

## LE ATTRIBUZIONI PATRIMONIALI EFFETTUATE IN OCCASIONE DELLA SEPARAZIONE CONSENSUALE O DEL DIVORZIO CONGIUNTO

Chiara Salerno Cardillo\*

SOMMARIO. 1. Il caso - 2. Introduzione - 3. Quadro normativo di riferimento - 4. Natura contrattuale degli atti di attribuzione patrimoniale - 5. Qualificazione giuridica. a) Causa gratuita o causa onerosa b) Causa tipica, causa atipica c) Causa familiare - 6. Problematiche conseguenti alla qualificazione giuridica dell'atto di attribuzione a) Forma b) Revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli (Ipotesi di donazione - Ipotesi di liberalità non donativa - Ipotesi di causa familiare o altra causa onerosa) c) Collazione (Ipotesi di donazione o liberalità non donativa - Ipotesi di causa familiare o altra causa onerosa); d) Riduzione per lesione di legittima; e) Collazione, riduzione per lesione di legittima e patto di famiglia; f) Azione revocatoria ordinaria e fallimentare - 7. Attribuzioni patrimoniali in favore della prole. Il contratto a favore di terzo - 8. Attribuzioni in favore di figli nati o di un terzo - 9. Conclusioni.

1.- Con sentenza del 25.11.2005 la Corte d'Appello di Torino accoglie l'impugnazione, proposta dal Fallimento di una società in accomandita semplice e dal Fallimento personale del socio accomandatario, contro la sentenza del Tribunale di Vercelli che aveva respinto la domanda di revocatoria fallimentare (ex art. 64 L. Fall.), avanzata dall'appellante nei confronti del coniuge separato del socio accomandatario fallito, dichiarando inefficace nei confronti della massa dei creditori, l'atto con il quale, in sede di separazione consensuale omologata pochi mesi prima del fallimento, il socio accomandatario - poi fallito - aveva attribuito alla moglie l'unico immobile di sua proprietà.

Il coniuge separato del fallito ricorre in Cassazione.

La Suprema Corte, affrontando *ex professo* il problema della qualificazione giuridica delle attribuzioni patrimoniali tra coniugi effettuate nell'ambito di un procedimento di separazione personale, conferma l'indirizzo (*cf.* Cass. nn. 5473/2006, n. 5741/04)<sup>1</sup> secondo il quale tali attribuzioni rispondono, di

\* Dottoressa in giurisprudenza presso Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> Cass. 23-3-2004, n. 5741, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 3, in *Riv. dir. comm.*, II, 2004, 283 con nota di V. Farina; Cass. 14-3-2006, n. 5473, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 3; in *Il civilista*, 2010, 71

norma, ad un intento di sistemazione dei rapporti economici della coppia che sfugge, da un lato, alle connotazioni di una vera e propria donazione (di per sé estranea ad un contesto caratterizzato dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività) e dall'altro a quelle di un atto di vendita (non fosse altro che per l'assenza di un prezzo corrisposto), svelando, dunque, una sua tipicità, che può colorarsi dei tratti propri dell'onerosità o della gratuità a seconda che l'attribuzione trovi o meno giustificazione nel dovere di compensare e/o ripagare l'altro coniuge del compimento di una serie di atti a contenuto patrimoniale, anche solo riflesso, da questi posti in essere nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale.

Spetta dunque al giudice del merito, investito della domanda di inefficacia dell'atto dispositivo svolta da un terzo creditore ai sensi dell'art. 2901 c.c. (o, come nella specie, dal fallimento del coniuge disponente, ai sensi della L. Fall., art. 64), di accertare, in concreto, se l'attribuzione del cespite debba ritenersi compiuta a titolo oneroso od a titolo gratuito. E tale accertamento, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici, sfugge al sindacato di legittimità.

Nel caso di specie, la Suprema Corte rigetta il ricorso presentato dal coniuge del fallito, ritenendo che la Corte territoriale avesse compiutamente illustrato le ragioni che l'avevano indotta a concludere per la gratuità dell'atto, con la conseguenza che il trasferimento in favore del coniuge del fallito rimane assoggettato a revocatoria fallimentare.

La Corte territoriale, infatti, aveva rilevato che il fallito già si era obbligato a corrispondere alla moglie, non affidataria di figli minori o privi incolpevolmente di reddito, un assegno di mantenimento di L. 2.500.000 mensili e che, poichè la misura di detto assegno era congrua (ovvero idonea ad assicurare tendenzialmente alla moglie un tenore di vita equivalente a quello goduto in costanza di convivenza), l'attribuzione patrimoniale dedotta in causa, avente ad oggetto l'unico immobile di proprietà del fallito, divenuto in seguito ad essa totalmente impossidente, non poteva ritenersi volta ad adempiere ad un obbligo giuridico nascente dalla separazione e risultava priva di qualsivoglia contropartita economica.

Nel corso del giudizio, la moglie aveva anche sostenuto che il trasferimento trovava giustificazione nelle spese da lei in passato affrontate per la ristrutturazione del bene, avvenuta grazie al reimpiego delle somme ricavate dalla vendita di una tabaccheria di sua esclusiva proprietà.

---

con nota di A. Bassi; in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 3; in *Guida dir.*, 2006, 51.

Tale difesa, tuttavia, era stata ritenuta inammissibile dalla Corte di merito, in quanto sollevata solo in sede d'appello e, comunque, ad avviso della Suprema Corte, non era stata idoneamente provata.

2.- La sentenza in commento offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni in ordine alle problematiche sottese agli accordi effettuati nell'ambito di un procedimento di separazione personale o divorzio congiunto aventi ad oggetto attribuzioni patrimoniali e segnatamente in ordine alla loro qualificazione giuridica.

Gli accordi e le attribuzioni in esame sono spesso molto articolati.

L'attribuzione patrimoniale può effettuarsi in seno al procedimento giudiziale<sup>2</sup> e il verbale di udienza o di comparizione - in quanto atto pubblico - costituirà titolo idoneo agli adempimenti pubblicitari<sup>3</sup>, ma il più delle volte in sede giudiziale viene assunto soltanto l'obbligo ad effettuare l'attribuzione, che poi viene realizzata in sede stragiudiziale con rogito notarile<sup>4</sup>, secondo lo

<sup>2</sup> La dottrina e la giurisprudenza di merito, nonostante qualche opinione contraria, nonchè la giurisprudenza di legittimità sono concordi nel ritenere ammissibili le attribuzioni effettuate in sede giudiziale. V. Giunchi, *I trasferimenti di beni tra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita notar.*, 1993, 1048; Id., *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni fra coniugi nella separazione personale*, in *Riv. Notar.*, 1994, 289; Cfr. anche G. Metitieri, *La funzione notarile nel trasferimento di beni fra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, in *Riv. not.*, 1995, 1157; Trib. Bergamo, 19-10-1984 in *Giust. civ.*, I, 1985, 216; nel senso che l'accordo concluso tra i coniugi dinanzi al presidente del Tribunale, in caso di separazione consensuale, o al collegio, nell'ipotesi di divorzio congiunto, potrebbe produrre mero effetto obbligatorio, impegnando i contraenti alla successiva stipula dell'atto pubblico definitivo. Cfr. anche Trib. Firenze, 29-09-1989, in *Riv. not.*, 1992, 595, con nota di A. Brienza; Cass. 15-5-1997, n. 4306, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 757; in *Fam. e dir.*, 1997, 419 con nota R. Caravaglios; in *Vita notar.*, 1997, 842; in *Il civilista*, 2010, 71.

<sup>3</sup> App. Milano 12-1-2010, in *Fam. e Dir.*, 2011, 589 con nota di G. Oberto.

<sup>4</sup> Per quanto sia generalmente ammesso che il verbale di udienza o di comparizione costituiscono titolo idoneo per i trasferimenti patrimoniali e per i conseguenti adempimenti pubblicitari, occorre tuttavia sottolineare che le difficoltà pratiche ed operative insite nei trasferimenti immobiliari ed il conseguente rischio che vengano effettuati trasferimenti viziati da invalidità talvolta insanabili, hanno indotto diversi Tribunali (si veda, ad esempio, la circolare del 09 marzo 2009 del Presidente della IX Sezione civile del Tribunale di Milano) a sospendere l'iscrizione a ruolo dei procedimenti di separazione consensuale e divorzio congiunto comportanti il diretto trasferimento di beni immobili e di ammettere esclusivamente quelli contenenti l'impegno a trasferire o comunque a non omologare le condizioni di separazione riguardanti attribuzioni immobiliari dirette. Così il Tribunale Milano con decreto del 16/18.12.2009

schema contratto preliminare/contratto definitivo, in forza del quale, in caso di inadempimento, è consentito ricorrere alla esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ.<sup>5</sup>

Nella normalità dei casi, l'efficacia delle attribuzioni patrimoniali è subordinata alla omologazione della separazione o alla sentenza di divorzio, operando le stesse quali condizioni di efficacia<sup>6</sup>, ma non è da escludere che nel corso delle predette procedure, i coniugi possano effettuare trasferimenti patrimoniali con efficacia immediata<sup>7</sup>.

---

omologava un verbale di separazione ad esclusione della clausola che prevedeva attribuzioni immobiliari dirette, rispetto alla quale, in ossequio alla citata circolare del 09 marzo 2009, dichiarava non luogo a provvedere. In tal senso da ultimo Trib. Milano 21-5-2013, in *Guida dir.*, 2013, 34 s., con nota di G. Buffone.

<sup>5</sup> Cass. 21-12-1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, 146 s., con nota di V. Mariconda; C. Camardi, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Contr. e Imp.*, 1998, 595 s.; si veda anche A. Chianale, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1989, 238: «Il padre si obbliga verso le figlie, per adempiere l'obbligo legale del suo mantenimento; questo sarebbe un preliminare a favore del terzo. Ma preliminare di che cosa? Risponde la Corte: è preliminare non di donazione, né di vendita, ma di un negozio traslativo *solvendi causa*. Ovvero: il negozio in cui vi è l'assunzione di un'obbligazione è il preliminare dell'atto di adempimento di quella obbligazione. In realtà nel verbale di separazione non vi è alcun preliminare ma una dichiarazione negoziale con cui il genitore si obbliga a compiere un atto traslativo *solvendi causa*. Secondo la Corte, il negozio in cui si esplica l'autonomia contrattuale è il secondo, che opera il trasferimento; e così il negozio che opera a trasferire viene inquadrato nell'area dei negozi preparatori. L'argomentazione va invece capovolta: l'atto di autonomia è il primo, con cui il genitore si obbliga a dare; il secondo è un atto meramente solutorio, il cui compimento è coercibile in forma specifica ex art. 2932». A. Chianale, *Obbligazioni di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 238; A. Ceccherini, *Crisi della famiglia e rapporti patrimoniali*, Milano, 1991, 132; C. Rimini, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1995, 291; M. Dogliotti, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 11; A. Ceccherini, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 211; Per la giurisprudenza v. Cass. 2-12-1991, n. 12897, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc.12, in relazione all'impegno assunto dal marito a costituire un diritto di usufrutto su di un alloggio, a favore della moglie separata. Per l'applicazione dell'art. 2932 cod. civ., da ultimo Trib. Milano 21-5-2013, cit.

<sup>6</sup> Sulla natura giuridica di tale condizione vi è una difformità di posizione tra giurisprudenza e dottrina. La prima, argomentando dal quarto comma dell'articolo 711 c.p.c., è prevalentemente orientata nel ritenere che l'omologazione costituisca *condicio iuris* e come tale necessaria; la seconda, invece, è orientata nel ritenere che si tratti di *condicio facti* e come tale rimessa alla autonomia contrattuale dei coniugi. Cass. 9-4-2008, n. 9174, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 546 e in *Giust. civ.*, I, 2010, 181: «In tema di separazione consensuale, il regolamento concordato tra i coniugi ed avente ad oggetto la definizione dei loro rapporti patrimoniali, pur trovando la sua fonte nell'accordo delle parti, acquista efficacia giuridica solo in seguito al provvedimento di omologazione». Sul tema dei rapporti tra omologazione e volontà delle parti vedi G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, I, 1999, 179 s., 246 s., 267; Id., *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda con-*

I contenuti e le ragioni sottese agli accordi possono essere i più vari: mera divisione del patrimonio comune; adempimento totale o parziale dell'obbligo legale di mantenimento nei confronti del coniuge economicamente più «debole» o dei figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti; soluzione di controversie già pendenti o nascenti dalla separazione/divorzio o che da esse possano derivare; trasferimenti effettuati per riconoscenza, per il senso di colpa di essere stato responsabile della separazione, per ottenere più facilmente il consenso dell'altro coniuge e così via.

giunta, in *Dir. fam.*, 2000, 771 s. In giurisprudenza Cass. 12-4-2006, n. 8516 (in *Dir. e Giust.*, 2006, 12 con nota di C. Garufi; in *Mass. Giust. civ.*, 2006, 4, in *Guida dir.*, 2006, 73 con nota di M. Fiorini; in *Giust. civ.*, I, 2007, 1459 con nota di L. Panzani), afferma che «Il provvedimento di omologazione si attegga a mera condizione sospensiva (legale) di efficacia degli accordi raggiunti in sede di separazione...».

