1
2018

Fondazione Italiana del Notariato

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - Aut.MBPA/LO-NO/095/Abb.Postale/2016 Periodico ROC-LO/VA

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Rivista semestrale

ISSN 2611-4313

ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI DEI RAPPORTI FAMILIARI

A CURA DI SARA LANDINI E MASSIMO PALAZZO

MVLTA PAVCIS AG GIUFFRÈ EDITORE

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

2018
1

ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI DEI RAPPORTI FAMILIARI

Direttore responsabile
Antonio Delfino

Consiglio di Amministrazione

Presidente
Massimo Palazzo

Vice Presidente
Alessandro Corsi

Componenti
Roberto Barone
Lorenza Bullo
Brunella Carriero
Michele Labriola
Roberto Martino

Il Comitato scientifico della rivista coincide con quello della Fondazione

Coordinamento Editoriale
Emanuela Paolucci

Segreteria di redazione
Vally Cappelli

Proprietario
Fondazione Italiana del Notariato
Via Flaminia 160
00196 Roma

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

Stampa
Galli Edizioni S.r.l. - Varese

1

2018

Fondazione
Italiana
del Notariato

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI DEI RAPPORTI FAMILIARI

A CURA DI SARA LANDINI E MASSIMO PALAZZO

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

Introduzione

Sara Landini
Associato di Diritto privato, Università di Firenze

Massimo Palazzo
Presidente Fondazione italiana del Notariato

Nel suo intervento alla seduta della Assemblea Costituente del 6 Novembre 1946, Aldo Moro notava: «La famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una *realtà* che non può menomare né mutare».

A differenza di altri Paesi, anche simili al nostro per tradizioni e realtà sociale, nei quali i contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio sono comunemente utilizzati e pacificamente ammessi e regolamentati, la giurisprudenza italiana ha sempre manifestato, dopo l'entrata in vigore della legge sul divorzio del 1970, una "irragionevole ritrosia" – per dirla con le parole di un Maestro del diritto civile, Francesco Busnelli – a riconoscere spazio all'autonomia dei privati nello stabilire le condizioni del loro eventuale futuro divorzio, durante il matrimonio o in occasione della separazione.

Sebbene il 10 maggio 2017, con la nota sentenza n. 11504 della prima sezione civile, la Corte di Cassazione abbia mutato l'orientamento costante in tema di assegno di divorzio – individuando il criterio attributivo, non più nel pregresso tenore di vita ma, nella autosufficienza economica e dunque basando la decisione sul principio di autoresponsabilità degli ex coniugi – questo non ha, per ora, indotto il supremo Collegio a ri-meditare il consolidato orientamento volto ad affermare la nullità per illiceità della causa dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio (tra le tante, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224), malgrado alcune aperture registrate negli anni precedenti (Cass. 23713/2012; Cass. 19304/2013; Cass. 4210/2014; Cass. 18066/2014; Cass. 24621/2015) delle quali viene doverosamente dato atto nei contributi che compongono il volume.

Vi sono peraltro chiare opzioni di politica legislativa che restituiscono una realtà sociale profondamente rinnovata, rispetto al tempo in cui è sorto e si è consolidato l'atteggiamento di netta chiusura della giurisprudenza italiana nei confronti di una sistemazione autonoma del rapporto post-matrimoniale. Ciò si deve soprattutto alla legge 20 maggio 2016 recante la "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze" ed alla leggi n. 162 del 2014, che consente lo scioglimento del matrimonio attraverso la negoziazione assistita da avvocati o in via amministrativa davanti

al Sindaco e in ogni caso senza il ricorso al giudice, e n. 55 del 2015 che ha ridotto il periodo della separazione a 6 mesi/1 anno. Le predette disposizioni, nel loro complesso mostrano che il diritto di famiglia si è conformato ad una visione essenzialmente privata delle relazioni familiari tra coniugi o conviventi, spostando progressivamente l'asse portante dell'ordinamento civilistico dal primato della legge e del diritto creato dai giudici al primato della autonomia privata. Spostamento che possiamo riassumere nell' espressione di Paolo Grossi «Sempre meno Stato, sempre più società».

