preclude successive domande economiche. Pertanto si potrebbe ritenere che questa peculiare modalità di adempimento dell'obbligo di sostenere il coniuge bisognoso comporti anche il mutamento della natura della prestazione, la quale diverrebbe disponibile.

Ma essa in realtà non costituisce che un'alternativa alla corresponsione periodica dell'assegno di divorzio, in considerazione dell'interesse all'estinzione di ogni residuo rapporto fra i coniugi, il quale merita di essere soddisfatto, se e nella misura in cui il diritto del coniuge debole a vivere una vita dignitosa sia assicurato. Certamente questo interesse rimane compromesso dalla preclusione a proporre successive domande, la quale però non è che un logico corollario della stessa modalità di adempimento, poiché non avrebbe avuto senso prevedere la prestazione *una tantum*, consentendo poi erogazioni successive e continuative di denaro.

Infine, da ciò non può trarsi l'argomento di una disponibilità *tout court* dell'assegno di divorzio: non sarebbe stato necessario disporre in ordine alla possibilità di adempiere in un'unica soluzione, se l'assegno di divorzio fosse stato da considerare, nel suo regime ordinario, disponibile.

---

<sup>198</sup> Così G. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, cit., 405.

<sup>199</sup> In tal senso A. FINOCCHIARO – M. FINOCCHIARO, *Il diritto di famiglia*, cit., 422, il quale ritiene che la valutazione di equità vada svolta sulla base delle condizioni esistenti al momento dell'accordo, senza possibilità di dare risalto a circostanze successive.

#### 2.4.4 La natura

Alla convenzione in esame il legislatore non ha attribuito un apposito *nomen*, per questo, ed al fine di individuare la disciplina applicabile in tema di vincolatività e invalidità, la dottrina si è interrogata circa l'inquadramento dogmatico dell'istituto. Talvolta nel condurre la qualificazione della fattispecie, si svilisce l'importanza del requisito del controllo giudiziario, ritenendolo un *quid* esterno all'accordo dei coniugi, quando in realtà la legge subordina ad esso l'effetto preclusivo che costituisce la peculiarità di esso.

Mentre la giurisprudenza si è attestata sulla posizione per la quale l'accordo in questione avrebbe una finalità transattiva dei rapporti patrimoniali connessi al divorzio<sup>200</sup>—senza, per altro, offrire argomentazioni in proposito—, in dottrina si assiste ad una pluralità di opinioni sul punto: si parla di <<negozio giuridico personale<sup>201</sup>>>, di dazione in pagamento<sup>202</sup>, di novazione oggettiva<sup>203</sup>.

Rispetto alla qualifica di transazione, la giurisprudenza, per lo più, la riferisce a tutto l'insieme dei rapporti connessi o derivanti dai procedimenti di separazione e divorzio, senza tuttavia chiarire quale sia l'oggetto rispetto al quale l'accordo traslativo avrebbe carattere transattivo: se una posizione personale quale lo *status* o rapporti prettamente patrimoniali; infatti non è da escludere che la convenzione fra le parti possa avere carattere transattivo, ma a tale fine bisogna precisare rispetto a quali interessi o pretese si ponga la transazione.

In riferimento alla fattispecie di cui all'art. 5, comma 8, l. div. la qualifica di transazione neppure sembra adeguata. La causa della transazione consiste nel superamento e nella composizione di un conflitto insorto fra le parti, attraverso reciproche concessione; esso postula perciò un conflitto specifico ed attuale.

I coniugi che si accordano per la corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno, non intendono risolvere un conflitto in ordine all'esistenza del

---

<sup>200</sup> In questo senso in dottrina F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 dl 6 marzo 1987*, cit., 913., A. FINOCCHIARO- M. FINOCCHIARO, *Il diritto di famiglia*, cit., 429 e A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, (nota a cass., 23 dicembre 1988, n. 7044), in *Giur. it.*, I, 1330.

<sup>201</sup> F. DALL'ONGARO, *La configurazione dell'assegno di divorzio nella l. 6 marzo 1987 n. 74 che ha novellato la l. 1 dicembre 1970 n. 898*, cit., 432.

<sup>202</sup> L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, cit. 331.

<sup>203</sup> C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5 L. 898/1970*, cit., 359, il quale qualifica in termini di novazione oggettiva non solo gli accordi sull'*una tantum*, ma anche quelli che pur senza precludere la proposizione di successive domande, determinano il quantum dell'assegno.

diritto o alla sua violazione, piuttosto determinano convenzionalmente il contenuto di un obbligo di legge; né il fatto che detta vicenda si spenda nel procedimento giudiziario di divorzio comporta di vedere una lite giudiziaria fra le parti<sup>204</sup>.

Quanto alla nozione di negozio giuridico personale, essa appare neutra ma rispondente ai connotati generali dell'accordo *sull'una tantum*: costituisce dichiarazione di volontà tendente al perseguimento di un effetto, sottende un interesse considerato meritevole di tutela dall'ordinamento, può essere posto in essere solo dai coniugi.

Quanto all'alternativa fra *datio in solutum* e novazione, la dottrina che propende per la prima si concentra sulla necessità di dare sicura attuazione all'arricchimento del coniuge creditore.

L'effetto solutorio della prestazione in luogo dell'adempimento e, dunque, l'estinzione dell'obbligazione si realizzano quando la diversa prestazione è eseguita, per tale ragione il contratto si considera caratterizzato da realtà, da intendersi, non in riferimento alla necessità della *tradizio* quale requisito di perfezionamento del contratto -che rimane di tipo consensuale-, ma all'esecuzione della prestazione, quale requisito legale dell'effetto solutorio<sup>205</sup>.

Sussumendo la fattispecie di cui all'art. 5 comma 8, l. div. nella *datio in solutum*, ne deriva che il coniuge divorziato destinatario della prestazione potrà richiedere la prestazione originaria, quindi l'assegno periodico, finché la prestazione *una tantum* non sia stata eseguita.

Diversi gli esiti qualora l'accordo in questione venga ricondotto al modello della novazione, poiché con essa le parti estinguono l'obbligazione originaria sostituendo ad essa una nuova obbligazione con oggetto o titolo diverso.

Accolta questa soluzione, si avrebbe che il diritto e, quindi, l'obbligo alla corresponsione periodica dell'assegno di divorzio si estinguerebbero con la

---

<sup>204</sup>G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, Milano, 1996, 262 per il quale tale procedimento può essere intrapreso anche su domanda congiunta, <<apparendo evidente in tal caso che la "veste giudiziaria" non è che la forma necessaria dell'accordo convenzionale tra i coniugi>>.

<sup>205</sup> Ne deriva che se l'oggetto della dazione in pagamento è il trasferimento del diritto, il perfezionamento di essa e dunque l'esecuzione della diversa prestazione si avrà nel momento in cui si produce l'effetto reale e non quando si consegnerà la *res*, in questo senso C.M. BIANCA, *Il diritto civile*, IV, L'obbligazione, 4° ed., Milano, 2005, 433.

conseguente nascita di un nuovo rapporto avente ad oggetto la prestazione *una tantum*<sup>206</sup>.

Per potere condurre la qualificazione della fattispecie in questione in uno schema negoziale o nell'altro, è necessario fissare i connotati legali di essa: è certo che essa postuli un accordo fra i coniugi, che la prestazione ha funzione assistenziale, che il creditore non può avanzare ulteriori pretese economiche, e, infine, che detto effetto è subordinato al giudizio positivo del giudice.

Per ciò che concerne la *datio in solutum*, postulando essa una obbligazione originaria in sostituzione della quale il creditore riceve la diversa prestazione, sembra inappropriato ricondurre la fattispecie in esame ad essa, perché prima dell'accordo in ordine alla soluzione *una tantum*, fra i coniugi non esiste alcuna obbligazione alla quale l'unica soluzione dovrebbe sostituirsi.

In riferimento alla novazione, innanzitutto si può osservare che l'adempimento in un'unica soluzione in luogo della corresponsione periodica dell'assegno di divorzio non postula un *quid novi*, né in riferimento all'oggetto che rimane una prestazione di sostentamento al coniuge bisognoso, né in relazione al titolo che è pur sempre la legge<sup>207</sup>.

Secondariamente, posto che nella novazione l'effetto estintivo della precedente obbligazione discende dalla volontà delle parti, la sussunzione del loro accordo in questa fattispecie non potrebbe prescindere dalla intenzione dei coniugi, la quale potrebbe essere in questo senso oppure no.

Sulla base di questo rilievo una parte della dottrina<sup>208</sup>, ritiene che sarà l'interpretazione della convenzione raggiunta ad acclarare se le parti abbiano inteso novare oppure porre in essere una *datio in solutum*.

A dire il vero, nessuna delle due prospettive sembra cogliere il funzionamento della fattispecie in esame. Si deve innanzitutto ribadire, infatti, la distinzione tra

---

<sup>206</sup> In questo senso M. C. BIANCA, *Il diritto civile*, II, La famiglia-Le successioni, cit., il quale in applicazione della disciplina della novazione, precisa che la liquidazione dell'assegno è soggetta alla risoluzione per inadempimento con conseguente reviviscenza dell'obbligazione novata ma non delle garanzie prestate dai terzi, ammettendo così che in caso di mancato adempimento della prestazione *una tantum*, il coniuge creditore possa richiedere il pagamento dell'assegno periodico.

<sup>207</sup> Sostiene che gli accordi sull'*una tantum* debbano qualificarsi come novazione oggettiva, proprio chi ritiene che «l'accordo delle parti non muta la causa del diritto all'assegno, cioè la solidarietà postconiugale, e neppure il suo titolo, che è pur sempre la legge»: C. M. BIANCA, *Il diritto civile*, cit., 293.

<sup>208</sup> G. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, cit., 407.

accordi ritenuti equi dal giudice e accordi che tale caratteristica non hanno: l'efficacia preclusiva a proporre nuove domande, discende solo se l'accordo è stato valutato positivamente del giudice; diversamente se l'accordo non è stato sottoposto al giudice per essersi compiuto antecedentemente al divorzio, o se il giudice ha negato che esso sia equo, o se ha omesso qualsiasi controllo su di esso -possibilità questa non ipotetica, piuttosto assai ricorrente-, l'accordo deve essere considerato alla stregua di qualunque accordo sull'assegno di divorzio, della cui disciplina e qualifica si tratterà in seguito.

Quanto agli accordi ritenuti equi e, dunque, preclusivi di successive domande di contenuto economico bisogna adesso chiedersi se rispetto ad esso, il coniuge obbligato possa esercitare i rimedi previsti dall'art. 1468 c.c. per il caso in cui l'obbligazione posta a carico di una sola parte sia divenuta eccessivamente onerosa. Si pensi all'ipotesi in cui il coniuge beneficiario della somma *una tantum*, contragga nuove nozze a breve distanza dall'adempimento della prestazione, o consegua un guadagno imprevisto (incremento dei redditi, lascito ereditario o vincita).

Ai fini dell'azionabilità del rimedio di cui all'art. 1468 c.c. , nella fattispecie in esame mancano i presupposti (il differimento della prestazione rispetto alla conclusione del contratto, l'eccessiva onerosità sopravvenuta, il fatto imprevedibile e straordinario quale causa dell'eccessiva onerosità), inoltre è proprio la logica dell'accordo *una tantum* che rende inapplicabile il rimedio in questione: in realtà, ponendo in essere l'operazione di cui all'art 5, comma 8, l. div., le parti hanno voluto proprio evitare che fatti sopravvenuti all'accordo, ipotizzabili, anche se genericamente, possano incidere sull'assetto dei loro rapporti e ciò anche se la prestazione *una tantum* fosse adempiuta a distanza dalla pronuncia del giudice che ne dichiara l'equità, poiché i fatti sopravvenuti, come detto, non sono né straordinari né imprevedibili. L'unico rimedio attivabile dall'obbligato è l'annullabilità del contratto per dolo se il raggiro del coniuge è stato tale da determinare il consenso al contratto (si pensi all'ipotesi in cui il coniuge beneficiario taccia la decisione di convolare a nozze con altra persona, in seguito all'accordo sull'*una tantum*).

Anche il coniuge beneficiario dell'assegno, potrebbe avere interesse a rivedere

l'accordo, in seguito all'insorgenza di un nuovo bisogno, a cui non riuscirebbe a far fronte tramite la somma *una tantum*, ma così come il fatto sopravvenuto inerente la sfera del debitore non inciderà sulla prestazione, neppure il nuovo bisogno del coniuge creditore potrebbe legittimare successive domande di contenuto economico.

## Capitolo quarto

### GLI ACCORDI SULL'ASSEGNO DI DIVORZIO

#### 1. Gli accordi sull'assegno di divorzio: le fattispecie e i problemi

Per accordi in vista del divorzio, in prima approssimazione, si devono intendere le intese intervenute tra i coniugi al fine precipuo di regolare gli effetti della crisi.

La realtà sociale dimostra un crescente interesse dei coniugi all'utilizzo dello strumento negoziale, poiché tramite esso gli stessi perseguono l'obiettivo di dare una programmazione convenzionale agli obblighi e ai diritti reciproci discendenti dalla crisi e, così, conferire un assetto definitivo ai loro rapporti.

Dal verificarsi del divorzio scaturiscono, infatti, numerosi effetti di natura economica: oltre all'eventualità dell'obbligo per un coniuge di somministrare all'altro una prestazione di sostentamento, il divorzio comporta lo scioglimento della comunione legale (per il caso in cui i coniugi l'abbiano adottata quale regime patrimoniale della famiglia), dal quale possono discendere obblighi di rimborso e di restituzione, ed, inoltre, la divisione del patrimonio comune; inoltre si impone la regolamentazione dell'obbligo di cura e di mantenimento dei figli, qualora dalla coppia in crisi siano stati generati. Si aggiunga che i coniugi potrebbero anche concordare un'attribuzione patrimoniale che prescinde dagli obblighi legali discendenti dal divorzio (si pensi all'attribuzione a favore del coniuge casalingo al fine di ricompensarlo per il contributo determinante dato all'avanzamento di carriera dell'altro).

Sono, dunque, numerosi gli aspetti economici in ordine ai quali i coniugi potrebbero manifestare l'interesse a ricorrere ad una regolamentazione convenzionale, ma non si può trattare in maniera unitaria di tutti, poiché ciascuno di essi è fatto oggetto di una diversa, specifica disciplina.

Per queste ragioni risulta fondamentale anteporre a questa trattazione, dedicata alle intese che hanno ad oggetto l'assegno di divorzio, la premessa metodologica di autorevole dottrina<sup>209</sup> secondo cui bisognerebbe distinguere gli accordi che

---

<sup>209</sup> T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 46.

hanno ad oggetto l'obbligazione legale di sostentamento, da quelli che invece prescindono dall'adempimento di tale obbligazione, e che vengono pur sempre posti in essere in occasione della crisi. Si può fin d'ora ritenere che questi ultimi, infatti, non interferiscono con la disciplina dell'assegno di divorzio<sup>210</sup>, nel senso che non precludono l'accertamento del diritto, mentre in punto di validità ed efficacia vanno sottoposti alle regole che gli sono proprie, secondo il tipo di operazione giuridico-economica organizzata.

Un'altra precisazione deve essere svolta con riguardo al momento in cui i coniugi ricorrono allo strumento negoziale per programmare gli effetti del divorzio.

Questa esigenza è maggiormente sentita dai coniugi nella fase che precede la pronuncia giudiziale sullo scioglimento del matrimonio poiché, paventato il divorzio per essere già in atto la crisi, i coniugi definiscono convenzionalmente i loro rapporti affinché non vengano messi in discussione dai mutamenti delle condizioni di fatto o modificati dalle statuizioni del giudice; anche se nella pratica sono poco diffusi, i coniugi potrebbero stipulare un accordo anche in epoca successiva alla pronuncia di divorzio, allo scopo di modificare le statuizioni del giudice. Si registrano frequentemente, invece, accordi successivi alla pronuncia di separazione, poiché la probabilità dell'epilogo del matrimonio, consiglia ai coniugi di prevedere e regolare tutti i possibili effetti futuri.

Questi accordi, dunque, vengono generalmente stipulati dai coniugi nell'imminenza del procedimento divorzile o in pendenza dello stesso (per sottoporli al vaglio giudiziale), in vista o durante il procedimento di separazione - per regolare in via definitiva e con un unico atto sia le conseguenze della separazione sia quelle del divorzio- ma possono essere stipulati anche

---

<sup>210</sup> In questo senso anche E. BERGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, Riv. critica dir. priv., 2001, 310, secondo cui l'interferenza non si verificherebbe tutte le volte in cui la convenzione riguarda profili patrimoniali estranei all'ambito di applicazione dell'art. 5 l. div.; secondo G. DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare"*, cit., 170 in un piano distinto e autonomo rispetto agli accordi determinativi di obblighi legali, stanno gli "atti dispositivi di natura familiare" nella cui categoria va ricompresa <<ogni attività negoziale che comporta trasferimenti o costituzioni di diritti su beni determinati compiuti in occasione del matrimonio o durante il corso (fisiologico o patologico) del rapporto familiare>>, tra i quali l'atto col quale i coniugi comprendono nella comunione legale i beni di cui all'art. 179 l.a), la costituzione del fondo patrimoniale, l'art. 785 c.c.. Questa categoria - comprendente atti che non hanno alcun riscontro con atti tipici del diritto comune dei contratti e distinta dagli *actus legitimi* caratterizzati da tipicità e inderogabilità degli effetti, solennità di forma e incidenza sullo status- riguarderebbe profili estranei all'ambito di applicazione dell'art. 5 l. div.

anteriormente all'instaurarsi della crisi e persino quando essa sia solo una evenienza remota.