<sup>7</sup> A ben vedere, la questione sembra strettamente legata alla natura contrattuale o processuale dell'accordo. Considerato che la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'accordo abbia natura contrattuale, sembra preferibile ritenere che l'omologazione e la sentenza si pongano come *condicio facti* degli accordi di attribuzione patrimoniale e come tale derogabile per volontà dei coniugi (si pensi al caso in cui i coniugi concordino talune attribuzioni patrimoniali in favore dei figli; ovvero che raggiungano un'intesa limitatamente alle case dove i coniugi andranno a vivere, e così via). Tale affermazione sembra trovare riscontro nel testo dell'art. 158 cod. civ. il quale tende a diversificare i vari profili del rapporto coniugale, ponendo l'intervento giudiziale come indispensabile solo per l'operatività del consenso tra i coniugi in relazione alla separazione, potendosi, d'altronde, rifiutare laddove vi siano lesioni alla disciplina del mantenimento o dell'affidamento dei figli. La regolamentazione della crisi coniugale verrebbe, pertanto, rimessa all'autonomia contrattuale riconosciuta ai coniugi, purché non riverberino conseguenze negative sulla prole. Cfr. A. e M. Finocchiaro, in *Dir. fam.*, I, Milano, 1984, 688; si veda anche V. Giunchi, *I trasferimenti di beni tra coniugi nel procedimento di separazione personale nel diritto civile e nelle leggi fiscali*, in *Vita. notar.*, 1993, 1062; V. anche Cass. 22-1-1994, n. 657, in *Foro.it.*, I, 1995, 2984; in *Fam. e dir.*, 1994, 139 con nota di V. Carbone, *L'autonomia privata e il diritto di famiglia*, e in *Nuova giur. comm.*, I, 1994, 710 con nota di L. Ferrari, *Ancora in tema di accordi fuori dal verbale di separazione*; Cass. 24-2-1993, n. 2270, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 368; in *Dir. fam.*, 1994, 594 con nota di G. Doria; e in *Giust. Civ.*, I, 1994, 213, con nota di M. Sala, *Accordi di separazione non omologati: un importante riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi*.

Queste conclusioni sono riprese dalla stessa Corte di Cassazione, la quale si è più volte pronunciata nel senso che i coniugi, in vista della separazione o del divorzio, possono regolare i loro reciproci rapporti patrimoniali e personali, in tal sede inevitabilmente connessi, con atti di autonomia privata validi ed efficaci a prescindere dalla richiesta di omologazione sino al punto in cui non contrastino con diritti e doveri «inderogabili». Cfr. Cass. 4-6-1992, n. 6857,

Anche i destinatari possono essere diversi: uno o entrambi i coniugi; i figli o alcuni di essi ed anche, come ammesso dalla giurisprudenza più recente<sup>8</sup>, un Trust del quale i figli o i coniugi siano beneficiari; non è inoltre da escludere, che l'attribuzione possa effettuarsi a favore di un terzo estraneo alla compagine familiare, quale ad esempio un creditore di uno dei coniugi.

Il più delle volte il contenuto degli accordi è complesso ed articolato e difficilmente può essere ricondotto, *sic et simpliciter*, ad una delle esemplificazioni sopra fatte.

Pur non essendovi una regolamentazione normativa specifica - se non in materia fiscale dove sono previste notevoli agevolazioni<sup>9</sup> - la validità di tali accordi è unanimamente riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza in quanto espressione del principio fondamentale dell'autonomia contrattuale sancito dall'articolo 1322 del codice civile e segnatamente della sua applicazione nell'ambito dei rapporti tra coniugi.

Notevoli difficoltà interpretative sussistono, invece, nella individuazione della qualificazione giuridica di tali accordi, soprattutto per quanto attiene alla loro natura gratuita o onerosa.

La questione è di fondamentale importanza non soltanto sotto l'aspetto puramente teorico, ma anche e soprattutto sotto l'aspetto pratico: da essa, infatti, discende la disciplina ad essi applicabile, e segnatamente l'applicabilità o meno di una serie di importanti norme in materia di forma (artt. 782 e ss. cod. civ.), di revocabilità per ingratitude o sopravvenienza dei figli (artt. 800 e ss. cod. civ.), di garanzia per evizione (art. 797 cod. civ.), di riduzione per lesione di legittima (artt. 553 e ss. cod. civ.), di obbligo di prestare gli alimenti in caso del bisogno del donante (art. 437 cod. civ.), di obbligo di collazione (artt. 737 e ss. cod. civ.), in materia di azione revocatoria ordinaria e fallimentare (art. 2901 c.c. e 64 L. Fall.), in materia di capacità (artt. 774 e ss., 428 e 1425 cod. civ.), etc..

L'indagine non è agevole, perchè spesso le fattispecie concrete sono caratterizzate dalla presenza di più profili causali, tra i quali non è sempre facile individuare quello prevalente.

---

in *Corr. giur.*, 1992, 863; Cass. 24-2-1993, n. 2740, in *Riv. Giur.*, I, 1994, 214; Cass. 22-1-1994, n. 657, in *Foro it.*, I, 1995, 2984.

<sup>8</sup> Trib. Siracusa 17-4-2013, in [www.mpotrustee.it](http://www.mpotrustee.it).

<sup>9</sup> Art. 8 lettera f) della tariffa allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro (DPR del 26 aprile 1986 n. 131) e art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74.

3.- Nel nostro ordinamento non esiste una normativa che disciplini compiutamente la materia delle attribuzioni patrimoniali in sede di separazione consensuale o divorzio congiunto.

In realtà, una norma in materia di divorzio contenzioso sembrerebbe, *prima facie*, riferibile alle fattispecie in esame.

E precisamente, l'articolo 5 ottavo comma della legge sul divorzio (Legge del 01 dicembre 1970 n. 898), in materia di assegno di mantenimento (disciplinato ai commi 6 e 7) stabilisce che *«Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico.»*

Tuttavia, da un punto di vista letterale, la norma non si riferisce alle attribuzioni patrimoniali in generale, quanto piuttosto a quelle aventi ad oggetto una somma di denaro. Inoltre la norma non è richiamata né in materia di separazione personale, né in quella di divorzio congiunto.

Due norme in materia fiscale, invece, si riferiscono più direttamente alle fattispecie in esame.

L'articolo 8 lettera f) della tariffa allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro (DPR del 26 aprile 1986 n. 131), stabilisce l'applicazione dell'imposta fissa di registro, tra l'altro, per gli atti dell'autorità giudiziaria ordinaria *«aventi per oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o la separazione personale, ancorchè recanti condanne al pagamento di assegni o attribuzioni di beni patrimoniali, già facenti parte di comunione fra i coniugi; modifica di tali condanne o attribuzioni»*.

L'articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74 dispone che *«Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli articoli 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa.»*

Va precisato che la Corte costituzionale, con sentenza 10 maggio 1999, n. 154, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo da ultimo citato, nella parte in cui non estende l'esenzione in esso prevista a tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi.

Altre norme di rilievo, pur non trattando specificamente la materia delle attribuzioni patrimoniali in esame, sono:

- gli articoli 147, 148, 156 e 158 del codice civile in materia di doveri - anche - di mantenimento verso i figli e di concorso negli oneri, nonché di effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi e di separazione consensuale;

- l'articolo 711 c.p.c. in materia di separazione consensuale;

- l'articolo 4 della legge sul divorzio e segnatamente il comma 16, che disciplina il divorzio congiunto.

Tenuto conto, come si dirà appresso, della natura contrattuale delle attribuzioni in oggetto, occorre altresì guardare alle norme di carattere generale in materia di contratti ed in particolare agli artt. 1376, 1350 e 2657 cod. civ. concernenti, rispettivamente, l'efficacia del consenso traslativo, la forma ed i requisiti formali necessari ai fini della trascrizione.

4.- Dall'assenza di un quadro normativo compiuto, si evince che il fondamento delle attribuzioni patrimoniali effettuate in sede o in occasione della separazione consensuale o del divorzio congiunto, sulla cui validità dottrina e giurisprudenza sono unanimamente concordi<sup>10</sup>, risiede piuttosto nel principio fondamentale dell'autonomia contrattuale sancito dall'articolo 1322 del codice civile e segnatamente della sua applicazione nell'ambito dei rapporti tra coniugi e, più in generale, dei rapporti familiari.

---

<sup>10</sup> Cfr. G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, in *giacomoOberto.com*, 8, «Il fondamento del potere dei coniugi (o ex tali) (...) va ricercato non già nelle norme ricordate, bensì in due fondamentali principi del nostro ordinamento. Ci si intende riferire, da un lato, al principio della libertà contrattuale (...) e, dall'altro, al carattere eminentemente disponibile dei diritti in gioco»; v. anche G. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, *passim*; Vedi anche G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio*, Milano, 1996, 209 s.; Cfr. A. Liserre, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 483 s.; in tal senso anche Cass. 25-9- 1978 n. 4277, in *Riv. not.*, I, 1979, 83 e Trib. Genova 18-2-1981, in *Dir. Fam.*, 1981, 798; di recente Trib. Modena 18-4-2012, in *Nuova Diritto e famiglia*, 2013, [www.dirittoefamiglia.it](http://www.dirittoefamiglia.it): «Le condizioni di separazione consensuale, ancorchè omologate dal Tribunale, rimangono pur sempre il frutto di un accordo negoziale dei coniugi, al quale si applicano le norme generali sul contratto...»; Cass. 1-10- 2012, n. 16664, in *Guida dir.*, 2013, 65 e in *Dir. fam.*, 2013, 71: «In tema di separazione, la natura negoziale dell'accordo dà sostanza e fondamento alla separazione e nel decreto di omologazione - inidoneo ad assumere efficacia di giudicato sostanziale - non è ravvisabile una funzione sostitutiva o integrativa della volontà delle parti. Pertanto all'accordo si rendono applicabili i criteri esecutivi dettati per i negozi giuridici...».

La pattuizione privata, qualunque sia la forma adottata dalle parti, è pertanto diretta alla sistemazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi in vista della cessazione del vincolo matrimoniale, assolvendo in tal modo la stessa funzione dell'intervento del giudice nel determinare gli alimenti o l'assegno di mantenimento dovuti da un coniuge all'altro all'esito della separazione<sup>11</sup>.

Svariate e talvolta contrastanti rimangono invece le opinioni, in dottrina e giurisprudenza, relative alla individuazione della qualificazione giuridica di tali accordi, non soltanto con riguardo alla loro riconducibilità ad una fattispecie negoziale tipica o atipica, ma soprattutto con riguardo alla loro natura gratuita o onerosa.

5.- La giurisprudenza si è più volte occupata del profilo causale degli accordi in oggetto.

Vi sono pronunce nelle quali tali accordi vengono ricondotti ad uno dei tipi legali, ora alla fattispecie donativa<sup>12</sup>, ma più frequentemente a quella transattiva<sup>13</sup>.

Non mancano poi le pronunce che riconducono tali accordi alla *datio in solutum*, stante che l'intento del coniuge trasferente sarebbe quello di adempiere con una prestazione *una tantum* all'obbligo di mantenimento a suo carico<sup>14</sup>.

In realtà, bisogna evidenziare come nessuno dei superiori inquadramenti riesca ad individuare una giustificazione causale tanto ricorrente da poter offrire un inquadramento sistematico degli accordi in oggetto.

Così, già nel 1966 la giurisprudenza<sup>15</sup> ipotizzava e sosteneva la tesi del contratto atipico, in stretta relazione con l'obbligo di mantenimento, mentre in una decisione successiva, la stessa Corte si sganciava anche dal richiamo all'obbligo di mantenimento, enunciando chiaramente la tesi del «contratto

<sup>11</sup> Così Cass. 5-7-1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922.

<sup>12</sup> V. Trib. Torino 27-5-1978, inedita

<sup>13</sup> Così Cass. 15-3-1991, n. 2788, in *Foro.it.*, I, 1991, 1787; Cass. 12-5-1994, n. 4647, in *Vita notar.*, 1994, 1357; Cass. 5-9-2003, n. 12939, in *Riv. not.*, 2004, 468 s..

<sup>14</sup> Così: Cass. 5-7-1984, n. 3940, in *Dir. fam.*, 1984, 922; Cass. 21 dicembre 1987, n. 9500, cit.; Cass. 17-6-1992, n. 7470, in *Dir. fam.*, 1993, 70 e in *Nuova giur. comm.*, I, 1993, 808.

<sup>15</sup> Cass. 7-6-1966, n. 1495.

atipico, con propri presupposti e proprie finalità»<sup>16</sup>, tesi che verrà, negli anni avvenire, più volte ribadita.

A queste reiterate pronunce favorevoli alla tesi del contratto atipico, si affiancano ulteriori pronunce di legittimità, che insistono sull'esigenza di un assetto degli interessi in gioco all'esito della separazione, esigenza riconosciuta idonea a giustificare un'attribuzione patrimoniale pur in assenza, in capo al beneficiario, dei requisiti richiesti per la liquidazione dell'assegno di mantenimento.

Come vedremo più avanti, la giurisprudenza più recente<sup>17</sup> - ed emblematica in tal senso risulta la sentenza in commento - giunge alla conclusione che tali accordi debbano piuttosto ricondursi ad una fattispecie negoziale tipica, dotata di caratteri e finalità proprie.

a) Causa gratuita o causa onerosa.