Tutto questo rende, per un verso, assai complesso il tema della regolamentazione preventiva ma definitiva dei rapporti post-matrimoniali; per altro verso, sollecita una ampia riflessione sugli strumenti negoziali più adatti a disciplinare una materia così delicata.

Il Notariato italiano ha una lunga e consolidata esperienza in tema di convenzioni matrimoniali e rapporti patrimoniali tra coniugi ed ha presentato, sin dal 2011, una propria articolata proposta di legge sul tema, volta a novellare il codice civile e la legge sul divorzio.

I recenti ulteriori mutamenti della realtà sociale, il consolidarsi del principio di sussidiarietà, anche nel diritto privato, introdotto nell'art. 118 Cost. nel 2001, l'evoluzione del pensiero della giurisprudenza, teorica e pratica, hanno indotto la Fondazione italiana del Notariato a promuovere una aggiornata riflessione da parte di autorevoli accademici e qualificati professionisti su questo tema complesso e articolato. Segnalando che la figura professionale del notaio, quale magistrato del contratto, parrebbe la più idonea ad assicurare una rafforzata informativa precontrattuale; un'assistenza legale indipendente e terza; adeguati strumenti negoziali volti al controllo delle sopravvenienze; un controllo preventivo sulla conformità dell'intera operazione ai precetti inderogabili dell'ordinamento civilistico.

Il volume raccoglie una serie di contributi volti a considerare i dubbi sulla validità ed efficacia giuridica dei patti pre-crisi in una prospettiva propositiva che possa offrire soluzioni facenti perno sulla mutata realtà delle comunità familiari e sulle recenti revisioni dei dogmi che hanno caratterizzato il diritto del contratto in generale nell'età post-moderna. Accanto a temi relativi alle spinte evolutive nei modelli familiari e a prospettive di "multiconiugalismo", trovano spazio temi propri del contrattualismo post-moderno come la giustizia contrattuale, le nullità, il principio *rebus sic stantibus*.

Spazio è lasciato anche all'analisi di sistemi che presentano esempi interessanti di possibili percorsi di composizione della crisi del rapporto in via preventiva e convenzionale. L'attenzione è posta in particolare alla Spagna, alla Francia e all'Inghilterra. Non mancano trattazioni sui profili fiscali e sulla tecnica

redazionale nella logica di dare risalto alla rilevanza della prassi notarile come autentica fonte del diritto e motore delle innovazioni sociali.
Nel ringraziare sentitamente gli Autori dei contributi che pubblichiamo, offriamo queste riflessioni al dibattito della comunità interpretativa, con l'auspicio che anche in Italia possa superarsi l'illuministica sfiducia verso il sociale e l'autonomia dei privati e si realizzi un autentico pluralismo giuridico, con i coniugi ed i conviventi protagonisti attivi della organizzazione giuridica, così come lo sono del mutamento sociale. Il messaggio che viene dai Padri Costituenti nei "Principi" e nella "parte prima" come si accennava sopra, è quello di un ordine giuridico plurale, perché non più specchio di un potere, bensì della complessità della società sorpresa nella sua pluralità.
Il vecchio statalismo ha ceduto il passo a uno Stato sociale tendente a valorizzare la naturale complessità del sociale. E per il civilista il pluralismo si concretizza soprattutto in un rinnovato assetto delle fonti del diritto e significa pluralismo di fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, secondo la efficace immagine della *rete*, in luogo della decrepita *piramide* kelseniana.

Indice

ANDREA FUSARO
La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio 7

GIACOMO OBERTO
Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia 33

ANNA CARLA NAZZARO
Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità 83

ROSARIO FRANCO
L'autonomia negoziale nel governo della crisi familiare: spinte evolutive e persistenti resistenze 97

VERA TAGLIAFERRI
Negozi familiari in vista di separazione e divorzio 175

ROBERTA MONTINARO
Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale 209

SARA LANDINI
Accordi in vista della crisi, principio rebus sic stantibus *e clausole di rinegoziazione* 241