Gli accordi di questo ultimo tipo, stipulati dalle parti anteriormente o contemporaneamente alla celebrazione del matrimonio, sono molto apprezzati e utilizzati negli ordinamenti di *common law*, e anche nel nostro ordinamento sono conosciuti nella prassi sociale e denominati dalla dottrina, secondo una espressione di derivazione anglosassone, *prenuptial o postnuptial agreements in contemplation of divorce*.

Mentre secondo un orientamento più risalente questi accordi sarebbero nulli perché immorali<sup>211</sup>, attualmente altri interpreti<sup>212</sup> li ritengono ammissibili, in virtù del riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi quale risulterebbe dalla possibilità di disporre riguardo alle conseguenze patrimoniali della separazione -di cui si considerano sicuri indici l'art. 158 c.c. e l'art.710 c.p.c.- e del divorzio<sup>213</sup>, in seguito all'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 4 della l. div.; detti accordi vengono anche ritenuti di grande utilità in quanto volti a sottrarre al controllo giudiziale una materia considerata inerente la sfera privata delle persone<sup>214</sup> mentre altri, pur non negandone l'ammissibilità, li considerano inadeguati a risolvere controversie nascenti da un futuro divorzio<sup>215</sup>; non consta, invece, alcuna pronuncia della giurisprudenza su accordi di questo tipo.

---

<sup>211</sup> L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, 153.

<sup>212</sup> G. OBERTO, <<*Prenuptial agreements in contemplation of divorce*>> e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, Riv. Dir. Civ. 1999, II, 171; L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit.; E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, 1014.

<sup>213</sup> Inoltre secondo L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit. la ammissibilità degli accordi in esame sarebbe confermata anche dall'art. 162, comma 2, c.c. poiché questa norma consente di optare per la separazione dei beni anche nell'atto di celebrazione del matrimonio.

<sup>214</sup> Secondo E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, cit., la previsione di un istituto analogo ai *prenuptial agreements* potrebbe risultare utile al fine di regolamentare i profili connessi al regime secondario distributivo.

<sup>215</sup> Così C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da D. Busnelli, *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di G. Bonilini e F. Tommaseo, 2<sup>o</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2004, 647, il quale mette in luce come l'ammissibilità degli accordi prematrimoniali nel nostro ordinamento dipenda dall'art. 30 della l. 31 maggio 1995 n.218, il quale consente ai coniugi di derogare, in materia di rapporti patrimoniali, al criterio fissato dall'art. 29, in ordine all'individuazione della legge applicabile ai loro rapporti personali; questi accordi, pertanto, potranno trovare ingresso nel nostro ordinamento sulla base della legge regolatrice dei rapporti patrimoniali scelta dai coniugi mediante accordo scritto, in riferimento ad uno Stato di cui almeno uno di essi abbia la cittadinanza o la residenza. L'A. tuttavia suggerisce -considerato che questi accordi potrebbero

L'interesse dei coniugi a determinare preventivamente e senza interferenze giudiziali le conseguenze della crisi, la considerazione dell'eccessiva durata dei processi di separazione e divorzio insieme ai mutamenti sociali prodotti dalla emancipazione della donna hanno sollecitato un recente disegno di legge<sup>216</sup> recante l'introduzione di accordi prematrimoniali attraverso cui i coniugi possano disciplinare i rapporti patrimoniali in seguito alla separazione personale e al divorzio prima di contrarre matrimonio.

Tornando agli accordi stipulati tra i coniugi in prossimità del divorzio -a cui generalmente ci si riferisce con l'espressione accordi in vista o in occasione del divorzio-, si assiste sia in dottrina che in giurisprudenza ad un fiorire di opinioni con riferimento alla loro validità, alla tipologia degli effetti prodotti e alla loro qualifica. Per ciò che concerne la loro ammissibilità, secondo una parte minoritaria della dottrina gli accordi sarebbero <<strumenti giuridici attualmente non praticabili nel nostro ordinamento<sup>217</sup>>> finché il legislatore continuerà a

---

risultare equi al momento della conclusione e, ove la loro efficacia venga a determinarsi a distanza di anni, del tutto idonei a regolare i rapporti economici fra i coniugi- di intenderli subordinati all'implicita condizione *rebus sic stantibus*.

<sup>216</sup> Si tratta del disegno di legge n. 2629 d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta del 18 MARZO 2011 (Modifiche al codice civile e alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali) il quale prevede l'inserimento nel codice civile di un nuovo articolo, l'art. 162 bis il quale, sotto la rubrica <<Disciplina dei patti prematrimoniali>> stabilisce che <<I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Il patto prematrimoniale deve essere sottoscritto dalle parti, a pena di nullità, e depositato presso l'Ufficio del registro, territorialmente competente in ragione della residenza di uno dei contraenti. Il patto prematrimoniale può anche escludere il coniuge dalla successione necessaria. La presente normativa non si estende ai rapporti tra genitori e figli, che restano regolati dalla normativa vigente>>. Viene, altresì, previsto che dei patti prematrimoniali il giudice deve tener conto in sede di determinazione dell'assegno di mantenimento in caso di separazione o dell'assegno di divorzio e deve, altresì, darne esecuzione (viene inserita tale precisazione nell'art. 156, comma 1 e nell'art. 5, comma 6, l. div.); è previsto inoltre che il patto prematrimoniale possa anche escludere l'applicazione delle disposizioni in materia patrimoniale previste dalla legge 1° dicembre 1970, n. 898. Infine si prevede che il regima legale della famiglia torni ad essere quello della separazione dei beni.

Per lo più le stesse ragioni avevano portato alla presentazione della proposta di legge n. 4563 del 16 dicembre 2003, d'iniziativa del deputato Martini, recante l'introduzione di accordi tesi a regolamentare gli effetti patrimoniali della crisi. Il duplice tentativo di introduzione degli accordi prematrimoniali nel nostro ordinamento testimonia da un lato l'esistenza di una esigenza sentita, dall'altro la necessità di un intervento regolatore della materia.

<sup>217</sup>C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, cit., 659 la quale adduce tra i motivi di perplessità il fatto che il trascorrere del tempo giuochi un ruolo fortemente negativo sulla sistemazione attuata mediante gli accordi, il cui valore dovrebbe essere ridimensionato dell'operare della clausola *rebus sic stantibus*, nonché la constatazione che al fine di abbreviare i tempi del procedimento divorzile i coniugi potrebbero optare per la domanda congiunta di divorzio. Per M. C. BIANCA, *Il diritto civile*, cit. 229, 293 invece gli accordi preventivi sono radicalmente nulli per indeterminatezza dell'oggetto, mentre quelli coevi al divorzio avrebbero il

guardare al divorzio come ad un rimedio, sottratto all'autonomia dei coniugi; la restante parte della dottrina fa dipendere la validità o meno degli accordi in vista del divorzio dal carattere di disponibilità o indisponibilità dell'assegno post-matrimoniale<sup>218</sup>.

Rispetto a questa impostazione, si può osservare che il carattere dell'indisponibilità dell'assegno di divorzio non ha necessaria incidenza sul problema della validità degli accordi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio. L'indisponibilità del diritto, è sufficiente osservare -come si è già detto-, non impedisce che i coniugi possano accordarsi al fine di determinare le regole relative all'adempimento della prestazione in questione, ma impone di determinare i limiti a cui i le parti devono attenersi, allo scopo di garantire l'effettiva destinazione della prestazione al soddisfacimento dei bisogni del coniuge beneficiario dell'assegno; è indubbio, in altre parole, che l'indisponibilità del diritto non possa determinare, di per sé, l'invalidità degli accordi che lo assumono ad oggetto<sup>219</sup>. Del resto anche la disciplina della prestazione alimentare, la quale, per espressa previsione normativa è indisponibile, consente che le parti del rapporto alimentare si accordino sulla misura o sulla modalità di adempimento, fermo restando la variabilità della prestazione, come statuito dall'art. 440 c.c.

---

limitato compito di determinare la misura e la modalità di adempimento dell'assegno di divorzio, senza precludere successive domande di contenuto economico.

<sup>218</sup> Propendono per la disponibilità del diritto e, pertanto, ammettono la validità degli accordi sull'assegno di divorzio F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contr. e impr.*, 2000, 1137 e M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 119, secondo cui, sarebbero validi gli accordi aventi ad oggetto la componente relativa al mantenimento dell'assegno di divorzio, salva l'applicazione della regola *rebus sic stanti bus*, mentre gli accordi aventi ad oggetto la componente alimentare sarebbero nulli a causa della natura indisponibile del diritto.

<sup>219</sup> In questo senso L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., che dopo avere riconosciuto carattere alimentare, alle prestazioni di sostentamento tra i coniugi, chiarisce come il carattere dell'indisponibilità sia da intendere come irrinunciabilità, senza che ciò possa escludere <<la determinazione consensuale della misura e dello stesso accertamento anche della non debenza degli alimenti, con sottoposizione dell'efficacia del negozio alla clausola tacita *rebus sic stanti bus*>>. In questo senso anche A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit., 1330, il quale, con riferimento specifico agli accordi stipulati tra i coniugi i vista della separazione, ritiene che << i coniugi sono, quindi, capaci di stipulare accordi che derogano al regime legale del mantenimento, fin tanto che non incidano sui diritti del coniuge debole, che in questo senso debbono considerarsi indisponibili>>. L' A. non chiarisce, però, quali norme siano inderogabili, ovvero quale sia la deroga che concretizza la lesione del diritto indisponibile.

Non esistono, dunque, ragioni discendenti dal carattere di indisponibilità della prestazione che impediscano ai coniugi divorziati di porre in essere un accordo volto a determinare l'attribuzione del diritto all'assegno di divorzio e il correlativo obbligo di corrisponderlo.

Lo specifico problema posto da tali accordi consiste nel determinare in che misura i coniugi possano derogare alle regole che presiedono la sua liquidazione.

La disciplina legale dell'assegno di divorzio prevede, infatti, da un canto i presupposti di nascita del diritto, i criteri volti alla sua determinazione e le modalità di adempimento, dall'altro le regole della sua modificabilità qualora sussistano giustificati motivi e, dunque, posta una disciplina di fonte legale, v'è da chiedersi se convenzionalmente e in quale misura essa possa essere derogata<sup>220</sup>.

L'altro problema da considerare -strettamente connesso, peraltro, a quello della efficacia degli accordi- è costituito dall'influenza che il decorso del tempo spiega sull'assetto dei rapporti patrimoniali determinato dai coniugi.

In proposito, si può osservare che quando i coniugi determinano convenzionalmente l'*an* e il *quantum* dell'assegno di divorzio, dovrebbero valutare la condizione economica ed esistenziale di ciascuno al tempo del divorzio -poiché la prestazione è volta a sopperire allo stato di bisogno del coniuge divorziato e, necessariamente, incide anche sulla situazione patrimoniale dell'altro, tenuto all'adempimento- ma anche i possibili mutamenti futuri, poiché l'aggravamento dello stato di bisogno del creditore o la diminuzione delle possibilità economiche dell'obbligato sono eventi idonei a incidere sulla situazione giuridica oggetto dell'accordo; una previsione in ordine alla futura condizione del coniuge divorziato e alle sopravvenienze, però, -è ovvio- sarà impossibile e, dunque, la valutazione dei coniugi non potrà che avere il carattere della precarietà, potendo essere assunta a premessa dell'accordo finché la realtà non muti.

Il tempo in cui le parti stipulano l'accordo, dunque, rileva in ordine alla verosomiglianza della previsione assunta a premessa del regolamento, e si può

---

<sup>220</sup>Secondo E. RUSSO, *Gli atti determinativi del contenuto degli obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi del nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 221. asserire l'inderogabilità di dette disposizioni non significa sancire *tout court* la nullità degli accordi che contravvengano ad esse, ma determinarne l'esatta efficacia.

ritenere che quanto più tempo trascorrerà dall'accordo alla pronuncia di divorzio, tanto più aleatoria sarà la previsione, ma se anche l'accordo venisse stipulato a ridosso del divorzio comunque non si potrebbe escludere con certezza l'insorgenza di una sopravvenienza idonea ad incidere sul rapporto regolamentato. Queste considerazioni valgono a spiegare la scarsa utilità di distinzioni compiute sulla base del tempo in cui l'accordo è stato stipulato, ovvero tra accordi prematrimoniali (stipulati precedentemente o contemporaneamente al matrimonio) e quelli in vista del divorzio<sup>221</sup>. Certamente la regolamentazione tanto anticipata della crisi può sollevare dubbi sulla serietà del consenso al matrimonio, ma ciò potrebbe incidere solo sulla validità dello stesso vincolo matrimoniale che potrebbe ritenersi simulato, ma non sulla validità in sé delle convenzioni. Si deve allora concludere che non sussistono ragioni per distinguere le convenzioni sull'assegno di divorzio in ordine al momento della loro stipulazione, in un sistema normativo –come il nostro- che non contiene norme di disciplina di nessuna fattispecie contrattuale di regolamentazione degli effetti della crisi; esse, perciò verranno trattate unitariamente.

Piuttosto le osservazioni svolte valgono a evidenziare il vero ostacolo alla configurazione degli accordi sull'assegno di divorzio: queste intese determinano la prestazione in base a dati contingenti; ma la prestazione ha carattere assistenziale, quindi la sua regolamentazione deve tenere in considerazione lo stato di bisogno, la cui esistenza ed entità non possono determinarsi in maniera definitiva all'epoca dell'accordo (si supponga che all'epoca dell'accordo il coniuge sia autosufficiente: questo non esclude che in seguito possa versare in stato di bisogno; si immagini che al momento della stipula dell'intesa i coniugi reputino equo, alla luce della situazione attuale, la corresponsione di un assegno di

---

<sup>221</sup> Secondo C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, cit., 648, sebbene la sede effettiva della stipulazione degli accordi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio non muti la natura sostanziale di questo tipo di intese, che restano preventive rispetto al divorzio, allorché le stesse siano volte alla compensazione convenzionale delle rinunzie affrontate nell'interesse della famiglia, acquistano autonomia e dovrebbero riguardarsi non come accordi in vista del divorzio ma come contratti atipici, idonei a regolare sia il rapporto coniugale che la convivenza *more uxorio*. Ribadendo la premessa metodologica per cui vanno nettamente distinti gli accordi sull'assegno di divorzio dagli accordi che regolamentano altri aspetti economici del divorzio, si può convenire che se gli accordi mirano a reintegrare i sacrifici fatti da un coniuge in costanza di matrimonio, allora essi presentano un oggetto diverso e diversa dovrà essere la disciplina.

una certa misura e che in seguito l'obbligato cada in bassa fortuna o che per il creditore sorga un nuovo bisogno).

Inoltre, il lasso di tempo in cui potrebbero verificarsi sopravvenienze tali da necessitare una nuova sistemazione del rapporto economico fra i coniugi, non è soltanto quello che intercorre fra l'accordo e la pronuncia di divorzio ma anche quello che ha inizio con la pronuncia stessa e finisce con la morte di uno dei coniugi, la quale estingue la prestazione.

Ciò vale a chiarire come il problema dell'accertamento svolto su dati contingenti, si ponga non solo per gli accordi preventivi, ma anche per quelli successivi al divorzio: gli accordi stipulati prima del divorzio hanno lo scopo di determinare la prestazione per un periodo più lungo, mentre quelli successivi ad esso disciplinano la prestazione per un periodo più breve ed eventualmente in contrasto con le statuizioni del giudice<sup>222</sup>, ma entrambi hanno il limite di potere valutare, assumendola a premessa dell'intesa, solo la situazione attuale, mentre le sopravvenienze non potranno prevedersi, quindi rispetto al futuro l'accordo avrà per fondamento una congettura, valida finché non smentita dalla realtà.

Non è escluso che i coniugi possano prevedere nell'accordo una modifica dell'importo dell'assegno per il caso in cui si verifichi un determinato evento, ma sarebbe impossibile un pronostico su tutte le possibili evenienze future.

Un'ultima considerazione renderà più chiaro la portata del problema degli accordi sull'assegno di divorzio: il legislatore avendo configurato l'assegno di divorzio come una prestazione assistenziale e conscio della non esaustività di un accertamento attuale compiuto in base a dati contingenti -carezza insita anche nella determinazione giudiziale dell'assegno-, ha congegnato il meccanismo della revisione della prestazione, positivizzandolo nell'art. 9 l. div.

Risulta allora più chiaro come tra gli accordi sull'assegno di divorzio quelli che pongono un problema di ammissibilità sono quelli che derogano alla regola *rebus*

---

<sup>222</sup>Agli accordi successivi al divorzio i coniugi ricorrono raramente. Per un caso in cui un coniuge assumeva l'obbligo di non domandare la revisione della prestazione attribuita con la sentenza di divorzio, derogando all'art. 9 l. div., si veda Cass. 4 novembre 2010, n. 22505, in Fam. Minori, 2011, 1, 28, in cui, si afferma che << la dichiarazione negoziale con cui un ex coniuge si impegna a non mettere in discussione le disposizioni contenute nella sentenza di divorzio attributive dell'assegno a favore dell'altro, ove intesa quale rinuncia al diritto di revisione, è nulla per illiceità della causa poiché interferisce sul diritto indisponibile all'assegno di divorzio, di carattere assistenziale>>

*sic stantibus*, precludendo l'operatività dell'unico rimedio in grado di garantire che l'insorgenza di un nuovo bisogno, sia del coniuge debitore che di quello creditore, non rimanga sfornito di tutela.