La prima questione da affrontare è quella di stabilire se gli accordi in esame abbiano una causa onerosa o gratuita e, più specificatamente, se siano qualificabili come donazione o siano comunque riconducibili alla categoria delle liberalità non donative.

Se così fosse, si dovrebbe applicare la disciplina prevista per tali atti in materia di forma, di azione revocatoria, di azione di riduzione, di collazione, di obbligo alimentare del donatario, etc..

Invero, soltanto una parte della giurisprudenza di merito<sup>18</sup>, peraltro risalente e riferita perlopiù a situazioni anteriori alla riforma del diritto di famiglia del 1975, ha ritenuto di poter ricondurre le fattispecie in esame allo schema della donazione.

---

<sup>16</sup> Cass. 11-5-1984, n. 2887, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, fasc.5: «La attribuzione gratuita di beni di proprietà da un coniuge all'altro disposta in occasione e in dipendenza della separazione personale, nell'ambito della disciplina del relativo regime, avendo a riconoscibile causa non tipici ed esclusivi scopi di liberalità, ma invece l'esigenza dell'assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati, non integra il contratto di donazione che a norma dell'art. 782 cod. civ. deve essere fatto per atto pubblico a pena di nullità, ma un diverso contratto atipico, con propri presupposti e proprie finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina, e per ciò, quando abbia a oggetto beni immobili, validamente stipulabile mediante scrittura privata».

<sup>17</sup> Cass. 23-3-2004, n. 5741, cit; Cass. 14-3-2006, n. 5473, cit; Cass. 10-4-2013, n. 8678, in commento.

<sup>18</sup> *Cfr.* Trib. Santa Maria Capua Vetere, 19-9-1972, n. 1473, in *Dir. e Giur.*, 1973, 96; Trib. Alba, 27-5-1978, richiamata da App. Torino 9-5-1980; V. Trib. Torino 27-5-1978, inedita; Trib. Pistoia, 26-5-1979, richiamata da Cass. 11 maggio 1984, n. 2887, cit..

Sia la dottrina<sup>19</sup> che la giurisprudenza di legittimità<sup>20</sup>, invece, escludono che di norma tali fattispecie siano riconducibili alla donazione, dal momento che mancherebbe uno degli elementi tipici della donazione e precisamente lo «spirito di liberalità» o «*animus donandi*», tipicamente estranei ad un contesto - quello della separazione o del divorzio - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività.

Lo spirito di liberalità, secondo la dottrina tradizionale<sup>21</sup>, consiste nella volontà del disponente di determinare un incremento del patrimonio del beneficiario (arricchimento), in assenza di un proprio correlato soddisfacimento economico-patrimoniale.

In sostanza, l'arricchimento del beneficiario verrebbe giustificato in sé e per sé, senza che debba sussistere al contempo un beneficio, economicamente valutabile, a favore del disponente.

Tale circostanza, in linea di principio, non ricorre nelle attribuzioni patrimoniali effettuate in sede di separazione consensuale o divorzio congiunto.

Tali attribuzioni, infatti, pur non essendo caratterizzate dalla presenza di una controprestazione, sono però, di norma, dirette «alla composizione unitaria dei rapporti che sorgono in conseguenza della separazione personale o del divorzio»<sup>22</sup>, della quale non è possibile disconoscere una connotazione economica e quindi un correlativo beneficio in favore del disponente.

<sup>19</sup> La difficoltà di poter ricondurre, in astratto, tale fattispecie nello schema del contratto di donazione, è pacificamente riconosciuta in dottrina: v. ad esempio, V. Mariconda, *Il pagamento traslativo*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 736 s.; M. Bianca, *Diritto civile* <sup>2</sup>, Milano, 2005, 194; A. Zoppini, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, 1320 s.; C. Manzini, «*Spirito di liberalità*» e controllo giudiziario della causa *donandi*, in *Contr. e Impr.*, 1985, 409 e s.

<sup>20</sup> Cass. 23-3-2004, n. 5741, cit; Cass. 14-3-2006, n. 5473, cit; Cass. 10-4-2013, n. 8678, in commento.

<sup>21</sup> A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2007, 1261: «Lo spirito di liberalità (*animus donandi*) costituisce la causa del contratto, che non si identifica, nella donazione come negli altri contratti, con il motivo».

<sup>22</sup> Cfr. G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 218: «Gli accordi traslativi, pur non essendo caratterizzati da una controprestazione a carico del coniuge beneficiario, tendono ad attuare la regolazione del complesso quadro di rapporti necessariamente connesso alla modifica delle situazioni di natura giuridica e personale a seguito della separazione o della scioglimento del vincolo coniugale. (...) Gli atti traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale non costituiscono, quindi, contratto di donazione, in quanto, sotto il profilo causale, non si rinviene l'elemento rappresentato dallo spirito di liberalità».

Per le stesse ragioni, la dottrina<sup>23</sup> sembra concorde nell'affermare che ai trasferimenti operati in occasione della crisi coniugale, non possa neanche riconoscersi il carattere di liberalità non donative, anch'esse caratterizzate dall'intento di realizzare un incremento patrimoniale del destinatario senza alcuna contropartita per il disponente.

L'atto di attribuzione patrimoniale in favore del coniuge beneficiario, infatti, trova la sua giustificazione causale nell'esigenza, comune ad entrambe le parti, di regolare una serie di rapporti sorti al venir meno del vincolo coniugale, i quali rilevano sul piano giuridico ed economico, almeno di regola, indipendentemente dallo schema liberale.

Peraltro, laddove le fattispecie in esame fossero riconducibili allo schema della donazione o delle liberalità non donative, difficilmente potrebbe riconoscersi validità agli accordi obbligatori assunti in sede di verbale di udienza o di comparizione, stante che sia la dottrina<sup>24</sup> che la giurisprudenza, quasi all'unanimità<sup>25</sup>, ritengono inammissibile il preliminare di donazione, il quale contrasterebbe inevitabilmente con la spontaneità che deve caratterizzare le liberalità ex art. 769 cod. civ..

Pur affermandosi la estraneità delle fattispecie in esame alla causa gratuita, non può comunque astrattamente escludersi che la stessa, nel caso concreto, possa manifestarsi in maniera più o meno evidente e/o prevalente.

In taluni casi, infatti, tali accordi potranno ben definirsi come donazioni «postmatrimoniali»<sup>26</sup>, in quanto caratterizzate dalla presenza di un motivo ascrivibile alle intenzioni delle parti di considerare la donazione suddetta come una delle condizioni necessarie affinché la separazione o il divorzio possano portarsi a termine. Si tratterebbe in tal caso di un elemento essen-

---

<sup>23</sup> In tal senso G. Doria, *Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l'interesse del coniuge*, in *Dir. fam.*, 1992, 228; Id., *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 219 s.; così anche G. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 96 s.

<sup>24</sup> A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, cit., 1262: «Rispetto alla donazione è inammissibile la figura del contratto preliminare. Infatti, la donazione dev'essere spontanea (come diceva l'art. 1050 cod. civ. 1865 «spontanea liberalità»). Non è concepibile, pertanto, un contratto diretto a creare l'obbligo di concludere una donazione, che, per la sua natura, il soggetto deve essere libero di compiere o non compiere. Perciò la promessa di donazione è nulla».

<sup>25</sup> In tal senso R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. del c.c. a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1970, 438; Cass. 12-6-1979, n. 3315, in *Foro it.*, I, 1981, 1702. *Contra* R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di dir. civ. diretto da R. Sacco*, Torino, 1993, 267 s. *Contra* Trib. Bergamo 10-12-2002 che ammette il cosiddetto preliminare di donazione.

<sup>26</sup> Così G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, cit., 8 s..

ziale per i coniugi, al fine di ottenere una definizione non contenziosa della crisi coniugale.

Si pensi alla ipotesi in cui uno dei coniugi effettui un trasferimento gratuito in favore dell'altro in aggiunta a quanto tra gli stessi concordato per la definizione di tutti i rapporti dipendenti dal matrimonio, ad esempio per riconoscenza, per senso di colpa, per pura generosità, etc..

Per non ampliare troppo il campo dell'indagine, si tralascia di trattare l'ipotesi, per così dire patologica, in cui la separazione o il divorzio vengono inscenati in maniera del tutto simulata o vengano comunque prevalentemente utilizzati per frodare i creditori o per beneficiare delle agevolazioni fiscali previste per le attribuzioni patrimoniali<sup>27</sup>.

Esaminando invece le sole ipotesi, per così dire fisiologiche, va osservato che nelle fattispecie concrete risulta però assai difficile stabilire se una determinata attribuzione patrimoniale sia o meno caratterizzata da spirito di liberalità e quindi dalla presenza di una causa gratuita, ma ancor più risulta complesso stabilire se quest'ultima sia prevalente rispetto a quella onerosa che normalmente la caratterizza.

Bisogna osservare, invero, che la separazione o il divorzio diventano l'occasione per definire tutta una serie di complessi rapporti, dove gli aspetti economico-patrimoniali spesso si confondono con quelli più strettamente personali riconducibili all'intero arco della vita coniugale/familiare e rispetto ai quali non è facile stabilire se sussista o meno una connotazione economica.

Sovente, infatti, la «generosità» insita in una determinata attribuzione patrimoniale è caratterizzata, non tanto da un mero spirito di liberalità, quanto piuttosto dall'intento di soddisfare una - ancorché presunta - posizione debitoria riconducibile ad obbligazioni naturali del coniuge disponente, fondate cioè su doveri morali o sociali o almeno da lui percepiti come tali in ambito familiare.

Tutto ciò è ancor più vero se si considera che le fattispecie in oggetto sono sempre caratterizzate dalla presenza di un clima di accordo e comunque di - accettabile - distensione tra i coniugi, la cui totale insussistenza por-

---

<sup>27</sup> Art. 8, tariffa, parte prima allegata al DPR 131/1986.

terebbe inevitabilmente ad una separazione giudiziale o divorzio contenzioso.

Pertanto, il fatto che il valore delle attribuzioni patrimoniali effettuate in favore di un coniuge ecceda, anche di molto, quanto astrattamente gli possa essere riconosciuto dal giudice in sede contenziosa sulla base di valutazioni esclusivamente economico-patrimoniali, non è di per sé sufficiente per qualificare come gratuita la causa che caratterizza le attribuzioni in esame.

In conclusione, ciò che si vuole sostenere è che, se da un lato, non si può astrattamente escludere che una attribuzione effettuata in sede di separazione e divorzio possa avere in tutto o in parte una causa gratuita, dall'altro, nella pratica, tale circostanza sussisterebbe in ipotesi marginali.

b) Causa tipica, causa atipica.

Una volta esclusa - di norma - la gratuità della causa delle attribuzioni patrimoniali in esame, può affermarsi conseguentemente, per così dire in negativo, la onerosità della stessa<sup>28</sup>.

Rimane tuttavia da verificare se tali attribuzioni siano o meno riconducibili a fattispecie negoziali tipiche.

Invero, è possibile che nell'ambito di un accordo di separazione o divorzio sussistano fattispecie riconducibili a contratti tipici.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui una volta regolati i complessi rapporti che sorgono alla fine di un matrimonio, i coniugi procedano alla divisione dei beni comuni in seno agli accordi di separazione o divorzio.

Non v'è dubbio che in questi casi l'accordo potrà contenere anche una vera e propria divisione, così come non è da escludere che, in mancanza di altri rapporti da regolare, l'accordo di separazione o divorzio, relativamente agli aspetti patrimoniali, contenga unicamente una divisione dei beni comuni o le intese per procedervi.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>29</sup> riconduce le attribuzioni in esame allo schema della *datio in solutum*. L'attribuzione patrimoniale ver-

---

<sup>28</sup> Così G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, in *giacomooberto.com*, 9: «L'esclusione, in linea di massima, di ogni intento di liberalità in capo alle parti di un contratto della crisi coniugale potrebbe indurre a ricercare, sul versante opposto, la giustificazione causale delle attribuzioni in oggetto nella necessità di adempiere all'obbligo legale di mantenimento previsto dagli artt. 156 cc. e 5, 6 l. div.». Cfr. anche Cass. 17-6-1992, n. 7470, cit. e Cass. 21-12-1987, n. 9500, cit.

<sup>29</sup> A. Brienza, *Attribuzioni immobiliari nella separazione consensuale*, in *Riv. not.*, 1990, 1425 s.; M. Dogliotti, *Separazione e divorzio*, cit. 9; G. Doria, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit. 282 s.; G. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 104 s.; V. inoltre Cfr. Cass. 21-12-2012, n. 23734. in *Dir. e Giust.*, 2013, 7 gennaio.

rebbe effettuata dal coniuge disponente in luogo dell'adempimento dell'obbligazione al mantenimento nei confronti dell'altro coniuge o dei figli (configurandosi, in tale ultima ipotesi, un contratto a favore di terzi).

Più precisamente l'accordo sarebbe direttamente solutorio nel caso in cui abbia effetti reali, cioè realizzi immediatamente l'attribuzione patrimoniale; sarebbe meramente novativo nella ipotesi in cui produca soltanto effetti obbligatori, in quanto alla originaria obbligazione, avente ad oggetto il mantenimento, si sostituirebbe quella avente ad oggetto il trasferimento del bene.