MASSIMO PALAZZO
Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale 255

ANTONIO GORGONI
Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare 291

RAFFAELE LENZI
La successione mortis causa *del convivente* 315

MARCO RIZZUTI
Patti prematrimoniali, divorzi privati e "multi-coniugalismo" 337

ADRIANO PISCHETOLA
Rilevanza fiscale della negozialità connessa alla crisi dei rapporti familiari 355

JOSÉ RAMON DE VERDA Y BEAMONTE
Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española 379

MARIA DEL CARMEN CAZORLA GONZÀLEZ SERRANO
Funcionamiento de los acuerdos prematrimoniales en España 429

ILARIA GIANNECCHINI
I premarital agreements *nell'ordinamento inglese: tra l'evoluzione della* common law *e i silenzi del legislatore* 453

CATERINA SILVESTRI
Il contrat de mariage *in Francia e la circolazione UE degli accordi prematrimoniali* 485

ENRICO M. SIRONI
Note per una disciplina positiva degli accordi prematrimoniali 507

La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio

Andrea Fusaro
Notaio in Genova
Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Genova

I contratti prematrimoniali rivolti a prefigurare le conseguenze economiche della crisi coniugale, laddove ammessi, assumono contenuti compositi e schemi negoziali differenti a seconda del Paese dove vengono conclusi. L'analisi del trattamento riservato nei vari ordinamenti evidenzia una tradizionale accoglienza positiva in ambito nordamericano e tedesco, recenti aperture inglesi, a fronte della tendenziale chiusura esibita dai sistemi *civil law*.

The prenuptial agreements called to prefigure the economic consequences of marital crisis, where allowed, acquire complex contents and different negotiation scheme depending on the Country where they are stipulated. The analysis of the treatment reserved in the various systems shows a traditional positive embrace in the North America and Germany, recently also in England, compared to the tendential closure exhibited by the civil law systems.

Sommario: 1. Il fenomeno. – 2. Sistemi di *common law*. – 2.1. Stati nordamericani. – 2.2. Inghilterra. – 3. Sistemi di *civil law*. – 3.1. Francia. – 3.2. Germania. – 4. Convergenze e divergenze tra *civil law* e *common law*. Il prisma del diritto internazionale privato. – 5. Riepilogo.

1. Il fenomeno

Negli ultimi anni si registra una crescente attenzione nei confronti dei contratti prematrimoniali[1], in specie di quelli rivolti a prefigurare le conseguenze

[1] Approfondite analisi sono offerte da G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, nella serie di CENDON (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 1999, 485 ss.; ID., *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, 617 ss., nonché V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003.

economiche della crisi coniugale[2], la cui diffusione viene segnalata in ordinamenti di *common law*[3] (Stati americani e, di recente, anche nel diritto inglese[4]) e in Germania, mentre nel nostro risultano osteggiati[5].

2. Sistemi di *common law*

Nel film "Prima ti sposo poi ti rovino"[6] il protagonista[7] è un abile avvocato divorzista di Los Angeles ideatore dell' "Accordo Massey", un patto che non consente ai coniugi che si separano di rivendicare alcunché del patrimonio della parte più ricca. Costui si mette contro un'arrampicatrice sociale, facendole perdere la causa contro il marito, impedendole la spartizione delle sue proprietà; lei decide allora di vendicarsi, inscenando un finto matrimonio con un falso facoltoso petroliere texano ed il conseguente divorzio fa sì che l'avvocato, ormai perdutamente innamorato, la creda miliardaria. Grazie alla sapiente macchinazione di lei, i due poi si trovano a Las Vegas, dove nasce l'amore e si sposano, dopo aver sottoscritto un contratto prematrimoniale che lei tuttavia strappa durante la prima notte di nozze, al fine di rendere tutta la messinscena ancora più credibile. Il giorno dopo lui scopre che la moglie è poverissima e che per tanto tempo ha portato avanti un piano diabolico per incastrarlo. L'avvocato cerca quindi di riprendersi il patrimonio, arrivando quasi all'assassinio della rivale, pur essendone ancora innamorato.

Al giurista pratico italiano, avvertito circa le regole consolidate in tema di risvolti economici della crisi coniugale, probabilmente la visione di quel film ha sollecitato la riflessione circa la distanza tra il contesto americano ed il nostro, dove accordi del genere non tratterrebbero il giudice dall'assumere provvedimenti di contenuto patrimoniale in sede di separazione o divorzio. Al

---

[2] L.BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001.