All'esito di questa disamina è, dunque, possibile ridimensionare e chiarire lo specifico oggetto della presente indagine: gli effetti degli accordi, preventivi o successivi al divorzio, volti a disciplinare l'assegno di divorzio in deroga alle previsioni normative.

Per giungere ad una soluzione, si preciserà in via preliminare se le parti siano legittimate a derogare alla disciplina legale in questa materia e in quale misura, se, dunque, esistono dei limiti alla loro autonomia negoziale; si chiarirà se sussistono ragioni di invalidità degli accordi in esame, se ne individuerà la disciplina.

Una volta individuata la disciplina a cui sono da sottoporre gli accordi sull'assegno di divorzio, si potrà procedere alla qualifica della fattispecie.

## **2. Autonomia negoziale nel diritto di famiglia**

L'ammissibilità della deroga in via pattizia delle norme del diritto di famiglia è stata tradizionalmente inquadrata nel quesito se fosse riconoscibile o meno, anche nell'ambito del diritto di famiglia, la possibilità di estrinsecarsi dell'autonomia privata.

Tradizionalmente, due orientamenti si sono profilati in proposito: quello attestatosi in epoca più risalente<sup>223</sup>, secondo cui in vista della tutela dell'interesse superiore della famiglia le norme che regolamentano il diritto di famiglia sarebbero inderogabili, di modo che l'esercizio dell'autonomia privata sarebbe limitata alla scelta di stipulare un atto, mentre sarebbe preclusa la determinazione dei suoi effetti, e quello, meno risalente<sup>224</sup>, che invece ammetteva l'utilizzo dello strumento negoziale nel diritto di famiglia, sia pur con limiti assai più stringenti di

---

<sup>223</sup> A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Sala Bolognese, Forni, 1978.

<sup>224</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Saggi di diritto civile, L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, E. Jovene, Napoli, 1961, 381. Secondo l'A. dalla funzione superiore che i negozi del diritto di famiglia devono adempiere deriva la possibilità di elaborare una figura generale del negozio familiare, il quale avrebbe per caratteristiche fondamentali di essere personalissimo, formale, nominato, e legittimo. Seguendo questa impostazione, gli accordi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio, poiché non nominati non sarebbero ammessi, in quanto nel diritto di famiglia sarebbero utilizzabili solo le figure negoziali espressamente previste dalla legge, non potendo l'autonomia privata perseguire qualsiasi scopo.

quelli esistenti nel diritto patrimoniale. Quest'ultimo orientamento prendeva le mosse dalla constatazione che nel diritto di famiglia la costituzione di alcuni rapporti familiari, il matrimonio in capo a tutti, e l'attribuzione di taluni *status* dipendesse dall'iniziativa discrezionale del singolo, con la precisazione che gli effetti discendenti dal negozio fossero configurati secondo le regole del diritto.

Invero, oltre la constatazione che il matrimonio sia un negozio, esistono numerosi indici -introdotti, via via, con molteplici interventi normativi di riforma- per inferire un principio di autonomia privata nel diritto di famiglia, poiché accanto ad atti costitutivi di *status* per i quali il legislatore detta una disciplina specifica e per lo più inderogabile, esistono previsioni che contemplan strumenti idonei ad incidere in vario modo su rapporti patrimoniali o su situazioni giuridiche familiari entro ambiti più o meno ampi di libertà; si pensi al riguardo alla scelta del regime patrimoniale della famiglia integralmente rimesso ai coniugi, nonché alla possibilità di modificare il regime della comunione legale -sebbene nei limiti stabiliti dalla comunione convenzionale-, all'accordo quale strumento per la conduzione della famiglia, al diritto di anonimato della madre o a quello di procedere al riconoscimento del figlio naturale anche se coniugata, alla decisione di separarsi e soprattutto a quella di divorziare che comporta lo scioglimento del vincolo e l'estinzione dello *status* di coniuge, rimessa pur sempre alla volontà del coniuge.

In dottrina, molti autori hanno evidenziato come da una fase di regolamentazione autoritativa del diritto di famiglia si è passati all'esaltazione dell'autonomia privata<sup>225</sup>, ammettendo pur sempre alcuni residuali limiti taluno, inferendone un principio di privatizzazione del vincolo coniugale altri.

---

<sup>225</sup> A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit., 1223, critica l'assolutizzazione del principio di indisponibilità del diritto al mantenimento, la quale sarebbe il portato della concezione che vede la titolarità dei diritti stessi nell'istituzione familiare in quanto tale, astratta dai singoli componenti della stessa, mentre -posta l'affermazione del principio di uguaglianza dei coniugi e dell'elemento consensualistico, quale strumento di gestione della vita matrimoniale- l'interesse familiare sarebbe da ritenersi, non sovraordinato, ma coincidente con quello dei suoi componenti singolarmente intesi. Gli accordi fra i coniugi, pertanto, essendo volti ad incidere esclusivamente sulla sfera dei coniugi e a realizzare l'interesse protetto dall'ordinamento, sarebbero validi ed efficaci e non potrebbero essere colpiti adducendo come motivazione l'indisponibilità del diritto. Invero il problema posto dall'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio non è relativo all'invalidità dell'accordo che lo abbia ad oggetto, quanto quello di stabilire se eseguita la prestazione pattuita dai coniugi divorziati, le ragioni del creditore possano dirsi soddisfatte in toto.

Ne risulta allora che la inderogabilità delle norme che disciplinano le situazioni giuridiche familiari è connessa alla tutela di interessi familiari propri ed essenziali alla persona e che la intangibilità degli effetti negli atti costitutivi di *status* non implica l'inesistenza di autonomia ma la presenza di limiti al suo esercizio<sup>226</sup>.

Per ciò che concerne l'oggetto della nostra indagine, occorre stabilire se le norme previste con riguardo alla prestazione di sostentamento in caso di divorzio siano derogabili e in quale misura.

Come detto, la dialettica degli interessi in gioco può essere ricostruita come un conflitto tra pretese ad un certo tenore di vita: il coniuge più debole pretende un tenore di vita almeno alimentare, il coniuge più abbiente ha la pretesa a condurre un tenore di vita più elevato, o comunque uno non inferiore a quello che le sue risorse potrebbero consentirgli, a causa dell'onere di sostentamento dell'altro.

La disciplina dell'assegno di divorzio risulta contemperare entrambe le pretese e la sua deroga comporterebbe nocimento ad entrambe le parti. L'unico interesse meritevole di tutela sacrificato dalla inderogabilità della disciplina è costituito dalla composizione definitiva del rapporto patrimoniale tra i coniugi (il quale verrebbe soddisfatto acconsentendo ad una deroga dell'art. 9 l. div. che determina la regola *rebus sic stanti bus*): ma questo interesse è stato considerato dal legislatore all'art. 5, comma 8, l. div. e disciplinato in modo tale da garantire che l'interesse del beneficiario non risulti frustrato.

L'inderogabilità della disciplina attinente all'assegno di divorzio trova fondamento, inoltre, nell'art. 160 c.c. a tenore del quale i coniugi non possono derogare né ai diritti né ai doveri discendenti dal matrimonio. Questa disposizione appare preordinata a garantire la conformità del rapporto coniugale alla struttura giuridica prescelta dal legislatore per il matrimonio, il quale ha subito nel tempo notevoli cambiamenti di prospettiva -tali da rendere necessario l'adeguamento dell'art. 160 c.c.- perdurante, invece, la necessità di assicurare il rispetto della disciplina del matrimonio.

---

<sup>226</sup>Partendo da queste considerazioni G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 60, ritiene consentita l'applicabilità dell'art. 1322 c.c. nel diritto di famiglia, con conseguente possibilità delle parti di autodeterminarsi nei rapporti familiari con l'osservanza dei limiti imposti dalla legge.

Nell'impostazione originaria del codice civile il matrimonio aveva un assetto gerarchico in cui il marito era riconosciuto come il capo della famiglia al quale spettava il potere di indirizzo della famiglia, il potere di fissarne la dimora e l'obbligo di proteggere e di mantenere la moglie, ovvero di corrisponderle quanto fosse <<necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze>>. Solo quando il coniuge non aveva mezzi sufficienti, la moglie doveva contribuire al mantenimento, ed infatti fra gli obblighi reciproci dei coniugi non era contemplato il dovere di contribuzione ma solo quelli di fedeltà, coabitazione ed assistenza. Nel caso in cui fosse stata costituita la dote, l'amministrazione e i frutti dei beni apportati dalla moglie, o da altri per essa, spettavano al marito, e se oggetto di essa fossero stati denaro o beni mobili stimati o, in presenza di espressa dichiarazione, beni immobili il marito ne avrebbe acquistato la proprietà. Conformemente a tale struttura del rapporto coniugale, l'art. 160 c.c., nell'originaria versione, statuiva che <<gli sposi non possono derogare né ai diritti che spettano al capo della famiglia, né a quelli che la legge attribuisce all'uno o all'altro coniuge>>, così garantendo che la posizione di preminenza del marito non venisse intaccata e, quindi, che la struttura del rapporto coniugale, benché implicante un trattamento peggiore per la donna, non venisse alterata<sup>227</sup>. Il fondamento delle maggiori prerogative del marito a discapito della moglie va rintracciato, verosimilmente, nella necessità di tutelare la stabilità e l'unità della famiglia, valori che -secondo i convincimenti dell'epoca- venivano garantiti accentrando il potere di gestione della vita familiare nel capo della famiglia, a costo di sacrificare il principio di uguaglianza.

Con l'avvento della Costituzione, la disciplina dei diritti e doveri matrimoniali risultava configgente col nuovo assetto del matrimonio, ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, pertanto, dapprima, tramite susseguenti interventi della Corte Costituzionale, si ritenne incostituzionale l'obbligo di mantenimento del marito in caso di separazione consensuale senza colpa di nessuno dei coniugi

---

<sup>227</sup> Nel codice civile del 1985, con contenuto sostanzialmente identico a quello del previgente art. 160 c.c. e posto che il matrimonio era regolato, per lo più, secondo la medesima struttura gerarchica che avrebbe conservato sino alla riforma del diritto di famiglia, l'art. 1379 disponeva che <<gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo della famiglia, né a quelli che vengono dalla legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice>> con la chiara funzione di tutelare le prerogative del marito come capo della famiglia.

indipendentemente dalle condizioni economiche della moglie<sup>228</sup> nonché l'obbligo di mantenimento in capo al marito nel corso della convivenza coniugale anche quando la moglie avesse mezzi sufficienti<sup>229</sup>, poi tramite la riforma del diritto di famiglia del 1975 si diede piena attuazione al dettato costituzionale cancellando il ruolo di supremazia del marito e configurando il coniugio come una comunità fra eguali. Per ciò che concerne i doveri patrimoniali dei coniugi, si passò dal mantenimento alla contribuzione, di modo che nel sistema attuale nessun coniuge può considerarsi deputato al sostentamento dell'altro ma entrambi devono contribuire ai bisogni della famiglia, per la quale sono entrambi ugualmente responsabili. La contribuzione diventa, un connotato indefettibile della parità coniugale perché fa venir meno l'idea di inferiorità economica che era insito nella distinzione tra il marito che si fa carico del sostentamento della moglie e la moglie mantenuta<sup>230</sup>. Radicalmente mutata la struttura del matrimonio, l'art. 160 del c.c. venne adeguato a questo cambiamento -fu espunto da esso il riferimento al marito quale capo della famiglia- di modo che attualmente la norma può considerarsi la sede in cui il legislatore sancisce l'inderogabilità delle regole che determinano l'uguaglianza fra i coniugi, quale nucleo fondamentale dell'istituto matrimoniale. L'art. 160 c.c., quindi, postula una valutazione del legislatore circa l'equivalenza dei doveri che incombono sui coniugi, la corrispondenza dei diritti di cui sono titolari, e, in definitiva, il bilanciamento degli interessi contrapposti nello svolgimento, come nell'epilogo<sup>231</sup>, del rapporto coniugale. L'art. 160 c.c. sembra dunque deputato a preservare l'assetto giuridico fondamentale del matrimonio e pertanto è da considerarsi norma imperativa<sup>232</sup>, dalla quale scaturisce la nullità dei

---

<sup>228</sup> Corte Cost. 23 maggio 1966, n. 46.

<sup>229</sup> Corte Cost. 13 luglio 1970, n. 133.

<sup>230</sup> << La parità è assicurata, inderogabilmente, dal dovere di contribuzione>>: in questo senso V. VETTORI, *Il dovere coniugale di contribuzione*, in *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 4, secondo cui questa asserzione sarebbe confermata dalle stesse norme che non prevedono alcun impegno reciproco di mantenimento <<tale da sminuire il significato impegnativo e di indirizzo dell'art. 143 c.c.>>; mentre, per l'A., non potrebbe ritenersi che deputata a preservare l'uguaglianza fra i coniugi sia la comunione legale, poiché sarebbe singolare che la legge consenta la deroga di una norma preposta ad attuare un principio costituzionale.

<sup>231</sup> La legge di riforma del diritto di famiglia, l. 19 maggio 1975, n. 151, è, infatti, successiva alla legge che ha introdotto il divorzio nel nostro ordinamento.

<sup>232</sup> Ritengono, che l'art. 160 c.c. sia norma imperativa C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, cit., 649 e G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., 699.

patti che, derogando ai diritti e ai doveri del matrimonio, violano il principio di uguaglianza fra i coniugi e alterano l'equilibrio del rapporto coniugale. Nello stesso senso sembra orientata l'opinione secondo cui l'art. 160 c.c. avrebbe il compito di vietare gli accordi <<con i quali si intendesse derogare alle norme che attengono alla struttura paritetica delle situazioni giuridiche dei coniugi>><sup>233</sup>.

Per ciò che concerne l'individuazione dei diritti e dei doveri a cui la norma si riferisce, secondo l'interpretazione a suo tempo data<sup>234</sup>, essa avrebbe per specifico oggetto i doveri coniugali, sia quelli personali che quelli patrimoniali, sia quelli esistenti nel matrimonio, che quelli residuali nella separazioni e nel divorzio<sup>235</sup>. Secondo un'interpretazione più restrittiva, l'art. 160 c.c. dovrebbe essere riferito <<solo ai patti che derogano ai criteri di legge (artt. 143, co. 3, e 148 c.c.) relativi alla distribuzione tra i coniugi degli oneri economici derivanti dai bisogni della famiglia e del mantenimento dei figli, concerne cioè i patti *de susistendo onere matrimonii*>><sup>236</sup>.

Con riguardo alla disciplina sull'assegno di divorzio, si può ritenere che anch'essa rientri nel divieto di deroga prescritto dall'art. 160 c.c., infatti, i presupposti, la scelta della modalità di adempimento della prestazione secondo le regole viste, la variabilità della prestazione, costituiscono connotati indefettibili del diritto, la cui deroga importerebbe alterazione dell'equilibrio del rapporto coniugale, in quanto tale non consentita. Tale conclusione deve essere ammessa anche con riferimento

---

<sup>233</sup> Così C. VERDE, *Le convenzioni matrimoniali*, UTET, Torino, 2003, 135, il quale annovera fra i patti vietati quelli relativi alla misura dell'onere di contribuzione ai bisogni della famiglia, ai sensi dell'art. 143, co. 3, c.c., quelli con cui i coniugi disciplinano il diritto-dovere alla fedeltà, all'assistenza morale materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia, alla concorde determinazione dell'indirizzo della vita familiare, il diritto di chiedere la separazione e il divorzio, compresa l'attribuzione dell'assegno di mantenimento, alimentare e divorzile.

<sup>234</sup> § 2.3 del cap. III ove si da atto anche delle diverse opinioni della dottrina.

<sup>235</sup> In questo senso anche V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, cit., secondo cui l'indisponibilità dei diritti e dei doveri morali e patrimoniali dei coniugi si presterebbe ad essere facilmente elusa soprattutto nel contesto odierno in cui, con la riforma del diritto di famiglia, si tende ad ampliare la sfera dell'autonomia privata dei coniugi. Secondo l'A. nell'area del divieto di cui all'art. 160 c.c. rientrerebbero anche i patti relativi al regime patrimoniale della famiglia con cui si introducano surrettiziamente modifiche a norme inderogabili (ad es. i patti diretti ad eludere le norme sull'uguaglianza delle quote della comunione legale o il rilascio di procure generali tra i coniugi per l'amministrazione del patrimonio comune). Secondo F. SANTOSUOSSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in Commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, I, 1, Utet, Torino, 157, i coniugi potrebbero disporre anche degli *oneri matrimonii* ma entro certi limiti, così sarebbe invalido un patto con cui si esonerasse totalmente un coniuge dal contributo ai bisogni della famiglia.