Laddove sussistano i requisiti necessari affinché si abbia un esempio di *datio in solutum*, ben si potrebbe quindi parlare di negozio solutorio postmatrimoniale tra i coniugi in crisi coniugale, dotato di valenza solutoria di determinate obbligazioni preesistenti e predeterminate. Si pensi al caso in cui un coniuge, obbligato con sentenza di separazione a corrispondere un assegno di mantenimento all'altro, si accordi con quest'ultimo per la consegna mensile di beni aventi valore corrispondente.

In realtà, come è stato esattamente osservato<sup>30</sup>, la causa solutoria non varrebbe a spiegare tutte quelle fattispecie in cui l'attribuzione patrimoniale non si limita soltanto a soddisfare l'obbligo al mantenimento, ma si atteggia anche come uno strumento diretto a comporre tutta una serie di interessi, tanto di tipo economico-patrimoniale, quanto di tipo personale, familiare ed esistenziale non riconducibili all'obbligo di mantenimento.

Anzi, l'attribuzione patrimoniale potrebbe essere giustificata unicamente da tali ragioni, senza che sussista alcun obbligo di mantenimento a carico di un coniuge, ovvero potrebbe avere una funzione addizionale rispetto a suddetto obbligo, già di per sé soddisfatto con il versamento di un assegno periodico o, ancora, potrebbe assumere carattere autonomo rispetto alla stessa crisi familiare cui risulterebbe connessa solo occasionalmente.

<sup>30</sup> Cfr. G. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 104 s.: «(...) la dottrina ha sottolineato l'esistenza di un'incompatibilità, per così dire, strutturale, tra l'efficacia tipica dell'istituto, (*contratto con funzione solutoria*) che presuppone la preesistenza di un'obbligazione il cui oggetto sia esattamente determinato, e la peculiarità del rapporto avente ad oggetto l'obbligazione legale di mantenimento. Naturalmente nulla esclude che, in presenza dei requisiti sopra illustrati, anche tra i coniugi in fase di crisi coniugale il contratto postmatrimoniale acquisti una valenza solutoria (...); cfr. anche G. Doria, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, cit., 282 s..

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza<sup>31</sup>, riconduce gli accordi in esame allo schema della transazione, che avrebbe effetto novativo nella ipotesi in cui l'accordo dovesse essere eseguito con successivo atto.

Anche in tale ipotesi, come in quelle precedentemente esaminate, se non è da escludere che una vera e propria transazione possa essere contenuta negli accordi, tuttavia tale schema non riesce di per sé ad esaurire tutte le fattispecie in esame.

Per aversi una transazione, infatti, innanzitutto occorre che vi sia una lite già iniziata o potenziale.

Né potrebbe presupporci la sua sussistenza per il fatto stesso che sia stato avviato un procedimento giudiziario di separazione consensuale o divorzio congiunto<sup>32</sup>. La lite, infatti, nel caso concreto potrebbe non sussistere laddove i coniugi procedessero ad una separazione o divorzio in assoluto e totale accordo su tutte le questioni.

Inoltre, nella transazione occorre che i termini della lite vengano espressamente evidenziati<sup>33</sup> e negli accordi di separazione/divorzio ciò non sempre avviene. Né sembra possibile sostenere che l'esistenza di una lite - quantomeno potenziale - sarebbe implicita, nel senso che riguarderebbe necessariamente l'intero insieme dei rapporti tra i coniugi<sup>34</sup>, poiché da un lato ciò contravverrebbe con il diffuso orientamento della dottrina e della giurisprudenza<sup>35</sup> secondo il quale i termini della lite vanno necessariamente espressi, ma

---

<sup>31</sup> Cass. 12-4-1994, n. 4647, cit.: «Anche nella disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi è ammissibile il ricorso alla transazione per porre fine o per prevenire l'insorgenza di una lite tra le parti, sia pure nel rispetto della indisponibilità di talune posizioni soggettive, ed è configurabile la distinzione tra contratto di transazione novativo e non novativo, realizzandosi il primo tutte le volte che le parti diano luogo ad un regolamento di interessi incompatibile con quello preesistente, in forza di una previsione contrattuale di fatti o presupposti di fatto estranei al rapporto originario»; Cfr. anche Cass. 15 marzo 1991, n. 2788 cit..

<sup>32</sup> Cfr. G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 249: «La causa del tipo transazione (...) consiste nel superamento e nella composizione di un conflitto giuridico specifico ed attuale (già sottoposto, o non ancora sottoposto, alla cognizione del giudice) attraverso reciproche concessioni che le parti si fanno».

<sup>33</sup> G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 249; E. Del Prato, *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 13.

<sup>34</sup> G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 250, «Nelle decisioni della giurisprudenza (...) l'effetto transattivo dell'accordo traslativo viene riferito all'intero insieme dei rapporti intercorrenti tra i coniugi (...) Questa estrema ampiezza dell'oggetto della transazione è sicuramente da respingere. (...) In realtà, conclusivamente, non è possibile ipotizzare in termini generali l'esistenza di una transazione senza precisare, nella specie, la lite che (costantemente e specificamente) il contratto di transazione consentirebbe di superare». Tale orientamento dottrinale, trova conferma al secondo comma dell'art. 1975 cod. civ..

<sup>35</sup> V. in tal senso Cass. 15-3-1991, n. 2788, cit., 1790 s., secondo la quale si avrebbe un'in-

soprattutto contravverrebbe con il carattere volontario dei procedimenti di separazione consensuale e divorzio congiunto che, anzi, presuppongono l'esatto contrario.

La transazione presuppone poi l'esistenza di reciproche concessioni, circostanza che potrebbe non sempre sussistere in concreto.

Né l'adesione all'accordo del coniuge beneficiario potrebbe configurarsi di per sé come una implicita rinuncia ad un giudizio contenzioso e come tale una concessione fatta all'altro coniuge. Infatti, da un lato si attribuirebbe al coniuge una volontà che non sempre sussiste, dall'altro si contravverrebbe alle prescrizioni che la lettera dell'art. 1965 cod. civ. impone perché una transazione venga ad esistenza.

Secondo l'opinione prevalente, inoltre, la fattispecie in esame non potrebbe ricondursi alla transazione, dal momento che ha ad oggetto rapporti familiari e diritti indisponibili, primo tra tutti il diritto al mantenimento del coniuge separato ex art. 156 cod. civ., che rappresenta una prosecuzione del dovere di contribuzione ex art. 143 cod. civ.. Nonostante, infatti, l'ampia rilevanza attribuita all'autonomia delle parti in tal sede, sussistono ancora rigide posizioni dottrinarie che negano la disponibilità del diritto al mantenimento riconosciuto al coniuge all'esito di separazione o divorzio<sup>36</sup>.

Deve poi aggiungersi che l'efficacia preclusiva che caratterizza il contratto di transazione, contrasterebbe con la possibilità di revisione delle condizioni di separazione, previste all'art. 156 ult. comma cod. civ. il quale dispone che «*Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti di cui ai commi precedenti*».

Ad ogni modo, l'obiezione principale per la quale non sembra possibile, almeno di regola, parlare in tal sede di causa transattiva, deriva dall'impossibilità di rinvenire concessioni reciproche a carico di entrambi i coniugi, in tutti i casi in cui si preveda la corresponsione di un assegno di mantenimento oppure il trasferimento unilaterale di diritti su beni mobili o immobili. In tali ipotesi, infatti, i trasferimenti suddetti si configurano generalmente come obblighi unilaterali a carico di un coniuge ed a favore dell'altro.

---

superabile contraddizione tra l'impostazione dottrinale che sostiene l'esistenza di una molteplicità di atti autonomi, assunta come premessa, e, al contrario, la qualificazione dell'accordo traslativo in un onnicomprensivo atto transattivo. Conclusione, per ciò stesso, inaccettabile.

<sup>36</sup> V. G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., 388 s..

Ancora una volta bisogna dunque affermare che, pur non potendo escludere che un accordo di separazione o divorzio contenga al suo interno una transazione o che questa abbia una rilevanza prevalente, tuttavia tale circostanza non costituisce una condizione sufficiente per ricondurre allo schema causale della transazione tutti gli accordi di separazione e divorzio.

Si è anche parlato in dottrina di causa esterna o *praeterita* nel senso che l'attribuzione patrimoniale troverebbe una sua giustificazione causale all'esterno dell'atto di attribuzione, il quale avrebbe una funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento.

L'ammissibilità di negozi traslativi a causa esterna trova il suo principale argomento a sostegno nell'esistenza nel nostro ordinamento di atti di tal fatta. Si pensi, ad esempio, alla fattispecie disciplinate dagli articoli 651 cod. civ. (Legato di cosa dell'onere o di un terzo), 1197 cod. civ. (Prestazione in luogo dell'adempimento), 1706 cod. civ. (Acquisti del mandatario).

In merito è stato tuttavia osservato<sup>37</sup> che «*la causa di un determinato atto avente natura negoziale può legittimamente esser rinvenuta «all'esterno», qualora le parti abbiano formalmente indicato, quale ragione giustificatrice dell'atto, il nucleo di interessi (di fonte legislativa ovvero di fonte negoziale) che abbiano inteso soddisfare attraverso il perfezionamento dell'atto*»<sup>38</sup>. Occorre cioè che i coniugi enuncino espressamente che l'attribuzione patrimoniale ha uno scopo solutorio rispetto alla obbligazione di mantenimento.

Da ciò consegue che, qualora i coniugi si siano limitati ad una mera programmazione traslativa priva di formale ed espressa dichiarazione dello scopo solutorio dell'accordo, la fattispecie in esame non potrà considerarsi a causa esterna, ma sarà necessario individuare altrove la ragione giuridico-economica del suddetto accordo.

L'attribuzione patrimoniale si configurerebbe, dunque, come pagamento traslativo sottoposto alla condizione di una *expressio causae* dalla quale si evincano chiaramente le ragioni del trasferimento o della costituzione del diritto

---

<sup>37</sup> Così G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare, gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale o del divorzio*, cit., 279 s.; A. Lener, «*Expressio causae*» e astrazione processuale, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, Napoli, 1962, 765 s.: «problema specifico della causa esterna è (...) quello di un atto di attribuzione che abbisogna necessariamente di essere integrato mediante indicazione, richiamo o menzione di tale causa, cioè di un determinato momento di imputazione, attraverso il quale soltanto l'atto, e l'attribuzione con esso operata, riceve il proprio concreto significato giuridico, non desumibile dalla regola negoziale per sé valutata»; v. anche M. Giorgianni, *La causa del negozio giuridico*, Milano, 1961, 46 s.; cfr. L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 200 s.; cfr. anche G. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 266 s.

<sup>38</sup> G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 279 s.

reale o, per meglio dire, da cui risulti il collegamento funzionale tra l'atto traslativo e la crisi coniugale.

La causa esterna potrebbe inoltre porsi come funzione solutoria o come meramente integrativa dell'obbligo di mantenimento.

Tale tesi, peraltro, viene scartata da una parte della dottrina<sup>39</sup> in ragione della mancanza di una preventiva predeterminazione quantitativa dell'obbligazione che il trasferimento andrebbe ad estinguere (in tutto o in parte), nonché a causa della sua inidoneità alla composizione di interessi, sorti in ragione della situazione di crisi coniugale, di natura del tutto eterogenea (giuridico-patrimoniali, esistenziali, personali..).

Ancora una volta va detto che non può escludersi che in talune fattispecie concrete - e cioè quando lo scopo solutorio sia stato espressamente enunciato - il profilo causale dell'attribuzione patrimoniale possa essere ricondotto allo schema della causa esterna o *praeterita*, ma ciò non significa, come abbiamo visto, che questa ricostruzione possa avere una portata generale utilizzabile per tutte le fattispecie in esame.

Scartata la possibilità di ricondurre gli accordi in questione ad una delle fattispecie contrattuali tipiche sopra richiamate, si potrebbe ritenere che gli stessi siano piuttosto riconducibili alla figura del contratto atipico, il cui fondamento sarebbe da rinvenirsi non tanto in una regolamentazione normativa, quanto nella autonomia contrattuale dei coniugi i quali, ai sensi dell'articolo 1322 c.c., porrebbero in essere un contratto diretto a realizzare interessi la cui meritevolezza non è revocabile in dubbio.

Tale tesi, accolta in alcune pronunzie della Suprema Corte<sup>40</sup>, comporterebbe tuttavia che le attribuzioni patrimoniali effettuate in occasione della separazione consensuale o divorzio congiunto, stante la enorme variabilità dei loro contenuti, «si tradurrebbero in una miriade di possibili accordi innominati»<sup>41</sup>.

c) Causa familiare.

<sup>39</sup> G. Oberto, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, 160 s..

<sup>40</sup> Cass. 23-3-2004, n. 5741, cit. e Cass. 14 marzo 2006 n. 5473, cit..

<sup>41</sup> G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, cit., 10.

Sembra pertanto preferibile aderire all'orientamento dottrinario<sup>42</sup> e della giurisprudenza di legittimità<sup>43</sup>, secondo il quale gli accordi di separazione e divorzio avrebbero una loro causa specifica, e precisamente una «causa familiare», di norma onerosa, che trova il suo fondamento normativo negli articoli 711 c.p.c. e 4, comma 16 della legge sul divorzio<sup>44</sup>, pur riconoscendo ampio spazio, nella loro concreta formulazione, al principio della autonomia contrattuale sancito dall'articolo 1322 cod. civ.