[3] A. FUSARO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in ALPA - CAPILLI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, 53 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, vol. II, cit., 229 ss.; G. OBERTO, *La comunione coniugale nei suoi profili di diritto comparato, internazionale ed europeo*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 367 ss.

[4] Caso *Granatino Radmacher (formerly Granatino) v Granatino* [2010] UKSC 42.

[5] G. OBERTO, *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. e pers.*, 2003, 535.

[6] Titolo originale: *Intolerable Cruelty*. Regia: Joel Coen 2003. Attori principali: George Clooney, Catherine Zeta Jones.

[7] Impersonato da George Clooney.

pari di molti altri, questi luoghi comuni veicolano una percentuale di verità, ma mescolata ad alcune inesattezze, che – così diluita – la contaminano fortemente. Il filtro adatto alla depurazione è l'arsenale di strumenti utilizzati per la comparazione giuridica.
Il panorama degli ordinamenti di *common law* appare – come spesso – composito, mostrando uno sfasamento tra quelli dei singoli stati americani e di altre giurisdizioni (tra cui l'Australia), favorevoli ai patti prematrimoniali, da un lato, e l'Inghilterra invece tradizionalmente ostile, sino alla recente apertura con il noto caso *Radmacher v Granatino*, dall'altro.

2.1. Stati nordamericani

La diffusione dei contratti prematrimoniali in USA[8] si lega all'introduzione del divorzio senza colpa (c.d. *no fault divorce*)[9]. In passato i giudici americani li osteggiavano, eccependo la loro attitudine a pregiudicare la serietà del consenso matrimoniale[10], ma ormai sono riconosciuti in tutti i singoli Stati, anche se la loro vincolatività è variamente valutata[11].
I contratti prematrimoniali hanno attitudine ad operare rispetto agli obblighi di mantenimento scaturenti dal divorzio, al regime patrimoniale secondario, alla regolamentazione della successione ereditaria[12]; quindi sono tre i versanti coinvolti, altrettanti i comparti da osservare, evitando di cedere all'inerzia

[8] Il lettore italiano può contare su una letteratura abbondante ed accurata in materia, nel cui ambito si segnalano G. GIAIMO, *I contratti paramatrimoniali in* commom law, Palermo, 1997, 98 ss.; G. OBERTO, "Prenuptial agreements in contemplation of divorce"*, e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ*., 1999, II, 171; M.R. MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in FERRANDO (diretto da), *Separazione e divorzio*, vol. I, Torino, 2003; F. CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Milano, 2011.
[9] M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 1987; M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law. State, Law and Family in the United States and Western Europe*, Univ. Chicago Press, 1989, ediz. 1989, 148 ss.; L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven: Yale University Press, 2002, 430 ss.; S.N. KATZ, *Family Law in America*, New York, 2003, 82 ss. Al lettore italiano si offrono le voci di G. BADIALI, *Divorzio*, V, Diritto comparato e straniero, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989; G. AUTORINO STANZIONE, *Divorzio in diritto comparato*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1990, 497
[10] I precedenti sono riepilogati da F. CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, cit., 26 ss.
[11] Si rinvia il lettore italiano all'approfondita ricerca di E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir*., 2005, 54 ss.
[12] H.D. KRAUSE - L.D. ELROD - M. GARRISON & J.T. OLDHAM, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, Thomson West, St. Paul MN (2007), 163 ss.

interpretativa che talora esaurisce la rilevanza del fenomeno negoziale sul primo fronte. Allo scopo occorre rischiarare lo sfondo, attingendo – se non ai tratti caratterizzanti la concezione della famiglia e del matrimonio, come pure sarebbe opportuno, ma richiederebbe una ricerca i cui esiti non sarebbero qui compendiabili[13] – almeno al quadro della disciplina vivente, circa i rapporti patrimoniali tra coniugi e la successione ereditaria.