<sup>236</sup> U. CARNEVALI, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 30.

ai criteri di determinazione del *quantum* dell'assegno di divorzio, poiché prescindere da essi e determinare l'assegno con esclusivo riferimento allo stato di bisogno, significherebbe trasformare l'assegno di divorzio in una mera prestazione di mantenimento intesa come nel sistema previgente alla riforma del 1975, ovvero come un peso di cui un coniuge è onerato a favore dell'altro a prescindere dal suo contributo, mentre il legislatore, parificando i diritti e i doveri dei coniugi di cui la contribuzione rappresenta l'aspetto più significativo, ha preteso da entrambi i coniugi l'adempimento degli obblighi relativi al soddisfacimento dei bisogni della famiglia e, conseguentemente, ha dato rilevanza, allo scioglimento del matrimonio, agli sforzi ulteriori compiuti da ciascun coniuge rispetto alla misura richiesta ex art. 143 co. 3 c.c. (criterio compensativo), alle ragioni che hanno instaurato o aggravato la crisi, rendendo vani i sacrifici sopportati dai coniugi in costanza di convivenza matrimoniale (criterio risarcitorio), alla durata del rapporto matrimoniale quale parametro in funzione del quale commisurare l'entità di quegli sforzi. Con i criteri determinativi del quantum dell'assegno il legislatore ha inteso restaurare l'equilibrio eventualmente alterato nel corso della convivenza matrimoniale e, dunque, qualora essi non venissero presi in considerazione si verificherebbe una modificazione non consentita del rapporto coniugale.

Per queste ragioni si deve ritenere che il limite della disponibilità del diritto all'assegno di divorzio e della derogabilità della disciplina legale devono considerarsi coincidenti, nel senso che quando le parti derogano alla disciplina legale di esso stanno già disponendo del diritto e alterando l'equilibrio determinato dal legislatore tramite le prescrizioni normative, contravvengono al divieto.

Si aggiunga che l'interesse di cui è titolare il coniuge più debole è da configurarsi come diritto fondamentale della persona<sup>237</sup>, quale è da considerarsi il diritto ad una esistenza dignitosa a presidio del quale è posto l'assegno di divorzio.

---

<sup>237</sup> In tal senso T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, cit. 106, rispetto alla prestazione alimentare, la quale viene inquadrata fra i diritti relativi della personalità, in quanto per il suo godimento occorre la collaborazione del debitore; pertanto la prestazione degli alimenti ha natura non patrimoniale benché il suo oggetto sia costituito da una obbligazione avente contenuto patrimoniale.

Si deve ritenere, conclusivamente, che i coniugi non possono derogare alla disciplina dell'assegno di divorzio, che nell'esercizio della loro autonomia negoziale essi possono solo fissare *secundum lege* la prestazione e che le convenzioni sull'assegno di divorzio hanno il limitato compito di determinare ciò che, altrimenti, sarebbe lasciato alle statuizioni giudiziali.

### **3. La nullità degli accordi in vista del divorzio**

Il quesito relativo alla sussistenza di ragioni di invalidità dalle quali scaturisca la nullità dell'accordo sull'assegno di divorzio, a prescindere dal concreto contenuto di esso, è stato suscitato dalla giurisprudenza, la quale secondo un orientamento ormai consolidato, ritiene che gli accordi in occasione del divorzio siano nulli per illiceità della causa.

Il primo precedente giurisprudenziale sul punto, risale alla sentenza della Cassazione 11 giugno 1981, n. 3777 con la quale la Corte<sup>238</sup> ravvisò, in un accordo stipulato tra i coniugi prima di addivenire alla sentenza di divorzio, l'illiceità della causa per contrarietà all'ordine pubblico.

L'accordo preventivo tra i coniugi sul regime economico del divorzio, secondo la Corte, avrebbe, infatti, sempre lo scopo o l'effetto di condizionare il contegno processuale delle parti nel futuro giudizio, in ordine alla stessa volontà di divorziare; l'oggetto dell'accordo, dunque, sarebbe costituito non dai diritti patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma dallo *status* stesso e dunque la causa di questi accordi economici preventivi non potrebbe che essere considerata illecita per contrarietà a regole d'ordine pubblico. Nel motivare l'assunto, la Corte ritiene che quando due coniugi si accordano preventivamente sul regime economico della crisi, gli stessi <<guardano al divorzio non come ad una semplice *condicio iuris* indipendente dalla loro volontà (cioè al divorzio solo se e in quanto sarà dichiarato dal giudice sulla base della verità acquisita con mezzi inquisitori) e come ad un evento rispetto al quale siano effettivamente indifferenti, ma come ad un fatto sì dipendente da un accertamento giudiziario ma anche -e in misura non certamente trascurabile- dagli assunti e dalle prove offerte dalle parti e, quindi, dalla loro stessa volontà>>. Per tali ragioni << è indubbio che

---

<sup>238</sup> Per le cui disamina si rimanda al § 2.2, cap. I.

il consentire ai coniugi di potere fare affidamento giuridicamente tutelato su quei preventivi accordi economici li sospinge fatalmente a rinunciare di contestare in giudizio l'istanza di divorzio avanzata dall'altra parte>>.

Da allora, pacificamente la giurisprudenza ha ritenuto che gli accordi anteriori al divorzio siano nulli in quanto diretti a ledere il diritto di difendersi in giudizio, un diritto indisponibile e costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.); dall'obbligo, convenzionalmente posto, di aderire alla domanda di divorzio o di tenere un comportamento non ostruzionistico, discenderebbe l'effetto di negoziare lo *status* di coniuge e quindi la nullità dell'accordo<sup>239</sup>.

Forti delle argomentazioni a suo tempo sviluppate dalla Cassazione, dunque, le Corti sbrigativamente tacciano gli accordi di nullità per illiceità della causa, senza precisare da cosa sia determinata la causa illecita -secondo quanto esigerebbe il dettato dell'art. 1343 c.c.- e senza verificare se nella fattispecie concreta è intervenuto un accordo avente come oggetto di scambio il consenso al divorzio. In definitiva la massima per la quale gli accordi in vista del divorzio sono nulli per illiceità della causa, è divenuta una formula vuota, con cui eludere il problema sull'efficacia degli accordi in occasione della crisi.

Piuttosto al fine di comprendere se negli accordi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio sussistono ragioni di invalidità sotto il profilo causale, occorre prendere le mosse dall'art. 1343 c.c. e, in particolare, dal concetto di ordine pubblico, il quale deve considerarsi una clausola generale, ovvero una norma di direttiva volta

---

<sup>239</sup> A dire il vero le argomentazioni addotte dai giudici di merito e, persino, dalla Cassazione sono molto più stringate, non vanno al di là dell'affermazione di principio secondo cui << l'accordo preventivo concluso fra i coniugi riguardante l'assetto dei rapporti matrimoniali tra essi intercorrenti in caso di divorzio è radicalmente nullo, poiché con esso si limita il loro comportamento processuale in un giudizio concernente uno "status">>: così Cass. 28 ottobre 1994, n. 8912, in Fam. e Dir. 1995, 1, 14. Nello stesso senso Cass. 9 ottobre 2003 n. 15064, in Arch. Civ., 2004, 1335, Cass. 20 settembre 1991, n. 9840, in Dir. Fam., 1992, 562, Cass. 11 dicembre 1990 n. 11788 in Foro it., Rep., 1990, voce Matrimonio, n. 187 e Cass. 10 marzo 2006, n. 5302, in Giust. civ. Mass., 2006, 4. Questa affermazione è stata ripetuta, in particolare per gli accordi stipulati in occasione della separazione e destinati a regolare un futuro ed eventuale divorzio, poiché nella pratica accade spesso che i coniugi separati, prospettando il divorzio come situazione prossima -il cui differimento spesso è determinato dalla disciplina legale la quale richiede che trascorran tre anni dalla comparizione delle parti davanti il presidente del tribunale al fine di tentare la conciliazione, prima che possa essere pronunciato il divorzio- intendono dare una sistemazione definitiva ai loro rapporti economici, evitando liti e contestazioni future.

a operare negli ambiti di altre norme, allo scopo di limitare i poteri o le facoltà esercitate in virtù di esse<sup>240</sup>.

Si è già rilevato, come l'autonomia negoziale nell'ambito del diritto di famiglia venga delimitata dalla inderogabilità della disciplina sull'assegno di divorzio, senza che ciò impedisca ai coniugi di porre in essere un accordo che sia conforme a quelle prescrizioni.

La facoltà di disporre del proprio patrimonio e di impegnarsi verso gli altri secondo le proprie scelte, generalmente riconosciuta dall'ordinamento, viene meno allorché le parti si avvalgano dello strumento negoziale per un fine vietato. Bisogna, dunque, verificare se sussistono principi in virtù dei quali la determinazione convenzionale dell'obbligo di corrispondere una prestazione di sostentamento entri in conflitto con il sistema normativo, e, quindi, sia da considerarsi vietata.

Una indicazione in proposito può essere dedotta dagli artt. 1 e 3 l. div. secondo cui il divorzio può essere pronunciato solo se la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non possa essere mantenuta o ricostituita e se sussista uno dei presupposti legali di cui all'art. 3. Dal combinato disposto si ricava che non è ammesso il divorzio consensuale, ovvero quello disposto sul solo presupposto dell'accordo dei coniugi. Si considerino altresì l'art. 79 c.c. secondo cui la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né a eseguire quanto si fosse pattuito in caso di inadempimento e l'art 636 c.c. il quale considera illecita la condizione, apposta in testamento volta a vietare le nozze<sup>241</sup>.

Dalle regole evidenziate risulta il principio per il quale lo *status* familiare non è negoziabile e la tendenza dell'ordinamento a tutelare l'esercizio di libertà fondamentali inerenti la materia familiari da condizionamenti esterni e nel rispetto della disciplina legale.

Inferire dal sistema questo principio di ordine pubblico, tuttavia, non vale a giustificare l'affermazione per cui ogni contratto avente ad oggetto gli effetti

---

<sup>240</sup> L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. critica dir. privato, 1986, 17, secondo il quale le clausole generali non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni.

<sup>241</sup> Secondo T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 66, dagli artt.79 e 636 c.c. si ricava lo sfavore dell'ordinamento verso accordi che incidono, anche indirettamente, sull'esercizio di libertà fondamentali.

economici della crisi abbia la funzione di disporre dello status di coniuge, piuttosto si avrà contrarietà all'ordine pubblico solo quando si verifichi una connessione tra l'attribuzione programmata in vista del divorzio e la volontà di estinguere lo *status* di coniuge, ovvero di addivenire al divorzio. Tale connessione, in effetti, può dirsi sussistente nel caso deciso dalla Suprema Corte con la sentenza richiamata, nel quale il marito si obbligava a corrispondere una certa quantità di denaro, pretendendo in cambio che la moglie si impegnasse per iscritto a non opporsi in giudizio sull'istanza di divorzio, poiché nel sistema antecedente alla novella dell'87 nel caso in cui un coniuge si opponesse al divorzio, veniva richiesto il decorso di cinque anni dalla separazione legale anziché tre<sup>242</sup>.

Ma nell'attuale panorama normativo, in cui il consenso di un coniuge non incide in alcuna maniera sulla pronuncia del divorzio, occorre domandarsi se la promessa di una prestazione, condizionando la pronuncia sul divorzio, possa realizzare un atto di disposizione dello *status* di coniuge.

Si osservi che l'estinzione dello *status* coniugale a causa del divorzio, da un lato può dipendere dalla volontà unilaterale di un solo coniuge -è ciò che accade allorché il procedimento divorzile viene incardinato su ricorso di un solo coniuge secondo la disciplina dell'art. 4, comma 1, l. div.- dall'altro essa è subordinato all'accertamento dei presupposti legali, a prescindere dal fatto che l'altro coniuge vi acconsenta o meno. Si aggiunga che l'impossibilità di mantenere o ricostruire la comunione spirituale e materiale tra i coniugi se è considerato dalla giurisprudenza, in linea di principio, un requisito necessario del divorzio, oggetto di verifica, poi nella pratica la sua prova viene desunta dalla durata della separazione<sup>243</sup>, o dal comportamento in giudizio delle parti, come il fallimento del tentativo di conciliazione<sup>244</sup>. Infine, la stessa legge contempla l'ipotesi in cui i coniugi acconsentano al divorzio e si accordino sulla regolamentazione dei rapporti economici e della condizione dei figli, quale presupposto del

---

<sup>242</sup> Secondo G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 254, attualmente il contegno processuale della parte non avrebbe alcuna rilevanza perché la Novella del 1987 ha eliminato l'elevazione della durata della separazione per il caso di opposizione di un coniuge; per l'A. <<risulta evidente che non può parlarsi di commercio di status non essendo commerciabile ciò che in ogni caso si verifica ineluttabilmente>>.

<sup>243</sup> Cass. 3 agosto 1990, n. 7799, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

<sup>244</sup> Cass. 6 novembre 1986 n. 6485, in *Giust. civ. Mass.*, 1986 e Cass. 3 settembre 1976, n. 3079, in *Dir. Fam.*, 1976, 2, 1686.

procedimento di divorzio abbreviato su domanda congiunta, disciplinato dall'art. 4, ultimo comma l. div.

Pertanto si deve ritenere che il consenso di un coniuge è ininfluenza sulla pronuncia di divorzio e che, se anche esso fosse stato estorto con la promessa di una prestazione, non potrebbe dirsi violato il principio di non negoziabilità dello *status*, perché l'estinzione di esso dipende unicamente dalla legge.

Altro problema è quello del *vulnus* al diritto di difendersi in giudizio, che verrebbe in rilievo secondo la giurisprudenza quando un coniuge si obblighi a tenere un comportamento processuale non ostruzionistico. Invero neppure una simile circostanza potrebbe determinare l'invalidità dell'accordo<sup>245</sup> perché la condotta del coniuge volta ad ostacolare l'attività processuale (si pensi al coniuge che non si presenti all'udienza di conciliazione senza una giustificazione, determinando il differimento dell'udienza ai sensi dell'art. 4, comma 7, l. div.) non può considerarsi esplicitazione del diritto di difendersi, ma condotta abusiva non meritevole di tutela. Diversamente dovrebbe opinarsi nel caso in cui tramite l'accordo il coniuge destinatario della prestazione si obblighi a deporre il falso o si dimostri disponibile a deporre quando non richiesto dalla legge. Ma questo accordo sarebbe da considerare illecito qualunque fosse la materia con esso regolata, quindi non esistono ragioni per additare la lesione del diritto di difendersi come una ragione di nullità propria degli accordi in vista del divorzio, da ritenere apoditticamente sussistente, a prescindere da una verifica.

Si deve concludere, dunque, che la contrarietà all'ordine pubblico va ravvisata quando l'accordo realizzi uno scambio tra l'attribuzione patrimoniale concordata e la volontà di divorziare, nel senso che, a causa della prestazione dedotta in contratto, il coniuge possa incontrare remore o, al contrario, essere incentivato a presentare la domanda di divorzio; la sussistenza di tale scambio dipende da un accertamento di fatto e non può essere presunta in via generale ed assoluta<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup>In questo senso A. C. JEMOLO, *Occhiali del giurista*, in Riv. Dir. Civ., 1967,II, 529 in relazione alle convenzioni relative all'annullamento del matrimonio: << Consiglierei di non parlare nella convenzione di comportamento delle parti nel processo; ma non invaliderebbe l'obbligo assunto di comparire e rispondere, di non tenere un contegno ostruzionistico dinanzi al giudice: se pure anche questa clausola possa poi porgere il destro ad eccezioni da parte di un contraente in mala fede>>.

<sup>246</sup> In questo senso G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., e A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit. il quale critica la costruzione della giurisprudenza per l'assolutezza, poiché essa si

Si potrebbe ritenere contrario all'ordine pubblico, a titolo esemplificativo, l'accordo preventivo con cui un coniuge si obbligasse a corrispondere una cifra esorbitante all'altro a titolo di assegno di divorzio: in questo caso, infatti, la scelta del debitore di domandare il divorzio potrebbe essere influenzata dall'obbligo assunto, mentre il creditore potrebbe essere sollecitato alla scelta di divorziare dalla promessa della prestazione. Dubbi ancora più significativi emergono allorché convenzioni simili vengano stipulate precedentemente o contestualmente alla celebrazione del matrimonio, poiché in tali casi l'intesa sembrerebbe volta esclusivamente << a preconstituire un'apertura della crisi a basso costo per il coniuge più abbiente e più restio al matrimonio oppure un corrispettivo elevato volto a scoraggiare l'iniziativa di colui che è maggiormente interessato ad aprire la crisi ed a vantaggio del coniuge che è contrario>><sup>247</sup>. Si pensi altresì, agli accordi con cui un coniuge accetti una cifra irrisoria o si accordi per non domandare l'attribuzione dell'assegno di divorzio, affinché l'altro non ostacoli l'affidamento dei figli.

Se l'accordo risulta contrario all'ordine pubblico, certamente dovrà considerarsi nullo, secondo quanto dispone l'art. 1418, comma 2, c.c. e disciplinato dalle regole sull'efficacia e sulle restituzioni proprie della nullità<sup>248</sup>.

---

basa su una asserzione indimostrata: ciò che deve essere sanzionato è lo scambio tra il consenso e la prestazione. Secondo E. BERGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., dal ragionamento della giurisprudenza traspare una concezione di ordine pubblico così aprioristica e rigida da non lasciare alcun spazio alla verifica del contenuto concreto dell'accordo.