Con gli accordi di separazione o divorzio i coniugi intendono regolare i loro complessi rapporti, nei quali non sempre sono distinguibili o separabili

---

<sup>42</sup> G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, cit., 10: « (...) dal momento che l'intento principe delle parti è quello di sistemare definitivamente e in considerazione della crisi coniugale le pendenze che un più o meno lungo periodo di vita ha determinato, sembra più appropriato parlare di una causa tipica di definizione della crisi coniugale o, se si vuole essere più corretti, (...) di una causa tipica di definizione degli aspetti economici della crisi coniugali. Ad un siffatto negozio tipico (...) potrebbe attribuirsi anche il nome di contratto tipico della crisi coniugale o di contratto postmatrimoniale. (...) i contratti della crisi coniugale – e, per ciò che attiene al tema specifico della presente ricerca, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi – sono quelli che si caratterizzano per la presenza vuoi della causa tipica di definizione della crisi coniugale (contratto tipico della crisi coniugale, o contratto postmatrimoniale), vuoi per la semplice presenza, accanto ad una causa tipica diversa (donazione, negozio solutorio, transazione, convenzione matrimoniale, divisione), di un motivo «postmatrimoniale», rappresentato dal fatto che quel particolare contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle «condizioni» della separazione o del divorzio, cioè di un elemento la cui presenza viene dai coniugi ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi coniugale».

<sup>43</sup> Cass. 14-03-2006, n. 5473, in *Arch. civ.*, 2004, 1026, la quale evidenzia lo «spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale», aggiungendo che «il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto». Cfr. anche Cass. 23-3-2004, n. 5741, cit.: «Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, (...) rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di «separazione consensuale» (...) il quale, (...) svela di norma una sua «tipicità» propria la quale poi, volta a volta, può (...) colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell'eventuale ricorrenza o meno nel concreto, dei connotati di una sistemazione «solutorio-compensativa» più ampia e complessiva, di tutta una serie di possibili rapporti (...) maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale».

<sup>44</sup> Parla di specifica causa familiare anche G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare*, cit., 301 s., per il quale «rappresenta la ragione giuridico-economica dell'atto traslativo; e vale dunque, a giustificare l'atto attributivo anche se in esso non si ravvisano «i requisiti» propri di alcun tipo contrattuale. Il fondamento specifico della causa familiare sta nella disciplina particolare del «campo» del diritto di famiglia e nella sostanziale previsione di tali atti da parte della legge». Cfr. anche A. C. Jemolo, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1967, 530; cfr. R. Sacco, *Se tra i coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da*

gli aspetti economico-patrimoniali da quelli personali-esistenziali. Una tale situazione si verifica poiché, nonostante sussistano anche in ambito familiare situazioni tipiche già regolate dal diritto, queste ultime sono comunque contaminate dal rapporto familiare, che enuclea in sé ragioni, oltre che patrimoniali, anche personali, in quanto derivanti da rapporti pregressi in virtù del vincolo matrimoniale che ha legato le parti dell'accordo traslativo.

Le attribuzioni patrimoniali tra coniugi in occasione di separazione consensuale o divorzio congiunto assumono pertanto - almeno di regola - natura di strumenti di cui le parti si servono per regolare le rispettive posizioni personali e giuridico-patrimoniali tra loro inevitabilmente connesse e legate.

Il concetto di «causa familiare» conferisce a tali accordi traslativi «un'autonomia concettuale e pratica insieme»<sup>45</sup> in grado di considerare e spiegare esaurientemente tanto le ragioni esistenziali ed affettive, che quelle economico-patrimoniali che si ritrovano indissolubilmente legate durante il momento patologico del rapporto familiare.

In questa visione, la definizione della crisi coniugale diviene la causa sottostante degli accordi, in quanto, sicuramente, gli interessi che emergono in questa fase acquistano una rilevanza sociale tale da consentire che lo strumento elaborato dai privati assurga a modello giuridico di regolamentazione dei medesimi.

La causa familiare non può, pertanto, relegarsi nel campo dei meri motivi, intesi come fini individuali che i contraenti intendano conseguire per mezzo dell'accordo.

Infatti, sebbene la distinzione tra causa e motivi non sia sempre evidente, ma spesso complessa, soprattutto laddove si abbia riguardo al concreto interesse perseguito dai contraenti, è pacifico che la rilevanza del motivo non necessariamente si fondi sulla sua esteriorizzazione. Pertanto, ciò che bisogna accertare è se la rilevanza del predetto interesse sia tale da comportare una particolare articolazione della vicenda contrattuale.

---

quello corrispondente a diritto di luogo a restituzioni, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, 219 s.; v. anche V. Giunchi, *I trasferimenti di beni tra coniugi*, in *Vita not.*, 1993, p. 1052 e s.; cfr. in ultimo A. Venditti, *Comunione tra i coniugi e convenzioni ampliative*, in *Dir. fam.*, 1995, 300 s.

<sup>45</sup> Così testualmente G. Doria, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., 304.

Così accade nelle fattispecie rientranti nella tipologia contrattuale in esame, nelle quali l'accordo tiene bene in considerazione l'interesse rappresentato dalla definizione della crisi coniugale e la regolazione degli interessi personali ed economico-patrimoniali che ne derivano.

Per concludere, può affermarsi che, a parte le difficoltà concrete della riconducibilità degli accordi in esame ad una delle figure sopra esaminate (donazione, liberalità non donativa, divisione, transazione, *datio in solutum*, negozio a causa esterna o *praeterita*, negozio a causa mista), nella normalità dei casi l'accordo - che parte della dottrina ha definito «contratto della crisi coniugale o postmatrimoniale»<sup>46</sup> - sarà riconducibile alla «causa familiare» della quale si è sopra cercato di delineare brevemente i contorni e che costituisce piena espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi.

Detta «causa familiare» pur potendo contenere in sé, in misura più o meno marcata, un po' tutti i profili causali tipici sopra elencati, se ne differenzia per la sua maggiore ampiezza e complessità e, restando caratterizzata dalla sua onerosità, assume una connotazione del tutto autonoma sia da un punto di vista teorico che da un punto di vista pratico.

6.- Di seguito verranno brevemente esaminate le conseguenze del diverso profilo causale che le attribuzioni patrimoniali in oggetto possono avere, in ordine alla disciplina giuridica applicabile in talune materie di particolare interesse.

a) Forma.

A differenza degli altri istituti che verranno esaminati, dove il diverso profilo causale incide soltanto sulla disciplina applicabile alla fase funzionale del rapporto, per quanto riguarda la forma, invece, esso incide su quella applicabile alla fase genetica.

Ai sensi dell'articolo 782 codice civile «la donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio».

Inoltre, sulla base del combinato disposto degli articoli 48 e 58 della legge del 16 febbraio 1913 n. 89 (cosiddetta legge notarile) negli atti di donazione è necessaria la presenza di due testimoni a pena di nullità.

---

<sup>46</sup> Così G. Oberto, *Prestazioni una tantum e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione o divorzio*, Ipsoa, Milano, 2000, 92.

Laddove, quindi, in una attribuzione patrimoniale tra coniugi si rinvenisse una vera e propria donazione - fattispecie, peraltro, che come sopra evidenziato ricorre assai raramente - si avrebbero due conseguenze importanti sul piano della disciplina.

La prima, che per la validità del trasferimento patrimoniale andrebbero necessariamente rispettati i requisiti formali sopra richiamati.

La seconda, che non sarebbe ammissibile un mero impegno a trasferire, assunto in seno al verbale di udienza o di comparizione, stante che secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti<sup>47</sup> la promessa di donazione è nulla in quanto contrasterebbe con la necessaria spontaneità della stessa.

A diverse conclusioni dovrebbe giungersi, invece, nei casi in cui l'attribuzione patrimoniale tra i coniugi realizzasse una liberalità non donativa attraverso una donazione indiretta<sup>48</sup> o un negozio misto a donazione<sup>49</sup>.

La fattispecie della donazione indiretta potrebbe ricorrere, ad esempio, nell'ipotesi in cui negli accordi di separazione un coniuge - con spirito di liberalità - rimetta o si impegni a rimettere un debito dell'altro coniuge (remissione del debito); ovvero paghi un debito dell'altro coniuge (pagamento del debito altrui); ovvero intervenga nell'atto di acquisto di un bene pagando il prezzo (adempimento del terzo); ovvero si impegni ad acquistare un bene con intestazione in favore dell'altro coniuge (contratto in favore di terzo).

Il *negotium mixtum cum donazione* potrebbe ricorrere nel caso in cui negli accordi di separazione, un coniuge - con spirito di liberalità - si impegni a trasferire all'altro un immobile il cui valore sia di gran lunga superiore al debito nascente dagli obblighi di mantenimento.

<sup>47</sup> Cfr. A. Torrente, *La donazione*, Milano, 1956, 243; V. anche Cass. 12-6-1979, n. 3315, cit.; inoltre Cass. 24 gennaio 1979, n. 526, in *Mass. Giust. civ.*, 1979, 235; Cass. 18 dicembre 1975, n. 4153.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. 11-3-1996, n. 2001, in *Giust. civ.*, I, 1996, 2297, in *Foro.it.*, I, 1996, 1222, in *Giur. comm.*, II, 1996, 643: «L'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non basta invece ad individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obbiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione».

<sup>49</sup> A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, cit., 1266.

Tanto nel caso di donazione indiretta, quanto in quello di *negotium mixtum cum donationem*, non è necessario rispettare i requisiti di forma prescritti dall'ordinamento per l'atto di donazione (atto pubblico in presenza di due testimoni), dal momento che, costituendo una eccezione al principio generale della libertà di forma, essi sono di stretta applicazione e non estensibili alle fattispecie non espressamente previste dalla legge<sup>50</sup>.

A riprova di ciò, l'art. 809 cod. civ., nell'individuare le norme sulle donazioni applicabili agli altri atti di liberalità, non richiama l'art. 782 cod. civ., che appunto disciplina la forma della donazione.

La forma, pertanto, sarà quella prescritta per lo schema negoziale concretamente adottato dalle parti.

Stante quanto detto, è bene che i coniugi informino esattamente i professionisti che li assistono nella separazione o divorzio (avvocato, notaio, consulente fiscale, etc.) affinché venga salvaguardata la validità delle attribuzioni patrimoniali sotto il profilo del requisito formale, attraverso il rispetto delle prescrizioni previste dalla legge a pena di nullità.

Concludendo, in ossequio al principio generale di libertà della forma, soltanto nei - rari - casi in cui l'accordo contenente le attribuzioni patrimoniali sia qualificabile quale donazione in senso stretto, bisognerà rispettare i rigorosi requisiti formali prescritti dagli articoli 782 cod. civ. e 48 legge notarile.

Al contrario, in tutti i casi in cui l'accordo contenente le attribuzioni patrimoniali sia riconducibile ad una «causa familiare» (per come sopra definita) ovvero ad altra fattispecie tipica (transazione, divisione, *datio in solutum*) o ad una liberalità non donativa (donazione indiretta o *negotium mixtum cum donationem*), le attribuzioni patrimoniali dovranno essere realizzate per atto pubblico o per scrittura privata nei soli casi previsti dalla legge (art. 1325 n. 4 cod. civ.)<sup>51</sup>, mentre in tutti gli altri casi potranno essere realizzate in forma libera.

Va peraltro precisato che una determinata forma *ad substantiam* (atto pubblico o scrittura privata autenticata o semplice scrittura privata) potrebbe es-

<sup>50</sup> Cfr. A. Palazzo e S. Mazzaresse, *I contratti gratuiti*, Torino, 2008, 275s.; cfr. G. Bonilini, *Trattato delle successioni e delle donazioni*, vol. 6, Milano, 2009, 1033 s.; vedi anche Cass. 24-10-2002, n. 14981, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, 1844 e in *Riv. not.*, 2003, 964 con nota di S. Gisolfi; Cass. 21-1-2000, n. 642, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 104; Cass. 29-11-1988, n. 6416, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, fasc. 11.

<sup>51</sup> In particolare si vedano l'articolo 1350 c.c. e l'art. 1, comma 4 della Legge n. 431/1998 in materia di locazione. Tuttavia, è bene ricordare che il requisito di forma scritta è talvolta prescritto dalla legge soltanto *ad probationem*. Così ad esempio in materia di cessione di azienda (articolo 2556, comma 1 cod.civ.) e in materia di transazione non immobiliare (art. 1967 cod. civ.).

sere stata convenzionalmente determinata dalle parti in seno al verbale di separazione o divorzio, ai sensi dell'articolo 1352 cod.civ., il quale stabilisce che una determinata forma possa essere scelta dalle parti per la futura conclusione del contratto, ponendo la presunzione che la forma sia stata scelta dai contraenti ai fini della validità dell'accordo.

b) Revocazione per ingratitudine o sopravvenienza di figli.

Nella pratica, è frequente il caso in cui alla separazione o divorzio di coniugi senza prole, segua la nascita di un figlio, così come non mancano i casi in cui soltanto in un momento successivo alla separazione o al divorzio si venga a conoscenza dell'esistenza di un figlio naturale o questi venga riconosciuto.

Esaminiamo pertanto le singole ipotesi.

- Ipotesi di donazione.