Invero, per cogliere la portata di questi accordi rispetto al secondo fronte occorre ricordare che in alcuni Stati nordamericani vige il regime della comunione – che replica il modello diffuso nella tradizione civilistica[14]-, che è invece assente in altri nei quali al giudice è affidata la facoltà di attuare la redistribuzione del patrimonio[15], a somiglianza di quanto si osserva nel diritto inglese, dove altrettanto accade in materia successoria, in luogo delle regole che compendiano la cosiddetta quota necessaria[16]. Gli accordi prematrimoniali negli Stati ove è contemplata la comunione valgono come opzione per la separazione, mentre in quelli ove vige la *Equitable distribution* rappresentano un limite ai poteri discrezionali della corte.

La materia non è, ovviamente, federale e difetta alcuna legge uniforme. L'avvicinamento dei diritti è assecondato dallo *Uniform Premarital Agreement Act*[17], che è stato fatto proprio da molti Stati ancorché con adattamenti, nonché dei *Principles of Family Law on Dissolution*[18], i quali dettano regole convergenti sotto molti aspetti. Si registra, nondimeno, una varietà di discipline, non coincidenti neppure tra i nove Stati che conoscono la comunione dei beni[19]; inoltre difetta uniformità tra gli orientamenti delle Corti Statali, le quali seguono orientamenti affatto peculiari, non esitando a dichiarare illegittimo il patto concluso in altro Stato, ancorché attuatore di quel modello[20].

[13] Si rinvia ai contributi raccolti nel volume collettaneo *The Marriage*, Milano, 1998, ove il diritto americano è trattato da M.S. MELLI, *Marriage and divorce in the United States*, ivi, 465 ss., mentre quello italiano da L. BARBIERA, *Rapporto italiano sul matrimonio*, ivi, 255 ss.

[14] Per la cui illustrazione si rinvia a L. BARBIERA, *La comunione legale*, Bari, 1997.

[15] Si segnala l'utile tabella di F. GALGANO, *Atlante di diritto comparato*, Bologna, 1993, 163 ss.

[16] Rinvio al mio lavoro *Il diritto successorio inglese e il* trust, in *Notariato*, 2010, 5, 559 ss.

[17] Redatto dalla *Uniform Conference of Commission on Uniform State Laws* e pubblicato nel 1983, consta esser stato adottato in ventisei stati (in California agli artt. 1600 e seguenti del *Family Code*), sebbene con variazioni, ma risulta esser tenuto presente in tutti.

[18] Pubblicati nel 2002 dall'*American Law Institute*.

[19] Neppure è scontato che l'accordo perfezionato in uno Stato dove vige la comunione – diretto ad escluderla – rivesta attitudine ad operare corrispondentemente rispetto alla distribuzione attuata dal giudice, e viceversa, cosicché alle coppie caratterizzate da mobilità domiciliare o pluralità di residenze si consiglia l'adozione di più accordi, corrispondenti ai diversi contesti.

[20] In assenza di scelta della legge – tipicamente in favore di quella dello stato della celebrazione del matrimonio – si applica quella del luogo del divorzio.

È, nondimeno, individuabile un nucleo di disciplina condiviso, ricomprendente la forma (necessariamente scritta) e la delimitazione dell'oggetto, rispetto al quale si esclude comunque la vita sessuale, la fede religiosa, nonché l'affidamento della prole, precludendosi ogni impegno riguardante i figli, considerando indisponibile il loro interesse[21]. Gli accordi devono conformarsi ai requisiti pretesi per gli altri contratti[22], ma la libertà di scelta è accuratamente presidiata; per la validità di un *prenuptial agreement* si richiedono per lo più: la volontà; la trasparenza sulle risorse rispettive; la piena consapevolezza; la forma scritta e la sottoscrizione. È richiesta – ancorché non a pena di nullità – una consulenza giuridica preliminare resa da un soggetto indipendente[23]; sembra sopravivere, infine, uno sfavore nei confronti dei patti conclusi successivamente al matrimonio.

Il loro contenuto non è costante: oltre che dei profili alimentari e delle conseguenze patrimoniali del divorzio, talora si occupano anche dei diritti successori in guisa di "*contract to make a will*", a fianco oppure in sostituzione delle pretese sulla casa familiare, della designazione come esecutore testamentario.