<sup>247</sup> T. AULETTA *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 64, mentre BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit. è favorevole alla validità di simili accordi, infatti essi, in quanto diretti a realizzare un interesse meritevole di tutela, sarebbero giustificati dal l'art. 1322 c.c.; la meritevolezza dell'interesse sarebbe dimostrata dal fatto che con l'art. 162 c.c., il legislatore deferisce ai coniugi la scelta sul regime patrimoniale.

<sup>248</sup> Secondo L. BARBIERA L., *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., nell'ipotesi verificata nella realtà, in cui il coniuge beneficiario della prestazione assuma l'obbligo di non opporsi al divorzio, l'accordo dovrà comunque considerarsi efficace in virtù dell'ampio riconoscimento dell'autonomia privata nella regolazione degli effetti della crisi, e del principio di conservazione del contratto, ma la clausola sull'obbligo di non opporsi alla domanda di divorzio dovrà considerarsi come non apposta; inoltre se la prestazione eccede la misura alimentare, il coniuge obbligato potrà chiedere una riduzione di essa in quanto priva di causa. In proposito si può osservare che, come dimostrato, l'obbligo di non opporsi al divorzio non comporta l'illiceità del contratto e che la contrarietà della causa all'ordine pubblico, non può avere per conseguenza che la sua nullità: in tal caso il contratto è radicalmente inefficace. Secondo M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento*, cit., 119, invece, in alternativa all'orientamento giurisprudenziale della nullità totale delle convenzioni in vista del divorzio, si dovrebbe concludere per la nullità parziale della singola clausola concernente lo status. Secondo l'A. la clausola contenente l'obbligo di consentire il divorzio senza eccezioni. di per sé

Perplexità suscita, inoltre, l'orientamento assunto dalla giurisprudenza con riguardo agli accordi di separazione o in vista dell'annullamento del matrimonio che, diversamente da quelli in vista del divorzio, sarebbero validi.

Rispetto ai primi la giurisprudenza ritiene che i patti precedenti, coevi o successivi all'omologazione sono validi, purché non interferiscano con l'accordo omologato. Si ammettono, perciò, i patti modificativi che specificano il contenuto dell'accordo omologato o introducono disposizioni di maggiore rispondenza all'interesse tutelato<sup>249</sup>. Non si comprende la ragione, infatti, per la quale gli accordi precedenti alla separazione non possano influenzare il coniuge in ordine alla decisione di separarsi mentre quelli in vista del divorzio né condizionino senz'altro la volontà.

Per ciò che concerne gli accordi stipulati in vista dell'annullamento, la giurisprudenza li ritiene validi, poiché il carattere inquisitorio del giudizio di annullamento garantirebbe che l'accordo con cui un coniuge promette una prestazione all'altro non abbia lo scopo di influenzare il contegno processuale del coniuge creditore<sup>250</sup>. L'affermazione secondo cui gli accordi in vista del divorzio sono illeciti perché il giudice del divorzio - benché provvisto dei medesimi poteri del giudice dell'annullamento - non può verificare che l'accordo influenzi il contegno del coniuge in ordine alla decisione di divorziare, suscita parecchie perplessità, e può ritenersi infondata, in quanto nel procedimento di annullamento del matrimonio, specie se pendente davanti all'autorità ecclesiastica, l'atteggiamento collaborativo del coniuge può incidere profondamente sull'accertamento della verità, perché spesso la causa di invalidità invocata consiste nell'esclusione da parte di un coniuge di uno dei *bona matrimonii*, per l'accertamento della quale risulta decisiva la testimonianza dell'altro.

---

nulla non potrebbe travolgere il relativo regolamento negoziale, quando il divorzio sia stato pronunciato nonostante le eccezioni sollevate da un coniuge; diversamente dovrebbe opinarsi nel caso in cui benché sussistano i presupposti per domandare l'addebito della separazione, la parte convenga di chiedere la separazione consensuale, perché se il coniuge chiede ugualmente che la separazione venga addebitata all'altro, posta la diversità di prestazione prevista dalla legge per il coniuge a cui sia imputabile la crisi, si potrebbe ritenere che la convenzione sia nulla per intero.

<sup>249</sup>Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in Corr. Giur., 1993, 820; Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in Nuova giur. civ. comm., 1994, I, 710.

<sup>250</sup> Cass. 3 gennaio 1993, n. 348, in Giur. it., 1993, I, 1, 1671.

Una episodica rivisitazione dell'orientamento descritto sulla nullità degli accordi in vista del divorzio si è avuta con la decisione 14 giugno 2000, n. 8109<sup>251</sup>, in cui la Cassazione pur proclamando di condividere e mantenere fermo l'orientamento consolidato, nel caso di specie ritiene di non doverlo applicare, organizzando un quadro di argomentazioni, per quanto stringate, piuttosto oscure a discapito della semplicità del caso: i coniugi avevano raggiunto in sede di separazione una convenzione transattiva -stando al *nomen iuris* dato dalle parti- in forza del quale il marito si impegnava a corrispondere alla moglie un assegno <<vita natural durante>>. Il marito agiva in giudizio al fine di ottenere l'accertamento dell'insussistenza di qualsiasi obbligazione nei confronti della moglie. Sia il giudice di prime cure che la Corte d'appello rigettavano la domanda.

Anche la Cassazione si assesta su questa posizione, benché il ricorrente deducesse la nullità della convenzione sulla scorta del consolidato orientamento sulla illiceità della causa a cui la stessa Corte dichiarava di aderire. Quanto alle motivazioni, la Corte asserisce che usualmente la nullità dell'accordo viene invocata per paralizzare o ridimensionare la domanda diretta ad attribuire l'assegno divorzile; il caso di specie, invece, <<presenta posizioni rovesciate>> in quanto è l'onere ad agire per l'accertamento negativo dell'obbligo, senza che la controparte abbia azionato il diritto ad ottenere il riconoscimento della prestazione.

Non si vede come il profilo descritto possa incidere sulla risoluzione del caso: se il quesito è costituito dalla validità ed efficacia del contratto, non ha alcuna rilevanza la posizione del soggetto che agisce in giudizio per farne dichiarare la nullità. In altre parole ai fini della invalidità del contratto è irrilevante che la nullità venga eccepita in opposizione ad una domanda di attribuzione dell'assegno o che venga accertata su domanda di chi vuole liberarsi dall'adempimento di un contratto invalido<sup>252</sup>.

La seconda ed ultima motivazione della Corte è la seguente: l'accertamento, non ha ad oggetto la verifica degli elementi costitutivi del diritto all'assegno ma la validità ed efficacia dell'accordo. Poiché l'accordo in questione avrebbe natura

---

<sup>251</sup> In Guida al diritto, 2000, n. 24, 40.

<sup>252</sup> In questo senso G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in Fam., 2001, 245 la quale ritiene che la pretesa nullità dell'accordo per illiceità della causa mal si concilia con il carattere relativo dell'azione spettante esclusivamente al beneficiario dell'assegno, costruita dalla Corte.

transattiva, e non sarebbe volto a regolare gli effetti economici della crisi, esso non potrebbe incidere sul contegno processuale delle parti, ma dovrebbe essere considerato lecito ed efficace (asserzione questa non espressamente dichiarata in sentenza). Tuttavia la prestazione concordata spiegherebbe efficacia in relazione al riconoscimento dell'assegno di divorzio ma solo quale emolumento del quale, al pari di tutte le altre voci attive e passive, il giudice deve tenere conto al fine di determinare la situazione patrimoniale del coniuge richiedente l'assegno.

La conclusione secondo cui l'accordo in questione non avrebbe l'effetto di condizionare la scelta dei coniugi in ordine al divorzio non discende naturalmente dalla natura transattiva dello stesso, ma è proprio la questione di cui la Corte avrebbe dovuto farsi carico di accertare. Peraltro, che l'accordo abbia natura transattiva è affermazione che si pone in contrasto con la natura indisponibile, asserita dalla stessa giurisprudenza, dell'assegno di divorzio: la transazione in questo caso dovrebbe considerarsi nulla in virtù dell'art. 1966 comma 2 c.c..

Che i coniugi intendevano regolare proprio la corresponsione dell'assegno di divorzio, inoltre risultava chiaramente dalle stesse eccezioni sollevate dal ricorrente, tutte relative alla nullità degli accordi in vista del divorzio, e la Corte avrebbe dovuto procedere alla riqualificazione della fattispecie<sup>253</sup> e domandarsi poi quali effetti produce un accordo che ha ad oggetto l'assegno di divorzio e che, precludendo successive domande di contenuto economico, è posto in deroga alla legge.

La Corte invece, ritiene valido l'accordo perché transattivo e poi asserisce che la prestazione concordata incide sulla spettanza del diritto all'assegno, affermando sostanzialmente la rilevanza degli accordi preventivi di divorzio.

Risulta chiaro, allora, come la Corte, seppure mossa dall'intento di mutare l'orientamento consolidato in tema di nullità, ha perseguito questo obiettivo velatamente, ravvisando forzatamente nel caso di specie una fattispecie diversa da

---

<sup>253</sup> L'errata qualifica del contratto costituisce errore di diritto (falsa applicazione della legge) e la cassazione può indicare direttamente la corretta soluzione giuridica. L'errata qualificazione della fattispecie ad opera del tribunale e della Corte di Appello è lampante: il primo ritiene che si tratti di una rendita vitalizia costituita dalle parti a tacitazione di ogni pretesa economica della moglie vita natural durante, ed allora sembra evidente che le parti abbiano voluto porre in essere l'operazione di cui all'art. 5, comma 8 l. div. eludendo, però il controllo d'equità; la Corte d'appello ritiene invece che non possa trattarsi di rendita vitalizia perché mancava, nell'accordo, la cessione di un bene o di un capitale da parte della moglie, come se la rendita vitalizia non possa costituirsi a titolo gratuito.

quella degli accordi in vista del divorzio, infatti <<non è tanto la particolarità del caso concreto a suggerire, eccezionalmente, la disapplicazione della *regula iuris* (di creazione giurisprudenziale) ma la dimostrata inconsistenza di tutti gli argomenti che tentano di giustificare la regola medesima>><sup>254</sup>. In sintesi, accordi simili a quello oggetto della pronuncia della Cassazione, considerato che non hanno lo scopo di carpire il consenso al divorzio, e dunque non presentano profili di invalidità, devono essere considerati sotto l'aspetto della congruenza alla disciplina legale, per verificare se la funzione di sostentamento del coniuge beneficiario sia frustrata o soddisfatta.

Una parte della dottrina, dissociandosi nettamente dalla posizione giurisprudenziale, ha colto la nullità degli accordi in vista del divorzio non in ragioni discendenti dalla illiceità ma nella indeterminatezza dell'oggetto, <<in quanto gli effetti economici del divorzio che gli accordi preventivi vorrebbero regolare non sono valutabili prima che vengano in essere i presupposti del se e del quanto>><sup>255</sup>.

In effetti che la condizione esistenziale ed economica di ciascun coniuge, essendo mutevole, non può essere fissata in maniera definitiva negli accordi preventivi –i quali possono tenere in considerazione solo la situazione contingente- è innegabile e anzi rappresenta il vero fulcro del problema, ma ritenere che l'oggetto dell'accordo sia indeterminato e indeterminabile non sembra appropriato. La determinatezza dell'oggetto richiede che l'accordo contenga le indicazioni sufficienti a delineare, negli aspetti fondamentali, il rapporto contrattuale di modo che le parti sappiano qual è l'impegno che assumono. Non si può ritenere che gli accordi in vista del divorzio siano indeterminati per ciò che concerne la prestazione da adempiere, anzi può dirsi che lo scopo principale perseguito dai coniugi con simili accordi sia proprio quello di definire in maniera irrettrabile la prestazione, i cui presupposti –*an* e *quantum*-, però, vengono determinati dalle

---

<sup>254</sup>Così F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, cit., 1155, secondo cui la Corte ha apparentemente operato con la tecnica del distinguishing affermando che non sussistono i presupposti di fatto che hanno giustificato l'adozione della regola che sarebbe tenuta ad applicare, mentre nella realtà ha posto in essere una *prospective overruling*, ovvero ha tentato di modificare un precedente, ritenuto inadeguato a regolare quella determinata fattispecie, decidendo tuttavia il caso di specie in applicazione della regola superata.

<sup>255</sup>C. M. BIANCA, *Il diritto civile*, cit., 230.

parti secondo dati contingenti, quindi il problema non riguarda la mancanza dei presupposti, ma la loro variabilità, a cui si dovrebbe rimediare tramite la regola dell'art. 9 l. div. *Nulla questio* dunque se i coniugi non escludono l'applicazione di questa regola; problemi sorgono, invece, quando vi hanno derogato, poiché in questo caso bisogna stabilire quali siano le sorti delle pattuizioni che contravvengono a discipline inderogabili.

#### **4. La disciplina degli accordi in vista del divorzio**

Dall'analisi fin qui svolta risulta che: gli accordi in discorso hanno causa e oggetto leciti; le norme che disciplinano la prestazione che ne costituisce oggetto sono inderogabili; il diritto all'assegno di divorzio è indisponibile; la deroga alla disciplina legale concretizza un atto di disposizione del diritto.

Si impone, adesso, di individuare la conseguenza giuridica della deroga alla disciplina legale. Viene in rilievo l'art. 1418, comma 1 c.c., poiché la correlazione tra l'art. 160 c.c. e gli artt. 5, comma 6 e 8, e 9 l. div. impongono di pensare alle convenzioni che derogano alla disciplina dell'assegno come contratti contrari a norma imperativa.

L'accordo con cui i coniugi regolano gli effetti della crisi in maniera definitiva, precludendo al coniuge beneficiario dell'assegno di avanzare successive pretese ed impedendo al coniuge obbligato di chiedere la revisione della prestazione, in considerazione di fatti successivi che abbiano modificato *in peius* la sua situazione economica, deve considerarsi nullo<sup>256</sup>.

L'art. 9 l. div., consentendo la variabilità della prestazioni in considerazione delle sopravvenienze, ha inteso sopperire alla inidoneità di una previsione contingente sull'assegno di divorzio di tenere conto delle future esigenze del beneficiario.

L'accordo assunto dai coniugi, pertanto, non può considerarsi vincolante: il coniuge beneficiario potrà fare valere il suo stato di bisogno proponendo domanda per il riconoscimento dell'assegno di divorzio a prescindere da quanto determinato nell'accordo; il coniuge obbligato potrà domandare la revisione

---

<sup>256</sup> Secondo F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, cit. ritenuto che l'assegno di divorzio è disponibile, i coniugi potrebbero anche escludere che l'efficacia dell'accordo preventivo sia subordinato alla regola *rebus sic stantibus*

dell'importo dell'assegno di divorzio in quanto la determinazione contrattuale della prestazione con il concorso del fatto sopravvenuto che diminuisce le sue possibilità economiche, risulti sproporzionata<sup>257</sup>.

La soluzione proposta, peraltro, è da ammettersi anche con riferimento agli accordi che derogano alla modalità di adempimento. Come si è già rilevato la modalità ordinaria di adempimento è da ritenersi la corresponsione periodica, ma il problema della deroga alla disciplina legale non si profila quando i coniugi determinano il trasferimento della proprietà di un immobile o la costituzione del diritto di usufrutto o anche la prestazione di una somma di denaro da corrispondere in un'unica soluzione -il che non sarebbe vietato, a condizione che la prestazione garantisca il soddisfacimento delle esigenze del coniuge beneficiario nonché quelle che può consentirgli di soddisfare un importo congruo ai criteri legali di determinazione- ma quando i coniugi intendono ricorrere alla soluzione *una tantum* corredata dalla preclusione a proporre successive domande economiche senza subordinare l'accordo al controllo d'equità giudiziale.

La questione allora può essere posta anche in diversi termini e ciò servirà a risolvere anche il quesito -a suo tempo posto- sulle sorti dell'accordo per la corresponsione in un'unica soluzione che non sia ritenuto equo dal giudice o che non sia stato sottoposto al suo controllo; in questo caso, infatti, la fattispecie non è sussumibile nell'art. 5 comma 8 l. div., piuttosto è assimilabile agli altri accordi sull'assegno di divorzio. In proposito v'è da chiedersi se fuori dallo schema legale previsto dall'art. 5, comma 8, l. div., l'attribuzione *una tantum* sia idonea ad estinguere l'obbligazione dell'assegno di divorzio e se possa dirsi adempiuto l'obbligo legale quando il coniuge esegua la prestazione pattuita, di modo che il beneficiario non possa fare valere in seguito ulteriori pretese economiche.

La risposta non può che essere negativa per la ragione che la variabilità è un connotato indefettibile dell'assegno di divorzio, e il legislatore ne ammette la eliminazione soltanto ricorrendo allo speciale procedimento previsto dalla legge.

In definitiva, che la periodicità non va considerata un requisito essenziale della prestazione e che le parti possano determinarla liberamente -salvo il limite della

---

<sup>257</sup> Secondo M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento*, cit., 119 si dovrebbe ricorrere alla nullità parziale di cui all'art. 1419 comma 1, c.c.

congruenza ai bisogni e agli altri interessi sottesi ai criteri sul *quantum* dell'assegno- non è dubbio, ma esse devono osservare la regola di cui all'art. 9 l. div.; qualora vi contravvengono l'accordo sarà nullo.