Nei - rari - casi in cui l'accordo dell'atto traslativo sia qualificabile quale vera e propria donazione, la stessa sarà revocabile ai sensi degli articoli 800 e seguenti cod. civ., a meno che, come espressamente previsto all'art. 805 cod. civ. non si tratti di donazione remuneratoria, fatta, cioè, per riconoscenza o in considerazione dei meriti del donatario o per speciale rinumerazione (art. 770 cod. civ.).

Nella pratica, se un accordo di separazione o divorzio contiene una vera e propria donazione, è molto probabile che questa sia stata fatta proprio con spirito remuneratorio, ad esempio per riconoscenza nei confronti del coniuge beneficiario per il tempo dedicato alla famiglia, per avere accudito alla casa coniugale, per avere assistito il coniuge disponente nella sua attività lavorativa o durante un periodo di malattia, etc.

In tutti questi casi, dunque, al fine di evitare il rischio di una revocazione, sarà opportuno fare risultare lo spirito remuneratorio dall'atto di attribuzione.

- Ipotesi di liberalità non donativa.

Nei casi in cui l'atto traslativo sia qualificabile quale liberalità non donativa – e dunque donazione indiretta o negozio misto a donazione - la stessa sarà soggetta a revocazione ai sensi dell'art. 809 cod. civ., a meno che non si tratti di una donazione remuneratoria (ex art. 805 cod. civ.) ovvero di una li-

beralità che a norma dell'articolo 742 cod. civ. non sia soggetta a collazione<sup>52</sup>.

Tra queste, in particolare, il primo comma dell'articolo testè citato indica le «spese di mantenimento e di educazione e quelle sostenute per malattia, né quelle ordinarie fatte per abbigliamento o per nozze».

Nella pratica, se una liberalità non donativa è contenuta in un accordo di separazione o divorzio, potrebbe essere fatta per remunerazione (art. 770 cod. civ.) o potrebbe rientrare nelle ipotesi di cui al primo comma dell'art. 742 cod. civ..

Anche in tale ipotesi, pertanto, al fine di evitare il rischio di una revocazione, sarà opportuno fare risultare tali circostanze dall'atto di attribuzione.

In conclusione, è possibile affermare che tutte le volte in cui l'atto traslativo sia riconducibile ad una vera e propria donazione o ad una liberalità non donativa, sarà opportuno indicare se sussiste uno spirito remuneratorio del disponente o se la liberalità non donativa rientri nelle previsioni di cui all'articolo 742, comma 1 cod.civ..

Ciò impedirà la possibilità di ricorrere alla revocazione della donazione o della liberalità, i cui presupposti, con particolare riferimento alla fattispecie della sopravvenienza di figli, possono facilmente ricorrere.

- Ipotesi di causa familiare o altra causa onerosa.

Nei casi in cui l'atto traslativo sia, invece, riconducibile alla «causa familiare» sopra definita (che abbiamo visto costituire l'ipotesi che generalmente ricorre) o comunque ad una fattispecie a causa onerosa (transattiva, divisoriale, solutoria, etc) sia pure mista, l'istituto della revocazione di cui agli articoli 800 e seguenti cod. civ. non sarà applicabile, essendo questo previsto per le sole ipotesi di donazioni e liberalità non donative.

c) Collazione.

- Ipotesi di donazione o liberalità non donativa.

Nelle - rare - ipotesi in cui l'atto traslativo fosse riconducibile ad una donazione o ad una liberalità non donativa, sarà opportuno precisare, innanzitutto, se la stessa rientri nelle previsioni di cui all'art. 742, comma 1 cod. civ. ed in tal caso esonerata *ex lege* dalla collazione, ed in secondo luogo, se vi sia o meno volontà di dispensa da parte del disponente.

- Ipotesi di causa familiare o altra causa onerosa.

---

<sup>52</sup> L'ultimo comma dell'articolo 809 esclude anche i casi di liberalità effettuate in occasione di servizi resi o in conformità agli usi (art. 770 comma 2, cod.civ.) che tuttavia non sono state prese in considerazione in quanto nella pratica esulano dalle situazioni ricorrenti in sede di separazione o divorzio.

Ovviamente, l'istituto non sarà applicabile in tutti i casi in cui l'atto traslativo sia riconducibile alla «causa familiare» sopra definita o comunque ad una fattispecie a causa onerosa (transattiva, divisionale, solutoria, etc) sia pure mista, stante che la collazione opera soltanto per donazioni, sia ricevute direttamente, che indirettamente.

d) Riduzione per lesione di legittima.

Le attribuzioni patrimoniali potranno essere oggetto di riduzione soltanto se e nella misura in cui siano qualificabili come vere e proprie donazioni o liberalità non donative<sup>53</sup> e non in tutti gli altri casi riconducibili alla causa familiare o ad altra causa onerosa.

In particolare, ai sensi dell'art. 564 cod. civ., il legittimario che domanda la riduzione di donazioni o di disposizioni testamentarie, deve imputare alla sua porzione di legittima le donazioni e i legati a lui fatti, salvo che ne sia stato espressamente dispensato, fermo restando che ogni cosa che è esente da collazione è esente da imputazione (art. 742 cod. civ.).

Va precisato pertanto, che, se ad agire per ottenere la riduzione di donazioni o disposizioni testamentarie sia il coniuge beneficiario di una attribuzione patrimoniale effettuata in occasione della separazione o del divorzio, questi - ai sensi dell'art. 564 cod. civ. - dovrà imputare alla sua porzione di legittima la predetta attribuzione, soltanto se sia qualificabile come vera e propria donazione o liberalità non donativa, salvo che ne sia stato espressamente dispensato o che rientri tra le liberalità esenti da collazione ai sensi dell'art. 742 cod. civ..

e) Collazione, riduzione per lesione di legittima e patto di famiglia

<sup>53</sup> L'azione di riduzione può essere diretta a ridurre tanto le donazioni in senso stretto, quanto, le liberalità non donative (donazioni indirette o *negotium mixtum cum donationem*). L'art. 809 cod. civ., infatti, estende alle liberalità che risultano da atti diversi dalle donazioni in senso stretto, le norme che regolano la riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari. In tal senso Cfr. L. Ferri, *Dei legittimari*, Bologna, 1981, 164 s.; U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno leso la quota di legittima*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, I, 1995, 131s.; in tal senso anche la giurisprudenza: cfr. Trib. Napoli, 1-3-2002, in *Giur. nap.*, 2002, 257; Cass. 28-11-1988, n. 6416, cit.; Cass. 2-9-2010, n. 19015, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 9, 1210; Cass. s.u. 5-8-1992, n. 9282, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, fasc. 8-9; in *Giust. civ.*, I, 1992, 2991; in *Il civilista*, 2009, 11, 11 con nota di M.A. Vecchio; in *Rass. dir. civ.*, 1994, 613 con nota di V.M. Cesaro; in *Il civilista* 2011, 9 con nota di R. Apicella; in *Il civilista*, 2011, 12, 28 con nota di M. Pulice; Cass. 8 febbraio 1994, n. 1257, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, 128; in *Foro it.*, I, 1995, 614 con nota di C. De Lorenzo, in *Riv. not.*, 1994, 643.

Una ipotesi particolare da prendere in considerazione, potrebbe essere quella di un patto di famiglia<sup>54</sup> contenuto in un accordo di separazione o divorzio.

Nel caso concreto, l'attribuzione di un'azienda o di talune partecipazioni societarie potrebbe risultare necessaria nell'ambito di una separazione o divorzio.

Si pensi alle ipotesi di una o più piccole aziende gestite dai soli coniugi o comunque a gestione del tutto familiare (ad esempio, un negozio, una trattoria, etc.). Ma la separazione o il divorzio potrebbero essere anche l'occasione per effettuare una sistemazione di aziende o partecipazioni di società di grosse dimensioni e per realizzare così un passaggio generazionale a tutela della famiglia originaria, impedendo che l'eventuale nuova famiglia del coniuge disponente possa successivamente avanzare pretese economiche su di esse.

Non è da escludere che nell'ambito degli accordi di separazione o divorzio, i coniugi utilizzino - anche - l'istituto del patto di famiglia, al fine di realizzare una sistemazione patrimoniale dell'azienda o delle partecipazioni societarie facenti capo ad uno di essi.

L'art. 768-quater cod. civ. stabilisce che «quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione»<sup>55</sup>, rendendo l'accordo insensibile alle successive vicende successorie, poiché vengono in tal sede disapplicati quei principi che sovrintendono alla *reductio ad successionem* delle liberalità tra vivi.

L'art. 768-sexies cod. civ., consente poi di rendere definitiva l'assegnazione del bene produttivo (azienda o partecipazioni societarie) effettuata con il patto di famiglia anche in caso di sopravvenienza di altri soggetti legittimari, quali il coniuge sposato dopo la stipula del patto, il coniuge in seconde nozze, nonché figli legittimi o naturali sopravvenuti o, ancora, i figli adottati in un momento successivo al patto.

Consente, inoltre, di cristallizzare la valutazione dell'azienda o delle partecipazioni sociali secondo la stima che ne è stata data, di comune accordo, al momento della stipulazione del patto, rendendola in tal modo insensibile a successive ed eventuali variazioni di valore.

Tale norma costituisce una rilevante deroga ai principi successori che prevedono che la determinazione del valore dei beni donati, ai fini della col-

---

<sup>54</sup> Disciplinato agli articoli da 768 bis a 768 *opties* cod. civ..

<sup>55</sup> F. Magliulo, *L'apertura della successione: imputazione, collazione e riduzione*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, I, *Quaderni della Fondazione italiana per il Notariato*, 281 s..

lazione e dell'imputazione, avvenga con riferimento al loro valore al tempo dell'apertura della successione (art. 556 cod. civ., art. 747 cod. civ., art. 750, primo comma cod. civ.).

Ai fini della disciplina applicabile, sarà pertanto di indubbia importanza stabilire se l'attribuzione dell'azienda o delle partecipazioni societarie sia o meno riconducibile ad un vero e proprio patto di famiglia.

f) Azione revocatoria ordinaria e fallimentare.

La disciplina dell'azione revocatoria ordinaria (artt. 2901 e seguenti cod. civ.) varia sensibilmente a seconda che l'atto da revocare sia a titolo gratuito o a titolo oneroso.

Ancora una volta bisognerà procedere alla qualificazione giuridica dell'attribuzione<sup>56</sup>.

Nell'ipotesi in cui questa abbia i connotati della onerosità, si pone il problema se l'azione sia esperibile nei casi in cui l'attribuzione sia caratterizzata da un connotato solutorio.

Si potrebbe, infatti, sostenere che, tutte le volte in cui l'attribuzione viene effettuata dal coniuge disponente al solo scopo di adempiere all'obbligazione di mantenimento che ha nei confronti dell'altro coniuge, l'azione revocatoria non sarebbe ammissibile ai sensi del terzo comma dell'articolo 2901 cod. civ., il quale stabilisce che «non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto».

La giurisprudenza in più occasioni<sup>57</sup> ha, tuttavia, affermato l'esperibilità dell'azione revocatoria, sia in sede ordinaria che fallimentare, nelle fattispecie in esame.

In effetti, quand'anche il carattere solutorio dell'attribuzione fosse del tutto prevalente, se non esclusivo, non vi sarebbe mai una perfetta coincidenza tra il debito al mantenimento e l'attribuzione patrimoniale.

<sup>56</sup> Per tutte Cass. 10-4-2013, n. 8678, in commento: «Spetta dunque al giudice del merito, investito della domanda di inefficacia dell'atto dispositivo svolta da un terzo creditore ai sensi dell'art. 2901 c.c. (o, come nella specie, dal fallimento del coniuge disponente, ai sensi della L. Fall., art. 64), di accertare, in concreto, se l'attribuzione del cespite debba ritenersi compiuta a titolo oneroso od a titolo gratuito. E tale accertamento, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici, sfugge al sindacato di legittimità».

<sup>57</sup> Cfr. Cass. 10-4-2013, n. 8678, in commento; Cass. 23-3-2004, n. 5741, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1026; Cass. 14-3-2006, n. 5473, cit.; Cass. 26 luglio 2005, n. 15603, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 7 s.; Cass. 12-4-2006, n. 8516, cit..

Infatti, mentre l'obbligazione di mantenimento è un'obbligazione di durata avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, l'attribuzione patrimoniale, invece, ha per oggetto un bene diverso dal denaro (immobile, mobile, credito, etc.) ed estingue l'intera obbligazione con un unico adempimento.

Inoltre non sarebbe mai possibile verificare la esatta coincidenza tra l'ammontare del debito al mantenimento ed il valore dell'attribuzione patrimoniale, stante che l'ammontare complessivo del primo dipende da fattori non prevedibili al momento della separazione o divorzio, quali il permanere delle condizioni economiche dei coniugi e la durata della loro vita.

Per le ragioni sopra esposte deve ritenersi inapplicabile il terzo comma dell'art. 2901 cod. civ., che invece si riferisce all'adempimento di un debito scaduto ben determinato.

Le medesime considerazioni in ordine alla necessità di qualificare in termini di gratuità ovvero di onerosità l'attribuzione patrimoniale, *mutatis mutandis*, va fatta con riferimento alla disciplina applicabile in materia di revocatoria fallimentare, tutte le volte in cui agli artt. 64 e seguenti della legge fallimentare<sup>58</sup> viene fatta distinzione tra atti a titolo gratuito ed atti a titolo oneroso.