Le parti, tuttavia potranno sottoporre al giudice l'accordo sulla corresponsione *una tantum*, anche se intervenuto in epoca successiva alla sentenza di divorzio, perché questi ne valuti l'equità; allo stesso modo, il coniuge convenuto per la revisione dell'assegno, potrà far valere l'accordo sull'*una tantum*, il quale se giudicato equo dal giudice potrebbe comportare il rigetto della domanda di revisione. Il controllo sulla congruità della prestazione, dunque, potrà avvenire anche in epoca successiva alla pronuncia di divorzio, e qualora esso abbia un esito positivo l'accordo sarà valido, vincolante e preclusivo di future domande.

Per ciò che concerne l'ipotesi in cui i coniugi organizzino un accordo in deroga allo schema legale di determinazione dell'assegno, la questione risulta più complessa. In virtù dell'art. 5 comma 6, l. div. l'assegno di divorzio in concreto può essere determinato in misura superiore a quella alimentare, qualora ricorrano i presupposti per l'applicazione dei criteri legali tendenti al suo incremento; con la previsione di questi criteri il legislatore ha inteso dare rilevanza a interessi ulteriori rispetto a quello ad una esistenza libera e dignitosa -e sempre che gli stessi non abbiano trovato tutela ad opera di altre discipline- di modo che la determinazione della prestazione in maniera difforme dallo schema legale pregiudica il beneficiario perché provoca una compressione del diritto all'assegno di divorzio il quale diverrebbe altro, ovvero una mera prestazione alimentare.

Allorché i coniugi si accordano per la determinazione della prestazione svolgono una valutazione complessiva sull'*an* e sul *quantum* dell'assegno di divorzio, alla luce della situazione contingente. Ciò non consente di attribuire un giusto valore ai criteri legali previsti dall'art. 5 comma 6 l. div., poiché i fatti su cui si fondano devono ancora realizzarsi, o comunque non possono dirsi conclusi in modo tale da poterli apprezzare complessivamente. Si pensi al criterio della durata del matrimonio: non si può apprezzarne l'incidenza sulla misura dell'assegno prima che il matrimonio venga sciolto, tramite la pronuncia di divorzio.

Alla luce della situazione esistente ed inconsapevoli -e tendenzialmente disinteressati- della incidenza di fatti futuri sulla determinazione dell'assegno di

divorzio, i coniugi, comparando le rispettive condizioni economiche ed esistenziali, individuano il soggetto obbligato e il soggetto creditore, quindi determinano la misura dell'obbligo legale.

Secondo autorevole dottrina<sup>258</sup>, questi accordi, hanno la funzione di determinare il contenuto di un obbligo legale, il cui titolo, appunto, rimane pur sempre la legge, pertanto essi non sostituiscono la fonte del diritto. Finché si attengono a una funzione determinativa, questi accordi non si pongono in deroga con la legge, e dunque non sussistono dubbi in ordine allo loro ammissibilità, semmai il problema sussiste allorché l'accertamento contenuto nel contratto sia difforme dalla realtà esistente al momento dell'accordo o incongruo rispetto al mutamento della situazione<sup>259</sup>.

Secondo una altra parte della dottrina negli accordi in questione si potrebbero scorgere i caratteri della ricognizione del debito e della confessione stragiudiziale<sup>260</sup>, infatti il coniuge che si obbliga a corrispondere l'assegno di divorzio riconosce l'esistenza del debito, mentre colui che ne è destinatario accetta la misura del proprio credito; inoltre la determinazione della prestazione in una certa misura, implica che i coniugi abbiano reciprocamente ammesso l'esistenza di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altro, dunque confessato la verità sulle rispettive condizioni economiche: il coniuge che assume l'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio confessa di trovarsi in una posizione economicamente migliore dell'altro e riconosce l'esistenza del debito; il coniuge creditore, accettando la misura della prestazione, confessa la verità della sua condizione economica e stima adeguata la prestazione pattuita.

Secondo l'opinione in discorso, dunque il conflitto tra la situazione accertata nell'accordo e la realtà, potrebbe essere risolto tramite gli artt. 1988 e 2732 c.c.<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> M. C. BIANCA, *Il diritto civile*, cit., 293.

<sup>259</sup> In questo caso secondo M. C. BIANCA, *idem*, 293, l'accordo sull'assegno di divorzio non preclude la determinazione giudiziale quando risulti manifestamente iniquo o erroneo, in particolare per non avere tenuto conto di circostanze rilevanti o per avere presupposto circostanze non rispondenti alla realtà.

<sup>260</sup> In questo senso E. RUSSO, *Gli atti determinativi del contenuto degli obblighi legali nel diritto di famiglia*, Milano, 1983, 223, secondo il quale il problema degli accordi sull'assegno di divorzio sta nello stabilire la misura dell'incidenza della situazione preesistente su quella accertata: una totale rilevanza della situazione preesistente priva di funzione l'accordo stesso, ma non si può neppure precludere l'indagine sulla verità.

<sup>261</sup> Secondo E. RUSSO, *idem*, 232 <<Secondo indicazioni di larga massima, il potere di dissenso del coniuge può essere accostato a quello di provare l'esistenza del rapporto fondamentale secondo

A dire il vero l'accertamento compiuto da ciascun coniuge in relazione alle proprie condizioni economiche ed esistenziali, non potrebbe considerarsi alla stregua di una confessione stragiudiziale, poiché il potere di accertamento costituisce esplicazione del potere di disposizione, e dunque necessita della legittimazione del titolare a disporre della situazione accertata (l'art. 2731 c.c. ai fini dell'efficacia della confessione, giudiziale o stragiudiziale, richiede, infatti, la disponibilità del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono). Se si applicasse la disciplina della confessione, essa sarebbe impugnabile solo nelle ipotesi ammesse (errore e violenza), non anche quando la dichiarazione è consapevolmente difforme dalla verità e ciò significherebbe attribuire alla dichiarazione del coniuge, sfavorevole a sé e favorevole all'altro, effetto di piena prova, con evidente contrasto con l'indisponibilità delle posizioni giuridiche oggetto dell'accertamento.

Quanto alla possibilità di considerare l'attribuzione convenzionale dell'assegno di divorzio come ricognizione del debito ai sensi dell'art. 1988 c.c., essa si deve respingere, poiché mentre questa fattispecie è unilaterale, la determinazione dell'assegno di divorzio nasce da un accertamento bilaterale.

In definitiva gli accordi che determinano l'attribuzione dell'assegno di divorzio e la sua misura, che non contrastino con la *regola rebus sic stantibus*, non sono invalidi, ma comunque restano inidonei a spiegare efficacia sulla regolamentazione del rapporto intercorrente fra i coniugi, essendo sottoposti al vincolo della variabilità della prestazione. Essi potranno disciplinare il rapporto intercorrente fra il coniuge tenuto alla prestazione di sostentamento e il coniuge creditore, ma allorché essi reputino che il mutamento della realtà abbia inciso sull'assetto divisato nella convenzione -il quale non risulta più rispondente alle loro esigenze- potranno sempre proporre domanda giudiziale per l'attribuzione

---

l'art. 1988 c.c.; oppure a quello di revocare le proprie dichiarazioni provando il proprio errore di fatto alla stregua dell'art. 2732 c.c. ...>>. Non risulta chiaro tuttavia come si debba regolare la distribuzione dell'onere della prova e quando si debba ricorrere allo schema dell'art. 1988 c.c. e quando a quello dell'art. 2732 c.c. Va precisato, che per l'A. gli accordi in discorso hanno per oggetto obblighi inderogabili a contenuto variabile, qualificabili come negozi di accertamento e che gli stessi <<recano in sé qualcosa delle funzioni tipiche del riconoscimento e della confessione>>( *idem*, 231); secondo l'A., inoltre, è erroneo asserire la necessità di rinvenire in essi l'efficacia di leggi fra le parti e cioè l'assoluta irretrattabilità, perciò l'equivoco di fondo commesso dalla giurisprudenza consisterebbe in ciò: <<volendosi negare l'irretrattabilità si è concluso per l'invalidità>>( *idem*, 229).

dell'assegno o per la revisione dello stesso<sup>262</sup>. Tuttavia il coniuge che agisca in giudizio, dovrà dimostrare il mutamento della situazione giuridica esistente al momento dell'accordo, ovvero che alla luce della nuova situazione egli abbisogna di una prestazione di sostentamento, ritenuta non necessaria al tempo dell'accordo, o che l'importo dell'assegno risulta incongruo. Detta soluzione, secondo cui l'onere della prova incombe sul soggetto che chiede la modifica delle statuizioni contenute nell'accordo, appare in linea con la regola generale per cui spetta al coniuge che chiede l'attribuzione dell'assegno o la sua revisione, in mancanza di una previa pattuizione, l'onere di provare i fatti a fondamento della sua domanda: in via generale il coniuge deve dimostrare la situazione esistente al momento della domanda, in presenza di un accordo sull'assegno di divorzio il coniuge dovrà dimostrare l'incongruenza della prestazione rispetto alle sue necessità attuali e dunque il mutamento della realtà rispetto a quella posta a base dell'accordo.

Se l'accordo si pone in espressa deroga con l'art. 5, comma 6, l. div. perché i coniugi hanno determinato la misura dell'assegno prescindendo dai criteri legali sul *quantum*, si verifica una compressione del diritto all'assegno di divorzio, ovvero un atto di disposizione dello stesso, in quanto tale non consentito. L'assegno, oltre la misura alimentare, non può essere oggetto di rinuncia o di disposizione, ma solo convenzionalmente determinato; del resto se l'accordo determina l'assegno secondo la misura alimentare, si rimedia soltanto allo stato di bisogno quando, invece, la disciplina legale lo configura come un diritto ad un tenore di vita anche più alto di quello alimentare -sempre se ne ricorrono i presupposti-.

Non si può dunque convenire con quella parte della dottrina<sup>263</sup> che ammette la validità e dunque l'efficacia e la irretrattabilità delle convenzioni dirette a disporre della componente relativa al mantenimento, poiché la misura dell'assegno può essere regolamentata convenzionalmente, ma non si può sopprimere la parte di essa da attribuire in virtù dei criteri legali; in questo caso l'accordo, dovrà

---

<sup>262</sup> In questo senso C. M. BIANCA, *Il diritto civile*, cit., 293 per il quale anche se l'ammontare dell'assegno è determinato dalle parti, conservano rilevanza i fatti successivi che costituiscono giustificati motivi per la sua revisione.

<sup>263</sup> COMPORTEI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento*, cit., 119.

considerarsi nullo <sup>264</sup>, ma spetterà al coniuge che agisce per la determinazione giudiziale dell'assegno, dimostrare che nell'accordo non si sono tenuti in considerazione gli ulteriori criteri determinativi della misura dell'assegno di divorzio e, soprattutto, i fatti per i quali l'applicazione di detti criteri avrebbero consentito l'incremento dell'importo (ad es., per ciò che concerne il criterio compensativo, l'acquisto di un bene personale dell'altro coniuge con denaro personale o proveniente dalla comunione legale).

Risulta, dunque, che l'unico ambito in cui è possibile ammettere l'autonomia privata dei coniugi sia quello della determinazione della misura della prestazione, ma non in quanto la disciplina sia derogabile, bensì perché l'adesione spontanea dei coniugi al regolamento relativo alla prestazione di sostentamento determina una presunzione sulla verosomiglianza della situazione posta a base dell'accordo che dovrà essere superata, in punto di prova, dal coniuge che, invece, ne adduce, l'inattendibilità o il mutamento.

Infine, va trattata distintamente dagli accordi in vista del divorzio, l'ipotesi della rinuncia<sup>265</sup>: mentre i primi infatti costituiscono un negozio bilaterale, in cui l'accertamento della situazione esistente e la determinazione del regolamento convenzionale avviene di comune accordo, la rinuncia rappresenta un negozio unilaterale dismissivo del diritto futuro se l'accordo precede la pronuncia di divorzio, del diritto attuale se il divorzio è stato già pronunciato.

La rinuncia è da ritenersi invalida poiché relativa ad un diritto indisponibile, e ciò sia che intervenga prima del divorzio sia che intervenga in seguito.

Nel caso di rinuncia intervenuta successivamente all'attribuzione giudiziale dell'assegno di divorzio il coniuge potrà domandare anche le prestazioni già maturate e non adempiute; nel caso di rinuncia preventiva, invece, il coniuge potrà

---

<sup>264</sup>Secondo G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 167, la deroga ai criteri legali di determinazione dell'assegno, non può considerarsi consentita, piuttosto essa determina l'illegittimità dell'accordo. L' A. dopo avere ravvisato nell'assegno di divorzio una componente alimentare e una relativa al mantenimento, ritiene che l'indisponibilità del diritto impone di evitare la concreta e sostanziale compressione od abrogazione del diritto al mantenimento, ravvisabile quando la determinazione convenzionale sia oggettivamente funzionale a porre rimedio allo stato di bisogno e non anche a soddisfare tutte le altre esigenze di vita.

<sup>265</sup>Secondo L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., 116, invece, quando i coniugi convengono sulla non esistenza del diritto all'assegno di divorzio si porrebbe un'alternativa causale tra accertamento e rinuncia, ma mentre l'accordo è bilaterale la rinuncia è unilaterale, quindi la diversa causa dell'accordo dipende non dalla sua funzione ma dalla unilaterale o bilateralità del negozio.

domandare, allorché insorga lo stato di bisogno, il riconoscimento giudiziale dell'assegno di divorzio e il suo adempimento per l'avvenire: il diritto all'assegno di divorzio, infatti, non esiste prima che il coniuge si attivi per il suo riconoscimento nel contesto del procedimento divorzile.

Per ciò che concerne la rinuncia preventiva non deve ritenersi che la ragione dell'invalidità consista nel fatto che essa avrebbe ad oggetto un diritto futuro ossia un diritto del quale il rinunziante non è ancora titolare<sup>266</sup>, piuttosto l'invalidità risiede nel fatto che trattandosi di diritto indisponibile il potere di rinuncia non è in esso ricompreso e ciò deve ritenersi anche rispetto ad un negozio abdicativo dell'assegno di divorzio che venga posto in essere in seguito alla pronuncia di divorzio.

Circa la mancata proposizione della domanda di attribuzione dell'assegno di divorzio nel procedimento divorzile si è già detto come essa non possa sottendere una rinuncia del diritto, costituendo piuttosto esercizio di esso<sup>267</sup>. E' innegabile che l'avente diritto all'assegno è pur sempre libero di astenersi dal domandare l'assegno o la sua revisione, ma resta ferma la sua legittimazione a esercitare questi poteri, sicché mai l'inerzia del titolare potrà essere considerata rinuncia: essa non produce l'effetto dismissivo del diritto il quale potrà nel futuro essere esercitato, senza alcuna preclusione.

## 5. La qualifica

La giurisprudenza non si è interrogata sulla natura da attribuire agli accordi stipulati tra i coniugi in occasione del divorzio: talvolta qualche sentenza è ricorsa alla qualifica di transazione, più spesso, -come si è visto- adducendo l'illiceità

---

<sup>266</sup> In questo senso C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, cit., 661, secondo cui -posto che l'articolo 1348 c.c. che prevede quale possibile oggetto contrattuale le cose future, sarebbe applicabile, in virtù del rinvio operato dall'articolo 1324 c.c. anche al negozio unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale- la rinuncia preventiva del diritto è ammissibile; l'effetto principale non sarebbe quello di impedire l'ingresso del diritto rinunziato nel patrimonio del suo autore bensì quello di attuarne la dismissione nello stesso momento dell'acquisto. Secondo l'A. il problema della rinunziabilità anticipata del diritto all'assegno di divorzio deve valutarsi secondo un altro aspetto, ovvero se l'anticipazione della dismissione del diritto non passa incidere sulla permanenza della meritevolezza dell'interesse negoziale tipizzato. Anche a volere ammettere la liceità della causa, secondo l'A. la natura assistenziale dell'assegno preclude la rinuncia.

<sup>267</sup> In proposito si rinvia al § 2.1, cap. III, ove si illustra anche il perché il principio dispositivo non può costituire argomento a favore della disponibilità dell'assegno di divorzio.

della causa quale motivo di nullità di tale convenzioni, la giurisprudenza ha aggirato il problema.

La dottrina che ammette la validità degli accordi sull'assegno di divorzio, si divide tra chi considera questi accordi negozi di accertamento<sup>268</sup> e chi li considera contratti atipici, ammissibili in virtù dell'art. 1322 c.c.<sup>269</sup>, o contratti transattivi<sup>270</sup>.

Quanto a quest'ultima qualifica, si può osservare che essa impone l'attualità e la specificità di un conflitto fra i coniugi ed anche a volere ammettere che controversia sia insorta fra essi proprio in riferimento all'assegno di divorzio, essi non potrebbero transigere in ordine al diritto all'assegno di divorzio che è diritto indisponibile. La transazione, infatti, avendo ad oggetto reciproche concessioni fra le parti in lite, comporta la modifica del rapporto giuridico sotteso ad essa, mentre le parti possono solo accertare l'attribuzione del diritto e la sua entità, ma non disporne.

Per quanto concerne la categoria del negozio di accertamento -il quale non è disciplinata dalla legge ma ammessa pacificamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza- con esso si può intendere il negozio con cui le parti riconoscono

---

<sup>268</sup> E. RUSSO, *Gli atti determinativi del contenuto degli obblighi legali nel diritto di famiglia*, cit., 231 sarebbero accordi non contrattuali determinativi degli obblighi legali. *Contra* E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, Napoli, 1987 per il quale la disponibilità dell'assegno, rende superata la costruzione degli accordi come negozi di accertamento, utile quando l'assegno, prima della novella dell'87, era da ritenere indisponibile.

<sup>269</sup> P. RESCIGNO, voce <<*Contratto in generale*>>, in Enc. Giur. Treccani, IX, Roma, 1988, 10, secondo i patti stipulati in occasione del divorzio o dopo la pronuncia di esso, convenendo le parti l'attribuzione di diritti e l'assunzione di obblighi di natura patrimoniale, avrebbero natura contrattuale, A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit., 1328, secondo cui tali accordi sarebbero leciti, poiché non può negarsi la libertà delle parti di definire consensualmente e in via preventiva i rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, e anche utili, in quanto accorciano i tempi e riducono i costi, realizzando un assetto di interessi maggiormente soddisfacente di quello che potrebbe realizzare un giudice. I contratti *de qua* sarebbero da considerare atipici, ma ammessi dall'ordinamento secondo l'art. 1322 del c.c. in quanto l'interesse sotteso ad essi sarebbe meritevole di tutela.

<sup>270</sup> Si pone in una posizione intermedia L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., 127, secondo cui con accordi del genere i coniugi intendono creare un assetto patrimoniale obbligatorio volto a soddisfare le rispettive aspettative ed esigenze. Tale assetto patrimoniale avrebbe natura costitutiva, non dichiarativa; esso realizzerebbe una funzione transattiva, operando una composizione di interessi che non trovano tutti il loro fondamento in obblighi di natura familiare. L'A. non esclude che gli accordi possano svolgere anche una funzione diversa: potrebbero determinare la misura e la modalità di corresponsione dell'assegno ed in questo caso l'accordo sarebbe a titolo oneroso e avrebbe causa solutoria, in quanto all'assegno corrisponde una prestazione oggetto di un'obbligazione *ex lege*. Ne deriverebbe la natura contrattuale con la conseguente applicazione della normativa sui contratti in generale ad esclusione delle norme <<che non siano incompatibili con la particolare natura degli accordi qui esaminati>>. La tipologia degli effetti nell'ipotesi solutoria dipenderebbe dall'assetto di interessi voluto dalle parti, ovvero se esso si accompagna a un accertamento o ad una transazione.

l'esistenza o il contenuto del loro rapporto giuridico<sup>271</sup> e la dottrina ritiene che affinché l'accertamento negoziale assuma rilievo sono necessari due requisiti: che il fatto o la situazione giuridica da accertare siano incerti e che tale accertamento sia pregiudizievole al dichiarante. L'incertezza del fatto o della situazione giuridica a cui si può rimediare col negozio di accertamento è l'incertezza sulle relazioni giuridiche presenti e passate<sup>272</sup> e non delle situazioni future<sup>273</sup>. Il negozio di accertamento, infatti, consiste nella fissazione della situazione preesistente -non futura- nel senso dalle parti voluto, mentre la modificazione di essa non rientra nella funzione del negozio.

La qualifica di negozio di accertamento può essere accolta con riferimento agli accordi sull'assegno di divorzio, per ciò che concerne la determinazione, contenuta in essi, della situazione contingente alla stregua della quale viene determinata la prestazione, fermo restando che la modifica della realtà posta a base dell'accordo legittima una domanda di revisione dell'assegno ex art. 9 l. div. Con riferimento agli accordi sull'assegno di divorzio in deroga alla regola *rebus sic stantibus*, tendenti alla determinazione in maniera definitiva e irretrattabile della prestazione, sembrerebbero rientrare per certi versi sotto lo schema della rendita vitalizia a titolo gratuito, ove fosse consentita dall'ordinamento. La rendita vitalizia si connota per l'aleatorietà, ma soltanto quando essa è costituita a titolo oneroso, poiché in quella a titolo gratuito è irrilevante la possibilità di una perdita o di un vantaggio visto che il debitore si è determinato alla prestazione non per ragioni di lucro.

Le fonti della rendita vitalizia a titolo gratuito sono la donazione e il testamento, nella fattispecie in esame, invece, sarebbe l'adempimento dell'obbligazione legale relativa al bisogno economico dell'ex coniuge più debole.

L'obbligatorietà della prestazione rende l'operazione congegnata dai coniugi simile a quella della rendita vitalizia connotata da aleatorietà, corollario della

---

<sup>271</sup> Secondo M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939, <<l'efficacia del negozio si rileva attraverso la rimozione dell'incertezza della situazione giuridica preesistente>>.

<sup>272</sup> Incertezza sia come ignoranza soggettiva, ovvero come uno stato di imperfetta conoscenza sul verificarsi o sulla proporzione di fenomeni presenti o passati, sia come ignoranza obbiettiva, ovvero come impossibilità di conoscere l'esistenza, l'estensione o la modalità di una situazione giuridica. In proposito M. GIORGIANNI, *idem*, 4 e ss.

<sup>273</sup> In tal caso dovrebbe farsi riferimento alla nozione statistica di probabilità da tenere distinta dall'incertezza.

quale è la non azionabilità della risoluzione per eccessiva onerosità da parte del debitore. Infatti i coniugi intendono determinare la prestazione in maniera definitiva per tutta la durata della vita del beneficiario e precludere da un lato che il coniuge beneficiario possa chiedere una nuova prestazione perché quella concordata è inadatta a soddisfare i suoi bisogni, dall'altro che il coniuge obbligato possa chiedere la revisione dell'assegno di divorzio, perché in conseguenza di fatti sopravvenuti essa è troppo onerosa, organizzando un'operazione in cui la durata della vita del beneficiario (non determinabile a priori) incide sull'entità della prestazione (poiché la misura della prestazione periodica da erogare da parte dell'obbligato dipende dalla protrazione della vita del beneficiario).

Il legislatore, invece, con la previsione dell'art. 9 l. div. ha voluto che i fatti sopravvenuti, vantaggiosi o dannosi, inerenti la sfera del beneficiario o quella dell'obbligato, incidessero sulla determinazione dell'assegno e ha previsto un sistema in cui la prestazione fosse determinata in maniera irrevocabile e a prescindere dalla durata della vita del beneficiario nell'art. 5, comma 8, l. div. (e ciò vale a ribadire come l'accordo *una tantum*, in cui la prestazione non è ancorata alla vita del beneficiario, non potrebbe considerarsi aleatorio).

In definitiva, considerata l'inderogabilità del principio *rebus sic stantibus*, gli accordi sull'assegno di divorzio possono costituire solo un progetto di massima che intanto verrà rispettato dai coniugi in quanto uno di essi non sollevi l'inadattabilità di esso a soddisfare le proprie esigenze, essendogli questo potere garantito alla legge. Il potere di domandare l'attribuzione dell'assegno o la sua revisione, se già concesso, dipendono da una scelta delle parti e ciò dimostra come l'efficacia regolamentare di questi accordi non può che essere precaria.

## BIBLIOGRAFIA

**Al Mureden E.**, Gli incrementi reddituali del coniuge obbligato ed i loro riflessi sull'assegno divorzile: dal criterio della prevedibilità a quello dell'incidenza proporzionale alla durata del matrimonio?, *Fam. e dir.*, 2011, 5, 456.

**Al Mureden E.**, Nuove prospettive di tutela del coniuge debole, *Ipsosa*, Milano, 2007.

**Al Mureden E.**, Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata, in *Famiglia*, 2002, 1014.

**Andrini M. C.**, Forma e pubblicità delle convenzioni matrimoniale e degli accordi di separazione tra coniugi, in *Famiglia*, 2001, I, 33.

**Angeloni F.**, La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?, in *Contr. e impr.*, 2000, 1137.

**Auletta T.**, Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi (sub art. 156 c.c.), in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della Famiglia*, I, a cura di L. Balestra, Utet, Torino, 2010, 762.

**Auletta T.**, Famiglie ricomposte e obbligo di mantenimento, in *Famiglia*, 2008, 3.

**Auletta T.**, Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia, in *Fam.*, 2005, 3, 405.

**Auletta T.**, Gli accordi sulla crisi coniugale, in *Famiglia*, 2003, 45.

**Auletta T.**, Gli effetti dell'invalidità del matrimonio, in *Famiglia*, 2001, I, 305.

**Auletta T.**, *Alimenti e solidarietà familiare*, Giuffrè, Milano, 1984.

**Auletta T.**, *Il diritto di famiglia*, 9° ed., Giapichelli, Torino, 2008, 107.

**Autorino Stanzone G.**, *Divorzio e tutela della persona*, ESI, Napoli, 1981.

**Balestra L.**, Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento, in *Corr. Giur.*, 2000, 8, 1021.

**Barassi L.**, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, 3° ed, Giuffrè, Milano, 1947.

**Barbiera L.**, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, 2° ed., Zanichelli, Bologna, 2001.

**Barbiera L.**, Può la solidarietà coniugale operare ventidue anni dopo il divorzio? (Nota a Cass. 25 agosto 1998, n. 8427), in *Giur. It.*, 1999, 151, 690.

**Barbiera L.**, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Zanichelli, Bologna, 1988.

**Barbiera L.**, Le <<condizioni economiche dei coniugi>> e la funzione indennitaria dell'assegno di divorzio; (nota a Trib. Bari, sent., 14 febbraio 1980, n.294) in *Foro it.*, 1980, 210.

**Barbiera L.**, *Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1971.

**Bargelli E.**, L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio, in *Riv. Comm. Dir. priv.*, 2001, 303.

**Bianca C. M.**, *Diritto civile, II, La famiglia-Le successioni*, 4° ed., Giuffrè, Milano, 2005.

**Bianca C. M.**, Commento all'art. 5 L. 898/1970, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, VI, 1, CEDAM, Padova, 1993, 313.

**Bianca C. M.**, L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 538.

**Bonilini G.**, L'assegno post-matrimoniale, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da D. Busnelli, *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di G. Bonilini e F. Tommaseo, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2004, 512.

**Bonilini G.**, L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione, in *I Contratti*, 1996, 4, 401.

**Bove L.**, Le modificazioni dei provvedimenti giudiziali, in *Comm. sul divorzio*, diretto da P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 1980, 615.

**Bruscuglia L.- Giusti A.**, Commento all'art. 5 L. 898/1970, in *Comm. riforma divorzio*, AA. VV., Milano, IPSOA, 1987, 71.

**Caferra V. M.**, *Famiglia e assistenza*, Zanichelli, Bologna, 1996.

**Capozzi G.**, L'assegno periodico al coniuge divorziato, in *Dir. Giur.*, 1971, 161.

**Caravaglios R.**, La consulta parifica definitivamente il trattamento degli atti relativi al procedimento di separazione e divorzio, in *Fam e dir.* 1999, 539.

**Carbone V.**, Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio), (nota a Cass. 29 novembre 1990 n.11490), in *Foro it.*, 1991, I, 74.

**Carbone V.**, E' sufficiente una valutazione implicita sulla congruità dell'assegno di divorzio in unica soluzione?, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, 128.

**Carbone V.**, Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale, *Fam. e dir.*, 2000, 5, 429.

**Carbone V.**, L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità, (nota a Cass.4 giugno 1992, n. 6857), in *Corr. giur.* 1992, 863.

**Carnevali U.**, Le convenzioni matrimoniali, in *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, Torino, 30.

**Catricalà A.**, Accertamento (negozio di ), in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

**Ceccherini G.**, I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento, Giuffrè, Milano, 1996.

**Ceccherini G.**, Natura e funzione dell'assegno al coniuge divorziato, *Foro it.*, V, 1977, 235.

**Cicu A.**, *Il diritto di famiglia*, Sala Bolognese, Forni, 1978.

**Comporti M.**, Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio, in *Foro it.*, 1995, V, 105.

**Coppola C.**, Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da D. Busnelli, *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di G. Bonilini e F. Tommaseo, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2004, 643.

**Cubeddu M. G.**, Rapporti patrimoniali dei coniugi: contribuzione non paritaria, *Fam. pers. e succ.*, 2009, 678.

**Dagnino A.**, Appunti sull'assegno periodico in favore del coniuge divorziato, in *Dir. fam. pers.*, 1974, 159.

**Dalmotto E.**, Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 338.

**Dall'Ongaro F.**, La configurazione dell'assegno di divorzio nella l. 6 marzo 1987 n. 74 che ha novellato la l. 1 dicembre 1970 n. 898, in *Dir. fam.*, 1988, II, 432.

**Dall'Ongaro F.**, Sulla controversa qualificazione giuridica dell'assegno di divorzio, (nota a Cass. Sez. un., 9 luglio 1974, n.2008), in *Dir. fam. pers.*, 1974, 636.

**De Paola V.**, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Giuffrè, Milano, 1995, 294.

**Di Gregorio V.**, Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi, in *Notariato*, 2001, 1, 16.

- Doria G.**, Autonomia privata e “causa “ familiare, Giuffrè, Milano, 1996.
- Ferrando G.**, Il Matrimonio, In Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 2002.
- Ferrando G.**, Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici, in *Famiglia*, 2001, 245.
- Finocchiaro A. e Finocchiaro M.**, Il diritto di famiglia, III, Il divorzio, Giuffrè, Milano, 1988.
- Frezza G.**, Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio, nota a Corte. Cost., 17 marzo 1995, n.87, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, 1, 15.
- Fusaro A.**, L'uso del diritto comparato nella giurisprudenza italiana sul regime patrimoniale della famiglia, in *Nuova giust. civ. comm.*, 2010, II, 166.
- Gabrielli G.**, Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza, in *Riv. Dir. civ.*, 1996, I, 695.
- Gabrielli G.** L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione in *Riv. dir. civ.*, 1990, 538.
- Galasso A.**, Del regime patrimoniale della famiglia, I, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2003, 55.
- Gazzoni F.**, Dal concubinato alla famiglia di fatto, Giuffrè, Milano, 1983.
- Giorgianni M.**, Accertamento (negoziato di), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 227.
- Geurts P.**, Accordi coniugali in vista del divorzio e tutela del partner debole, in *Fam.*, 2002, 1, 203.
- Iacovino C.**, Assegno di divorzio e <<modelli>> di vita, (nota a Cass., 2 marzo 1990, n. 1652), in *Giur. It.*, 1990,I, 1,1741.
- Jemolo A. C.**, Occhiali del giurista, in *Riv. Dir. Civ.*, 1967,II, 529.
- Larizza N. M.**, E'ancora scontro sulla compatibilità di disciplina tra separazione e divorzio, nota a Trib. Chieti, ord., 21 novembre 1996.
- Lener A.**, Potere (dir. Priv.), *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 610.
- Lipari N.**, <<Spirito di liberalità>> e <<Spirito di solidarietà>>, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997,1.
- Luminoso A.**, La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime impressioni sulla l. 6 marzo 1987 n. 74) in *Dir. fam. pers.*, 1988, 438 A.

**Luzzati M.**, Il diritto di mantenimento e il diritto agli alimenti nella separazione legale, in Riv. dir. matim., 1966.

**Macario F.**, Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987, in Nuove leggi civ. commentate, 1987, 847.

**Mengaroni F.** Analisi economica del diritto, in Enc. Giur. Treccani, II, Roma, 1988.

**Mengoni L.**, Spunti per una teoria delle clausole generali, in Riv. critica dir. privato, 1986, 5.

**Messineo F.**, Manuale di diritto civile e commerciale, II, 9° ed., Giuffrè, Milano, 1965.

**Moretti M.**, Il matrimonio è una mera formalità? (nota a Trib. Milano, 12 maggio 1980), in Dir. fam. pers., 1980, 770.

**Oberto G.**, Prestazione <<una tantum>> e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio, Milano, IPSOA, 2000.

**Oberto G.**, <<Prenuptial agreements in contemplation of divorce>> e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, Riv. Dir. Civ. 1999, II, 171.

**Oberto G.**, I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio, in Fam. e dir., 1995, 2, 155.

**Padovini F.**, L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione, in Riv. dir. civ., 1990, 538.

**Patti S.**, Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata, in Tratt. dir. fam., diretto da Zatti, III, Giuffrè, Milano, 2002, 285.

**Pellegrini G.M.**, La determinazione dell'assegno di divorzio al vaglio delle Sezioni unite (nota a Cass. 29 novembre 1990, n. 11490), in Giust. civ., 1990, I, 535.

**Petitti C.**, Estensione limite e disponibilità del diritto al mantenimento della prole e del coniuge, (nota a trib. Messina 10 dicembre 2002,), in Archivio Civile, 2003, 4, 414.

**Poggi M. E.**, Sulla determinazione dell'assegno in sede di divorzio e sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali, (nota a Trib. Roma 15 giugno 1972), in Dir. Famiglia, 1973, 440.

**Pugliatti S.**, Saggi di diritto civile, Considerazioni sul potere di disposizione, Giuffrè, Milano, 1951.

**Punzi Nicolò A. M.**, I provvedimenti relativi alle persone, in Comm. sul divorzio,

diretto da P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 1980, 305.

**Punzi Nicolò A. M.**, Il divorzio e i rapporti fra i coniugi, in Riv. dir. civ., 1972, II, 93.

**Quadri E.**, Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite, (nota a sent. 29 novembre 1990, n. 11490) in Foro it., 1991, I, 68.

**Quadri E.**, La Cassazione <<rimedita>> il problema dell'assegno di divorzio (nota a Cass. 2 marzo 1990, n. 1652), in Foro It., 1990, I, 1168.