Con riferimento a questi ultimi, peraltro, l'art. 67 primo comma n. 2 legge fallimentare stabilisce espressamente che sono soggetti a revocatoria «gli atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o altri mezzi normali di pagamento...», quali sono, appunto, le attribuzioni oggetto della presente indagine.

Infine, e ciò vale tanto per la revocatoria ordinaria che per quella fallimentare, va precisato che secondo la giurisprudenza<sup>59</sup>, la cognizione del giudice riguarderà anche gli accordi a contenuto meramente obbligatorio raggiunti in seno al verbale di udienza o di comparizione, anche se oggetto dell'impugnazione sia stato soltanto l'atto con cui viene realizzato il trasferimento.

7.- Nella prassi è frequente che beneficiari della attribuzione patrimoniale siano, anche parzialmente, i figli.

---

<sup>58</sup> Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267.

<sup>59</sup> Cfr. Cass.13-5-2008, n. 11914, in *Guida dir.*, 2008, 27, 71 con nota di M. Piselli; in *Arch. loc.* 2008, 5, 464; in *Dir. fam.*, I, 2008, 4, 1864; in *Riv. not.*, 2009, 1, 138 con nota di M. Urselli; in *Mass. Giust. civ.*, 2008, 5, 714.; v. anche Trib. Milano, 29-1-1996, in *Fallimento*, 1996, 781, con nota di A. Figone, *Separazione consensuale, trasferimento di beni ed azione revocatoria*.

Si pensi all'ipotesi in cui un coniuge costituisca un diritto di usufrutto o di abitazione nei confronti dell'altro e trasferisca la nuda proprietà in favore dei figli; o ancora l'ipotesi in cui uno o entrambi i coniugi, riservandosi o meno l'usufrutto su beni di rispettiva proprietà esclusiva, trasferiscano la proprietà ai figli, e così via<sup>60</sup>.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità<sup>61</sup>, ha affermato che l'obbligo di mantenimento nei confronti della prole può essere adempiuto dai coniugi anche con una attribuzione definitiva di beni, piuttosto che con una prestazione patrimoniale periodica.

Tale possibilità trova il suo fondamento nel principio della autonomia contrattuale riconosciuto ai coniugi che, secondo la citata giurisprudenza, può spingersi fino al punto di consentire che l'attribuzione patrimoniale a favore della prole sia fatta a tacitazione di ogni pretesa successiva.

Resta ferma, in tale ultima ipotesi, la necessità che il giudice accerti se, nella sua concreta attuazione, un tale accordo sia idoneo ad assicurare l'adempimento dell'obbligo di mantenimento nei confronti della prole.

Di recente la giurisprudenza<sup>62</sup> ha omologato la separazione dei coniugi che contestualmente istituiscono un *Trust* a favore delle loro figlie minori,

---

<sup>60</sup> Una ipotesi particolare di accordo tra coniugi che preveda un beneficio per la prole potrebbe essere quella riconducibile al negozio di destinazione ex art 2645-ter cod. civ. (Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche). Si pensi ad un accordo con il quale un coniuge trasferisca all'altro un determinato bene e venga costituito al contempo un determinato vincolo di destinazione in favore della prole. In tale ipotesi, sarà possibile rinvenire «tanto una causa traslativa del bene - oggetto del vincolo di destinazione - a favore del coniuge, tanto una causa di imposizione del vincolo di destinazione nell'interesse della prole» (F. Galluzzo, *Crisi coniugale e mantenimento della prole: trasferimenti una tantum e art. 2645-ter c.c.*, nota a Trib. Reggio Emilia, 26-3-2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 625). Anche in tali casi, i figli minorenni o maggiorenni incapaci, non dovranno manifestare una loro accettazione rispetto al vincolo di destinazione in loro favore, nè quindi alcuna autorizzazione giudiziale sarà richiesta, stante che la fattispecie disciplinata dal citato articolo 2645 ter cod. civ., consente di realizzare l'effetto di destinazione anche a prescindere da un'espressa manifestazione del consenso dei soggetti destinatari, con evidente semplificazione della realizzazione degli effetti voluti nell'ambito della crisi coniugale.

<sup>61</sup> Cass. 23-9-2013, n. 21736, in *Dir. e Giust.*, 2013, 24 settembre, con nota di E. Viterbo; Cass. 2-2-2005, n. 2088 in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 6; in *Il civilista*, 2009, 12, 72 con nota di M. Rovacchi; Cass. 30 maggio 2005, n.11458, in *Guida dir.*, 2005, n. 38, p.52, con nota di G. Grisi.

<sup>62</sup> Tribunale di Siracusa 17-4-2013, in [www.mpotrustee.it](http://www.mpotrustee.it).

conferendovi il bene immobile, unitamente ad i relativi arredi, di cui sono entrambi proprietari, e che in sede di separazione è stato assegnato alla moglie, affinché vi coabitati con le minori<sup>63</sup>.

Va infine precisato che l'attribuzione patrimoniale in favore della prole può anche «costituire il corrispettivo del maggior onere assunto dall'affidatario (e oggi dovremmo dire: del genitore a favore del quale verrebbe previsto un assegno, pur in ipotesi di affidamento condiviso)»<sup>64</sup>.

In tutti i casi sopra esaminati, l'attribuzione patrimoniale viene effettuata con separato atto e non in seno al verbale di udienza o di separazione, essendo il figlio beneficiario estraneo al relativo procedimento, in quanto «terzo» rispetto alla separazione o divorzio.

In detto verbale il coniuge disponente assume nei confronti dell'altro coniuge, l'obbligazione di effettuare l'attribuzione patrimoniale in favore del figlio secondo uno schema che per opinione diffusa in dottrina<sup>65</sup> e giurisprudenza<sup>66</sup>, è riconducibile a quello del contratto a favore di terzo (artt. 1411 e seguenti cod. civ.).

Pertanto, il verbale di udienza conterrà un contratto a favore di terzo a contenuto obbligatorio<sup>67</sup>, mentre il trasferimento patrimoniale in favore del figlio (terzo) verrà effettuato con separato atto, normalmente a seguito della conclusione del procedimento di separazione o divorzio<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Il trust, in cui l'ufficio di trustee è affidato alla madre, ha lo scopo di salvaguardare l'essenziale soddisfacimento delle esigenze abitative delle minori, fino al completamento del loro ciclo di studi ed al raggiungimento dell'autosufficienza economica e comunque fino al raggiungimento del ventiseiesimo anno di età da parte della figlia più piccola.

<sup>64</sup> Così G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, cit., 27.

<sup>65</sup> G. Oberto, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio: il caso delle intese traslative*, cit, 25 s.; *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 150 s..

<sup>66</sup> *Cfr.* Cass. 25-9-1978, n. 4277, cit.; Cass. 21-12-1987 n. 9500, cit.; per l'ammissibilità di trasferimenti patrimoniali in favore della prole Cass. 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, I, 415.

<sup>67</sup> Lo qualifica contratto preliminare a favore di terzo Cass. 21-12-1987, n. 9500, cit..

<sup>68</sup> In ipotesi di figlio minorenni o maggiorenne incapace, nell'atto di trasferimento questi sarà rappresentato dal suo legale rappresentante (genitore non disponente o curatore speciale) e sarà necessaria la preventiva autorizzazione, rispettivamente, del Giudice Tutelare ovvero del Tribunale previo parere del Giudice Tutelare (artt. 320 e 374 cod. civ.).

Non sarà, invece, necessario manifestare una accettazione all'accordo contrattuale stipulato tra i coniugi in seno al verbale di separazione o divorzio. Secondo il meccanismo proprio del contratto a favore di terzo, infatti, l'acquisto dei diritti in capo al beneficiario avviene automaticamente senza necessità di accettazione e, pertanto, nessuna autorizzazione andrà richiesta ai sensi dei citati articoli 320 e 374 cod. civ. In particolare, a seguito dell'impegno in

Anche nelle ipotesi di attribuzioni in favore della prole si pone il problema della qualificazione giuridica.

Il trasferimento patrimoniale ben può essere ricondotto alla causa familiare sopra esaminata, in quanto giustificato da ragioni solidaristiche, esigenze soddisfattoe di obbligazioni naturali aventi fonte in doveri morali e sociali sorti nell'ambito familiare, finalità transattive, ma soprattutto dalla volontà di soddisfare l'obbligo di mantenimento gravante sui genitori (artt. 30 Cost., 147 e 148 cod. civ.), con la precisazione che quest'ultimo obbligo sussiste soltanto nei confronti dei figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti.

In tutti questi casi, pertanto, va affermato il carattere oneroso dell'attribuzione con tutte le conseguenze già esaminate con riguardo alla disciplina applicabile.

Non è peraltro da escludere che l'attribuzione patrimoniale fatta ai figli sia caratterizzata da spirito di liberalità.

Tale circostanza, ad esempio, ricorrerebbe in tutte le ipotesi in cui l'attribuzione venga fatta con il solo intento di non far concorrere su un determinato bene altri eventuali futuri legittimari (nuovo coniuge o nuovi figli del disponente) e quindi con il solo intento di evitare che si crei con gli stessi una eventuale comunione ereditaria.

Lo spirito di liberalità potrebbe essere comune ai coniugi o riferibile soltanto ad uno di essi.

La prima ipotesi, ad esempio, ricorre quando entrambi i coniugi effettuino l'attribuzione per evitare il concorso di nuovi futuri legittimari. La seconda ipotesi può ricorrere tanto con riferimento al coniuge disponente (ad esempio, quanto si vuole evitare che concorrano il suo nuovo coniuge o i suoi futuri figli), quanto con riferimento all'altro coniuge (ad esempio, nel caso in cui l'attribuzione patrimoniale sia effettuata dal disponente per adempiere al proprio obbligo di mantenimento nei confronti dell'altro e

seno al verbale di udienza o di comparizione, il figlio (terzo) acquisterà direttamente nei confronti del coniuge disponente, un diritto che potrà far valere anche ricorrendo alla esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., personalmente, se maggiorenne, o rappresentato dal suo legale rappresentante o da un curatore speciale (ex artt. 320 ultimo comma o 312 cod. civ.), se minorenni o incapace. Al contrario dell'ipotesi in cui il figlio intenda profittare della prestazione a suo favore, in quella in cui intenda invece manifestare il proprio rifiuto (art. 1411, terzo comma, cod. civ.), l'autorizzazione del giudice sarà sempre necessaria per il minorenni o maggiorenne incapace, trattandosi di atto di straordinaria amministrazione.

quest'ultimo chiede che l'attribuzione sia «spostata» sul figlio per evitare di far concorrere sul bene il proprio futuro coniuge o i propri futuri figli).

Tali circostanze sono importanti sul piano della disciplina applicabile. Nell'esempio da ultimo fatto, l'attribuzione verrà effettuata dal disponente a titolo oneroso in quanto viene effettuata con l'intento di adempiere al proprio obbligo di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge. È soltanto quest'ultimo, infatti, che «spostando» l'attribuzione a favore del figlio realizza una donazione indiretta in favore di quest'ultimo attraverso lo schema del contratto a favore di terzo.

La conseguenza, ad esempio in materia successoria, sarà che l'attribuzione in questione non sarà impugnabile con l'azione di riduzione per lesione di legittima da parte dei legittimari del coniuge disponente, in quanto l'attribuzione risulterà da lui effettuata a titolo oneroso, mentre sarà impugnabile dai legittimari dell'altro coniuge avendo solo questi realizzato una donazione indiretta a favore del figlio beneficiario.

Ma ovviamente i casi possono essere i più vari.

Si pensi al caso in cui il coniuge disponente effettui l'attribuzione per soddisfare il proprio obbligo di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge e questi chieda di «spostare» l'attribuzione in favore del proprio figlio - minorenni o maggiorenne non autosufficiente - naturale, o nato da precedente matrimonio, per soddisfare a sua volta gli obblighi di mantenimento che ha verso quest'ultimo.

In tale ipotesi, da un lato, sarà esclusa la gratuità nell'attribuzione effettuata dal coniuge disponente, in quanto soddisfattoria dell'obbligo di mantenimento verso l'altro coniuge, dall'altro, non vi sarà donazione indiretta da parte di questo al proprio figlio, in quanto l'attribuzione in suo favore è anch'essa giustificata da ragioni soddisfattorie dell'obbligo di mantenimento nei confronti di questo.

Altra ipotesi in cui potrebbe emergere lo spirito di liberalità è quella in cui vi sia una palese sproporzione tra il valore del bene trasferito e l'ammontare - presunto - dell'obbligo di mantenimento.

Questa circostanza, peraltro, è difficile da verificare stante che, come si è in precedenza evidenziato, le attribuzioni *una tantum* sono necessariamente caratterizzate da una loro quantificazione forfettaria ed aleatoria. Ciò vale anche quando si tratta di obbligazione di mantenimento nei confronti dei figli, stante che la giurisprudenza più recente<sup>69</sup> ha stabilito che l'obbligo di

---

<sup>69</sup> È consolidato in giurisprudenza l'indirizzo secondo cui i genitori restano obbligati a concorrere nel mantenimento del figlio divenuto maggiorenne qualora non abbia ancora con-

mantenimento permane a carico dei genitori fin quando il figlio non abbia raggiunto l'autosufficienza economica, a prescindere dalla sua età anagrafica.

Peraltro, in tutte le ipotesi in cui dagli accordi assunti in seno al verbale di udienza o di comparizione dovesse emergere chiaramente, se non addirittura espressamente, che l'impegno ad effettuare una determinata attribuzione al figlio è motivata da mero spirito di liberalità, si porrebbe la questione dell'applicabilità o meno del ricorso all'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. per il caso di inadempimento, stante che sia la dottrina che la giurisprudenza, quasi all'unanimità, ritengono inammissibile un preliminare di donazione<sup>70</sup>.

8.- Qualche breve riflessione va fatta in ordine alla possibilità di effettuare attribuzioni in favore di figli nati.

---

seguito un reddito tale da renderlo economicamente autonomo. Cfr. Cass. 11-12-1992, n. 13126, in *Dir. fam.*, 1993, 497; Cass. 29-12-1990, n. 12212, in *Giust. Civ.*, I, 1991, 3033; Cass. 26-1-1990, n. 475, in *Mass. Giust. Civ.*, 1990, fasc. 1. La posizione del figlio maggiorenne, che non ha ancora raggiunto, senza sua colpa, l'autosufficienza economica, si assimila pertanto alla posizione del figlio minore. In particolare, secondo la Corte: Cass. 7-5-1998, n. 4616, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 962; in *Giur. it.*, 1999, 252 con nota di G. Amato: «l'obbligo dei genitori di concorrere tra loro, secondo le regole di cui all'art. 148 c.c., al mantenimento dei figli non cessa automaticamente con il raggiungimento, da parte di questi, della maggiore età, ma persiste finché il figlio stesso non abbia raggiunto l'indipendenza economica (o sia stato avviato ad attività lavorativa con concreta prospettiva di indipendenza economica), ovvero finché non sia provato che, posto nelle concrete condizioni per poter addivenire all'autosufficienza economica, egli non ne abbia, poi, tratto profitto per sua colpa». Il diritto al mantenimento viene pertanto meno qualora il figlio sia stato posto nelle concrete condizioni per poter essere economicamente autosufficiente, così Cass. 11-3-1998, n. 2670; in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 562; Cass. 18-2-1999, n. 1353 in *Fam. e dir.*, 1999, 455; Cass. 3-12-1996, n. 10780, in *Fam. e dir.*, 1997, 247; Cass. 20-9-1996, n. 8383, in *Mass. Giust. civ.*, 1996, 1296; Cass. 2-9-1996, n. 7990, in *Fam. e dir.*, 1996, 522; Cass. 4-3-1998, n. 2392, in *Fam. e dir.*, 1998, 389.

<sup>70</sup> Le considerazioni sopra fatte, *mutatis mutandis*, varranno per i - possibili, seppur meno frequenti - casi di attribuzioni patrimoniali effettuate in favore di un terzo (si pensi alla estinzione anticipata di un mutuo bancario). Anche in tale ipotesi, attraverso lo schema del contratto a favore di terzo, l'attribuzione potrebbe avere una connotazione onerosa o gratuita. Ricorrerebbe la prima quando, ad esempio, il coniuge estinguesse un debito dell'altro coniuge, per soddisfare il proprio obbligo di mantenimento; ricorrerebbe la seconda quando l'estinzione del debito dell'altro coniuge venisse effettuata per mero spirito di liberalità nei suoi confronti.

Si pensi al caso in cui una coppia si separi dopo il concepimento di un figlio, ma prima della sua nascita, ovvero all'ipotesi in cui un coniuge intenda comunque beneficiare i figli nascituri dell'altro coniuge a prescindere dal loro avvenuto concepimento al momento della separazione o divorzio.

Senza entrare nelle problematiche relative alla capacità giuridica del concepito e, più in generale, a quella dei nascituri, ci si limita ad osservare che dalle disposizioni di cui agli articoli 1 e 784 primo comma cod. civ. si evince che saranno valide le attribuzioni effettuate dai coniugi o da uno di essi a titolo di donazione in favore dei propri figli nascituri, ancorchè non ancora concepiti.

Il problema, tuttavia, è che l'impegno a donare assunto in seno al verbale di udienza o di comparizione, non potrà essere ritenuto valido, stante la inammissibilità di un preliminare di donazione, né, conseguentemente, sarà esperibile il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. in caso di inadempimento.

Dovrebbe ritenersi invece valido l'impegno assunto da un coniuge ad effettuare una attribuzione patrimoniale in favore dell'altro coniuge, in corrispettivo della sua assunzione di un maggior onere al mantenimento del figlio nascituro, subordinatamente alla condizione della nascita dello stesso.

In tale ipotesi, infatti, l'attribuzione patrimoniale sarebbe volta ad adempiere all'obbligo di mantenimento a carico del coniuge disponente e, pertanto, non sarebbe supportata da una causa liberale, quanto piuttosto dalla causa familiare sopra definita.

Conseguentemente, una volta verificatasi la nascita, in caso di inadempimento dovrebbe ritenersi esperibile il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ.

Ad ogni buon conto, la tutela del diritto al mantenimento del figlio nascituro già concepito, potrà essere comunque esercitata sulla base dell'articolo 710 c.p.c. che disciplina la modificabilità dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi.

Il citato articolo, infatti, stabilisce che «de parti possono sempre chiedere, con le forme del procedimento in camera di consiglio, la modificazione dei provvedimenti riguardanti i coniugi e la prole conseguenti la separazione», al modificarsi delle condizioni sulla base delle quali gli accordi erano stati assunti.

Tale circostanza dovrebbe ricorrere nel caso di nascita del figlio già concepito prima della separazione.

9.- Come si è detto, la dottrina e la giurisprudenza più recenti sono concordi nel ritenere che gli accordi effettuati nell'ambito di un procedimento di separazione personale o divorzio congiunto aventi ad oggetto attribuzioni patrimoniali siano caratterizzati da una loro tipicità.

La sentenza in commento, conferma espressamente tale indirizzo, precisando che tali accordi possono «colorarsi dei tratti propri dell'onerosità o della gratuità a seconda che l'attribuzione trovi o meno giustificazione nel dovere di compensare e/o ripagare l'altro coniuge del compimento di una serie di atti a contenuto patrimoniale, anche solo riflesso, da questi posti in essere nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale», spettando «al giudice di merito investito della domanda di inefficacia dell'atto dispositivo svolta da un terzo creditore ai sensi dell'art. 2901 c.c. (o, come nella specie, dal fallimento del coniuge disponente, ai sensi della L. Fall., art. 64), di accertare, in concreto, se l'attribuzione del cespite debba ritenersi compiuta a titolo oneroso od a titolo gratuito» e «tale accertamento, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici, sfugge al sindacato di legittimità».

La sussistenza - o prevalenza - del carattere di onerosità o di gratuità negli accordi in oggetto si riduce, pertanto, ad una verifica che verrà effettuata caso per caso dal giudice di merito, adito - normalmente - da chi abbia interesse a che alla fattispecie venga riconosciuto carattere gratuito al fine di ottenere l'applicazione di norme a sé più favorevoli (ad esempio, in materia di riduzione per lesione di legittima, collazione, azione revocatoria etc.).

E tale verifica può risultare invero molto difficile.

Occorre, infatti, considerare che la separazione o il divorzio diventano l'occasione per definire tutta una serie di complessi rapporti, nei quali gli aspetti economico-patrimoniali, riconducibili all'obbligo di mantenimento o ad intenti transattivi o più in generale solutori, il più delle volte si confondono con quelli più strettamente personali ed affettivi riferibili all'intero arco della vita coniugale/familiare e rispetto ai quali non è facile stabilire se sussista o meno una connotazione economica.

È vero che la «causa familiare» che caratterizza tali accordi, di norma, è contraddistinta dalla sua onerosità, dal momento che raramente in essi sarà rinvenibile uno degli elementi tipici della donazione e precisamente lo «spirito di liberalità» o «*animus donandi*», tipicamente estranei ad un contesto - quel-

lo della separazione o del divorzio - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività.

Ed è altresì vero che non è facile stabilire se una attribuzione patrimoniale corrisponda o meno a quanto astrattamente spetti al coniuge beneficiario del mantenimento, tenuto conto che l'ammontare di questo dipende da fattori non prevedibili al momento della separazione o divorzio - quali, a tacer d'altro, il permanere delle condizioni economiche dei coniugi e la durata della loro vita - e che, pertanto, il valore di una attribuzione patrimoniale *una tantum* sarà necessariamente forfettario ed aleatorio.

Tuttavia, il carattere oneroso dell'attribuzione, magari del tutto scontato per i coniugi, potrebbe non essere percepito come tale dal giudice di merito, né potrebbe essere facile da provare - soprattutto - a distanza di tempo.

Diventa molto importante, quindi, che la qualificazione giuridica dell'attribuzione, sotto il profilo della sua onerosità o gratuità, emerga con chiarezza al momento del perfezionarsi dell'accordo.

Del resto, nella normalità dei casi, con la separazione ed ancor più con il divorzio, i coniugi hanno interesse a chiudere definitivamente gli aspetti economico-patrimoniali relativi alla propria vita coniugale, spesso con l'intento di ricostituirsi una nuova famiglia.

A seguito di un nuovo matrimonio o della nascita di altri figli, invece, ove l'attribuzione risultasse caratterizzata da gratuità, l'applicazione di taluni istituti (si pensi alla collazione, all'azione per riduzione in caso di lesione di legittima) o la diversa disciplina di altri (si pensi all'azione revocatoria ordinaria o fallimentare) potrebbero rimettere in discussione la definitività dell'assetto familiare-patrimoniale raggiunto.

Sarà, pertanto, quanto mai opportuno che i coniugi esplicitino le giustificazioni che li inducano ad effettuare l'attribuzione patrimoniale.

È evidente che, nell'ipotesi di un successivo contenzioso, tali giustificazioni andranno adeguatamente provate, altrimenti sarebbe fin troppo facile pregiudicare gli interessi di determinati soggetti (si pensi ai creditori o legittimari di uno dei coniugi), attraverso attribuzioni simulate in modo assoluto o relativo (quando, per l'appunto, l'attribuzione dissimuli una donazione o liberalità non donativa).

Tuttavia va osservato che spesso il carattere oneroso di una attribuzione sta proprio nella valutazione che di esso viene fatta dai coniugi.

Senza, per così dire, l'interpretazione autentica dei coniugi non è facile stabilire se una determinata attribuzione, ancorchè apparentemente sproporzionata rispetto a quanto astrattamente spetti al coniuge beneficiario secon-

do un calcolo basato su considerazioni puramente economiche, non sia invece pienamente giustificata in quanto rispondente ad esigenze compensative maturate in anni di vita comune, a ragioni solidaristiche, a sentimenti di riconoscenza e più in generale ad esigenze soddisfattoe di obbligazioni naturali aventi fonte in doveri morali e sociali che soltanto i coniugi, nell'intimità della vita coniugale e familiare possono conoscere, riconoscere e valutare economicamente.

Un ruolo di primaria importanza, pertanto, verrà svolto dai legali che assistono i coniugi nella redazione del ricorso di separazione e divorzio, nonché dal notaio chiamato a stipulare gli atti con i quali le attribuzioni vengono perfezionate.

Proprio attraverso un'attenta tecnica redazionale - riferita sia agli atti del giudizio, che all'atto di trasferimento dei beni - si potrà fare emergere con chiarezza la natura onerosa o gratuita delle singole attribuzioni.

Trattandosi, come è nella norma, di causa onerosa, sarà opportuno evidenziare l'esistenza di una posizione debitoria del disponente a titolo di mantenimento nei confronti dell'altro coniuge o dei figli o ad altro titolo, la volontà di adempiere in tutto o in parte all'obbligo di mantenimento o ad altre obbligazioni che verranno indicate, la volontà di integrare l'assegno di mantenimento, l'esistenza di un intento transattivo con conseguente enunciazione delle reciproche rinunzie, l'intento divisionale, i criteri economico-patrimoniali in base ai quali si è valutata la posizione debitoria del disponente, l'esistenza ed il valore di determinate obbligazioni naturali, e così via.

Ragioni di opportunità legate alla *privacy* dei coniugi, potranno indurre a far risultare quanto sopra da separata documentazione - non allegata né agli atti del giudizio, né all'atto di trasferimento - da utilizzare, ove occorra, soltanto in caso di giudizio<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> In generale, sulla questione della validità ed efficacia delle pattuizioni convenute dai coniugi prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, da ultimo Cass. 23-9-2013, n. 21736, cit., secondo la quale tali accordi configurano un contratto atipico, con propri presupposti e finalità al quale «può riconoscersi validità solo quando assicurino una maggiore vantaggiose all'interesse protetto dalla norma (ad esempio concordando un assegno di mantenimento in misura superiore a quella sottoposta ad omologazione), o quando concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o quando costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia

Tutto ciò, certamente, non precluderà al giudice di merito chiamato a pronunciarsi, di rinvenire nella fattispecie una diversa connotazione causale, ma lo aiuterà a determinare il proprio convincimento basandosi su una volontà che, pur con l'ausilio dei legali, sarà stata direttamente e concordemente espressa dai coniugi nell'ambito della loro autonomia contrattuale, della quale, salvo i casi di simulazione o di intento fraudolento nei confronti dei terzi, non possono che essere i migliori interpreti.

---

*certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c., (Cass. 24 febbraio 1993 n. 2270; Cass. 20 ottobre 2005 n. 20290)».*