**Quadri E.**, La natura dell'assegno di divorzio dopo la riforma, (nota a Cass. 17 marzo 1989, n. 1322), in Foro it., 1990, I, 1250.

**Quadri E.**, La nuova legge sul divorzio, Jovene, Napoli, 1987.

**Quadri E.**, La riforma del divorzio, in For. It., 1985, V, 13.

**Rabitti M.**, La prestazione una tantum nella separazione dei coniugi, in Famiglia, 2001, III, 589.

**Rescigno P.**, Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio, in Famiglia, 2004, I, 437.

**Rescigno P.**, Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma, in Riv. dir. civ., 1998, I, 109.

**Rescigno P.**, Contratto in generale, in Enc. giur. Treccani, IX, Roma, 1988, 10.

**Rimini C.**, L'accertamento del reddito e del patrimonio delle parti nei giudizi di separazione e divorzio: proposta per un modello di disclosure, in Fam. e dir., 2011, 7, 739.

**Rimini C.**, La tutela del coniuge più debole fra logiche assistenziali ed esigenze compensative, in Fam. e dir., 2008, 4, 412.

**Rimini C.**, L'assegno di divorzio tra tenore di vita matrimoniale e stato di bisogno Nuova giur. civ. comm., 1991, II, 3.

**Romano S.**, Equità (principio di) (dir. priv.), in Enc. Dir., XV, Giuffrè, Milano, 1966, 83.

**Rossi Carleo L.**, Pronuncia di divorzio e domanda di assegno, in Giur. it., 1975, I, 2, 694.

**Runfola Testini S.**, Assegno di divorzio: la Cassazione conferma l'ultrattività del matrimonio (nota a Cass. 5 agosto 1997, n. 7199), in Giur. it., 1998, 416.

**Russo E.**, Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà ai procedimenti <<matrimoniali>> di separazione, di divorzio, di nullità (a proposito del disegno

di legge n.1831/1987 per l'applicazione dell'Accordo 18 febbraio 1984 tra l'Italia e la S. Sede nella parte concernente il matrimonio) in *Dir. fam. pers.*, 1989,1092.

**Russo E.**, Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi del nuovo diritto di famiglia, Gli atti determinativi del contenuto degli obblighi legali nel diritto di famiglia, Giuffrè, Milano, 1983, 221.

**Sacco R.**, Diritti inderogabili (sub art. 160 c.c.) in Commentario alla riforma del diritto di famiglia a cura di G. Carraro, G. Oppo e A. Trabucchi, I, 1, CEDAM, Padova, 1977, 325.

**Sangiorgi S.**, Il passato e il futuro nella determinazione dell'assegno di divorzio, in *Riv. Dir. Civ.*,1988, II,563.

**Santoro Passarelli F.**, Dottrine generali del diritto civile, 9° ed., Jovene, Napoli, 1983.

**Santoro Passarelli F.**, Saggi di diritto civile, L'autonomia privata nel diritto di famiglia, Jovene, Napoli, 1961, 381.

**Santosuosso F.**, Il regime patrimoniale della famiglia, in Commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, I, 1, Utet, Torino, 1983.

**Scalfi G.**, Alea, in *Digesto civ.*, I, Utet, Torino, 1987, 253.

**Sciancalepore G.**, Assegno di divorzio o perdita di chance: la scelta della Cassazione ( o la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio??), in *Fam. e dir.*, 2003.

**Sciancalepore G.**, La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio, *Fam. e dir.*, 2002, 3, 286.

**Sesta M.**, *Diritto di famiglia*, 2° ed. CEDAM, Padova, 2005.

**Sesta M.**, Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in cassazione, in *Fam. e dir.*, 2005, 4, 370.

**Trabucchi A.**, Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma. In *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 125.

**Trabucchi A.**, La funzione di assistenza nell'assegno di divorzio e l'assegno in corso di separazione legale, (nota a Cass 2 giugno 1981, n. 3549) in *Giur. It.*, 1982, 43.

**Trabucchi A.**, Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessi, (nota a Cass. 18 giugno 1981, n. 3777), in *Giust. Civ.* 1981, I,1,1553.

**Uda M. G.**, Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio, in *Fam. e Dir.* 1995, 1,15.

**Valignani B.**, I limiti all'autonomia dei coniugi nell'assetto dei loro rapporti patrimoniali, in *Famiglia* , 2001, I, 381.

**Verde C.**, *Le convenzioni matrimoniali*, UTET, Torino, 2003.

**Vincenzi Amato D.**, I rapporti patrimoniali, in *Comm. sul divorzio* diretto da P. Rescigno, Giuffrè, Milano, 1980, 340.

**Zatti P.**, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Fam.*, 2002, I, 9.

**Zatti P.**, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Fam.*, 2002, I, 337.

**Zoppini A.**, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, (nota a Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044) in *Giur. it.*, I,1319.

## SENTENZE

- Corte cost. 10 maggio 1999, n.154, in Fam. e dir. 1999, 539.
- Corte cost. 17 marzo 1995, n. 87, in Dir. fam. pers., 1996, 1, 13.
- Corte cost. 10 luglio 1975, n. 202, in Foro it., 1975, I, 1575.
- 
- Cass. 4 novembre 2010, n. 22505, in Fam. Minori, 2011, 1, 28.
- Cass. 19 novembre 2010, n. 23508, in Fam. e dir., 5, 2011, 450.
- Cass. 4 febbraio 2009, n. 2721, in Fam. e dir., 2009, 7, 682.
- Cass. 17 luglio 2009, n. 16789 in Red. Giust. civ. Mass, 2009, 7.
- Cass. 21 febbraio 2008 n. 4424, in Mass. Giur. it, 2008.
- Cass. 8 ottobre 2008, n. 24858, in Fam. e dir., 2009, 4, 335.
- Cass. 3 dicembre 2008, n. 28741, in Fam. e dir., 2009, 5, 467.
- Cass. 24 aprile 2007, n. 9915, in InfoUtet, ed. 5-2009.
- Cass. 24 maggio 2007, n. 12157, in Fam. pers. Succ., on line, 2007.
- Cass. 3 agosto 2007, n. 1704, in Giust. civ. Mass., 2007, 9.
- Cass. 10 agosto 2007, n.17634Cass. 11 settembre 2007, n.19065.
- Cass. 26 settembre 2007, n. 20204, in Fam. e dir., 2008, 5, 475.
- Cass. 23 ottobre 2007, n. 22249, in Giust. civ. Mass., 2007, 10.
- Cass. 30 novembre 2007, n. 25010, in Giust. civ. Mass., 2007, 11.
- Cass. 20 gennaio 2006, n. 1179, in Guida al diritto, 2006, 13, 81.
- Cass. 26 gennaio 2006, n. 1546, in Giust. civ. Mass., 2006, 1.
- Cass. 2 febbraio 2006, n. 2339, in Giust. civ. Mass., 2006, 2.
- Cass. 13 febbraio 2006, n.3030, in in Giust. civ. Mass., 2006, 4.
- Cass. 22 febbraio 2006 n. 3838, in Mass. Giur. It., 2006.
- Cass. 23 febbraio 2006 n. 4021, in in Giust. civ. Mass., 2006, 2.
- Cass. 29 marzo 2006, n.7117, in Giust. civ. Mass., 2006, 3.
- Cass. 10 marzo 2006, n. 5302, in Giust. civ. Mass., 2006, 4.
- Cass.11 marzo 2006, n. 5378, in Dir. e Giust., 2006, 13, 19.
- Cass. 27 giugno 2006, n. 14840, in Mass. Giur. It., 2006.
- Cass. 22 agosto 2006, n. 18241, in Mass. Giur. It., 2006.
- Cass. 23 agosto 2006, n. 18367, in Giur. it., 2007, 2, 326.
- Cass. 11 ottobre 2006, n. 21805, in InfoUtet ed. 5-2009.

Cass. 12 ottobre 2006, n. 21919, in Fam. dir., 2007, 596.  
Cass. 17 novembre 2006, n. 24496, in Giust. Civ. Mass., 2006, 11.  
Cass. 11 giugno 2005, n. 12382, in Guida al diritto, 2005, 28, 73.  
Cass. 25 agosto 2005, n. 17320, in Il civilista, 2010, 6, 10.  
Cass. 16 luglio 2004, n. 13169, in Guida al diritto, 2005, 2, 21.  
Cass. 22 ottobre 2004, n. 20638, in in Giust. civ. Mass., 2004, 10.  
Cass. 2 novembre 2004, n. 21049, in Giust. civ. Mass. 2004, 11.  
Cass. 16 dicembre 2004, n. 23378, in Fam. e dir., 2005, 2,127.  
Cass. 12 febbraio 2003, n. 2076, in Fam. e dir., 2003, 344.  
Cass. 19 marzo 2003, n. 4040, in Gius., 2003, 14, 1589.  
Cass. 9 aprile 2003, n. 5560, in Fam. e dir.,2003, 5, 487.  
Cass. 8 agosto 2003 n. 11975, in Giur. It. 2004, 1601.  
Cass. 9 ottobre 2003 n.15064 in Arch. Civ., 2004, 1335.  
Cass. 17 gennaio 2002, n. 432, in Fam. e dir., 2002, 3, 317.  
Cass. 9 settembre 2002, n. 13060, in Mass. Giur. It., 2002.  
Cass.14 settembre 2002, n. 13860, in Dir. e giust. 2002, 36, 29.  
Cass. 5 gennaio 2001, n. 126 in Fam. e dir., 2, 2001, 128.  
Cass. 16 giugno 2000, n. 8233, in Foro it., 2001, I, 1315.  
Cass. 28 gennaio 2000, n.958, in Giust. civ., 2000, I, 679.  
Cass. 17 marzo 2000 n. 3101, in Giust. civ. Mass., 2000, 587.  
Cass. 18 febbraio 2000, n. 1810, in Corr. Giur., 2000, 1021.  
Cass. 14 giugno 2000, n. 8109, in Guida al diritto, 2000, n. 24, 40.  
Cass. 1 dicembre 2000, n. 15349 in Giust. civ. Mass. 2000, 2516.  
Cass. 29 ottobre 1999, n. 12182, in Corr. Giur., 2000, 16.  
Cass. 24 novembre 1999, n.13053, in in Giust. Civ. Mass, 1999, 2343.  
Cass. 26 febbraio 1998, n. 2087 in Giust. civ. Mass., 1998,439.  
Cass. 20 marzo 1998, n. 2955, in I Contratti, 1998, 5, 472.  
Cass. 7 maggio 1998 n. 4617, Fam. e dir., 1998, 6, 525.  
Cass. 27 luglio 1998, n. 7365, in Fam. e dir., 1998, 6, 567.  
Cass. 25 agosto 1998, n. 8427, in Giur. It., 1999,151, 690.  
Cass. 29 ottobre 1998, n. 10801, in in Giust. civ. Mass., 1998, 2211.  
Cass. 26 novembre 1998, n. 12010, in Giust. civ. Mass, 1998, 2465.

Cass. 10 giugno 1997, n.5194 in Fam. e dir., 1997, 6, 577.  
Cass. 26 giugno 1997, n. 5720, in Giust. civ., Mass., 1997, 1064.  
Cass. 5 agosto 1997, n. 7199, in Giur. it., 1998, 416.  
Cass.14 agosto 1997, n. 7629, in in Fam. e dir., 1998, 79.  
Cass. 25 agosto 1997, n. 7990, in Mass. Giur. It., 1997.  
Cass. 8 ottobre 1997 n. 9758 , Giust. civ. Mass., 1997, 1783.  
Cass. 29 ottobre 1996 n. 9439 in Fam. e dir., 1996, 6, 508.  
Cass. 30 ottobre 1996, n. 9505, in Dir. Fam., 1997, 897.  
Cass.15 febbraio 1995 n. 1616, in Dir. Fam. 1995, 1388.  
Cass. 30 agosto 1995, n. 9163, in in Giust. civ. Mass., 1995, 1571.  
Cass.,13 dicembre 1995, n. 12775, in Nuova Giur. Comm., 1997, I, 346.  
Cass. 20 dicembre 1995. n.13017, Mass. Giur. It, 1995.  
Cass. 22 gennaio 1994, n. 657, in Nuova giur. Civ. comm., 1994, I, 710.  
Cass. 26 settembre 1994, n. 7865, in Giust. civ. Mass., 1994, 1151.  
Cass.. 28 ottobre 1994, n. 8912, in Fam. e Dir. 1995, 1, 14.  
Cass. 3 gennaio 1993, n. 348, in Giur. it., 1993,I,1, 1671.  
Cass. 24 febbraio 1993, n. 2270, in Corr. Giur., 1993, 820.  
Cass. 22 aprile 1993, n. 4761, in Giur. it., 1994, I, 1831.  
Cass. 16 novembre 1993, n.11326 in Giust. civ. Mass., 1993.  
Cass. 1 dicembre 1993, n. 11860, in Giust. civ. Mass., 1993.  
Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in Corr. giur. 1992, 863.  
Cass. 5 novembre 1992, n. 11978, in Mass. Giur. It., 1992.  
Cass. 20 settembre 1991, n. 9840, in Dir. Fam., 1992, 562,  
Cass. 6 dicembre 1991, n. 13128, in Giust. Civ. 1992, I, 1239.  
Cass. 2 marzo 1990, n. 1652 in Foro it.,1990,I,1250.  
Cass. 3 agosto 1990, n. 7799, in Giust. civ. Mass., 1990.  
Cass. sez. un., sent. 29 novembre 1990, n. 11490 in Foro it., 1991, I, 67.  
Cass. 11 dicembre 1990, n.11788, in Foro it., Rep., 1990, voce Matrimonio, n. 187.  
Cass. 17 marzo 1989, n. 1322 in Foro it.,1990,I,1250.  
Cass.11 giugno 1988,n. 3987, in Nuova Giur. Comm., 1988, 598.  
Cass.,28 Ottobre 1987, n. 7957, in Foro it., 1988, I, 306 .

Cass, 6 novembre 1986 n. 6485, in Giust. civ. Mass., 1986.  
Cass. 20 novembre 1985, n. 5717, in Foro it., 1985, I, 1369.  
Cass. 18 maggio 1983, n. 3427 in Giust. Civ., 1983, I, 1223.  
Cass. 9 marzo 1982, n. 1477, in Foro it., 1982, I, 352.  
Cass. 2 giugno 1981, n. 3549. in Giur. it., 1982, 43.  
Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in Giust. Civ., 1981, I, 1, 1553.  
Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in Dir. Fam. Pers., 1980, 1133.  
Cass. 28 luglio 1981 n. 4853, Giust. Civ. Rep. 1981, v. Divorzio, 44.  
Cass. 26 febbraio 1980 n. 1325, Giust. Civ. Rep. 1980, v. Divorzio, 52.  
Cass. 5 giugno 1978, n. 2804, in Dir. Fam., 1978, 1179.  
Cass. 14 febbraio 1977, n. 660, in Foro it., Rep. 1977, voce Mat., n. 292.  
Cass. 6 aprile 1977, n. 1305, in Foro it., 1977, I, 2247.  
Cass. 2 giugno 1977, n. 2237, in Foro it., Rep. 1977, voce Mat., n. 280.  
Cass. 13 dicembre 1977, n. , 5415 in Foro it., 1978, I, 638.  
Cass. 13 marzo 1976 n. 904, in Dir. fam., 1976, 1078.  
Cass. 3 settembre 1976, n. 3079, in Dir. Fam., 1976, 2, 1686.  
Cass. 23 Novembre 1976, 4419, Giust. civ., 1977, I, 239.  
Cass. 1 febbraio 1974, n. 263, in Foro it., 1974, I, 1246.  
Cass. Sez. un., 26 aprile 1974, n. 1194, in Foro it., 1974, 1335.  
Cass. Sez. un., 9 luglio 1974, n. 2008, in Dir. fam. e pers., 1974, 635.  
Cass. 6 dicembre 1975, n. 4050, in Foro it., 1976, I, 1276.

App. Roma 16 gennaio 2008, Il merito, 2008, 10, 31.  
App. Milano, 22 gennaio 1980, in Dir. Fam. Pers. 1980, 874.  
App. Roma, 24 aprile 2007 in InfoUtet, ed. 5-2009.  
App. Roma 7 luglio 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009.  
App. Roma 9 ottobre 2002, in InfoUtet, ed. 5-2009.  
App. Roma 7 luglio 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009.

Trib. Monza 11 febbraio 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009.  
Trib Benevento 6 marzo 2008, in InfoUtet, ed. 5-2009.  
Trib. Messina 10 dicembre 2002, in Archivio Civile, 2003, 4, 410.

Trib. Milano 29 marzo 1997, in Gius., 1997, 1535.  
Trib. Monza, 24 ottobre 1988, in Foro it., 1989, I, 542.  
Trib. Verona, sent., 12 novembre 1987, in Giur. di Merito, 1989, 38.  
Trib. Bari, sent., 14 febbraio 1980, n.294, in Giur. it, 1981, I, 2, 210.  
Trib. Milano 22 aprile 1980, in Dir. fam., 1980, 1161.  
Trib. Roma, 23 settembre 1974, in Giur. it., 1975, I, 2, 694.  
Trib. Catania, 5 maggio 1972, Rep. Foro it., 1980, v. matrimonio n.198.  
Trib. Larino, 13 maggio 1972, in Dir. Fam. Pers., 1973, 725.  
Trib. Roma, sent. 15 giugno 1972, Dir. famiglia, 1973, 440.