Sono ritenute vincolanti tutte le rinunce in materia patrimoniale, in ordine sia alla condivisione degli acquisti perfezionati durante il matrimonio, sia gli assegni alimentari, tranne ipotesi particolari o limiti; tra queste ultime, la configurazione atta ad incentivare il divorzio – ravvisata ad esempio qualora sia garantito un cospicuo *una tantum* – od al contrario a disincentivarlo, attraverso l'imposizione di penali[24], oppure l'abbandono incondizionato di ogni sostegno economico, tale da esporre un coniuge alla necessità di domandare l'accesso al programma di assistenza pubblica[25].

[21] L'introduzione di un termine finale di efficacia – sebbene non prevista dallo Upaa (*Uniform Premarital Agreement Act*) – è generalmente consentita ed anzi in alcuni stati è implicita; in altri è collegata alla nascita di un figlio (H.D. KRAUSE - L.D. ELROD - M. GARRISON & J.T. OLDHAM, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, cit., 231.

[22] È, tuttavia, degna di nota la disapplicazione del requisito della "*consideration*" ad opera di molte leggi statali, riservando ai patti prematrimoniali una posizione separata nel panorama dei contratti, ammettendo la validità di rinunce senza contropartita. Inoltre le corti verificano l'effettiva attuazione del contenuto del patto: qualora risulti sistematicamente disatteso durante la vita matrimoniale, di esso non si tiene conto nell'ambito della crisi (H.D. KRAUSE - L.D. ELROD - M. GARRISON & J.T. OLDHAM, *Family Law: Cases, Comments, and Questions*, cit., 234 ss).

[23] In California, qualora il testo sia redatto dal legale di una parte, occorre concedere all'altro il tempo per analizzarlo.

[24] Neppure sono ammesse penali per infedeltà od uso di droghe.

[25] Upaa. Sect. 6. Enforcement. «… (b) *If a provision of a premarital agreement modifies or eliminates spousal support and that modification or elimination causes one party to the agreement*

2.2. Inghilterra

Il diritto inglese ha ricevuto il modello dagli stati americani, ma anche da sistemi di *civil law*, anzi verrebbe da dire soprattutto da questi ultimi alla luce del *leading case Radmacher v Granatino* – più avanti illustrato – nel cui testo[26] si guarda proprio agli altri paesi europei. Anche in Inghilterra il patto prematrimoniale può rivestire le tre valenze sopra illustrate a proposito dell'ambiente americano; peraltro qui è del tutto assente – almeno sul piano legislativo – il regime della comunione, cosicché difetta il ruolo di opzione per la separazione dei beni (occorre, tuttavia, considerare che, a seguito di un'importante decisione del 2001[27], la distribuzione divorzile è tendenzialmente egalitaria, come sarà oltre illustrato).

Questo ordinamento è caratterizzato – per un verso – da un atteggiamento statalista, e – per altro – dall'assenza di regole di fonte legislativa che (replicando il modello della comunione) presiedano alla distribuzione della ricchezza accumulata in costanza di matrimonio. Alla giurisdizione è assegnata competenza esclusiva a decidere in materia e grande onore circonda i vasti poteri attribuiti in sede di definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi – c.d. *ancillary relief* – in ipotesi sia di nullità del matrimonio sia di divorzio[28]. Fonte legislativa è la *Section* 23 del *Matrimonial Causes Act* 1973, che affida alla Corte ampia discrezionalità riguardo la divisione dei beni tra i coniugi in sede di divorzio senza invitarla a tener conto di accordi prematrimoniali[29].

Su questo sfondo a tali intese è stato tradizionalmente negato valore vincolante[30], escludendosi – come affermato dalla pronuncia resa negli anni venti dalla *House of Lords*[31] – che un patto stipulato prima delle nozze precluda l'attribuzione di un assegno in sede di divorzio; la motivazione poggiava sia sulla considerazione per cui l'obbligo del mantenimento presidia non solo il coniuge, ma anche quanti siano in contatto con lo stesso, sia sull'asserita contrarietà all'ordine pubblico (*public*

---

to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, notwithstanding the terms of the agreement, may require the other party to provide support to the extent necessary to avoid that eligibility».

[26] Per bocca di L.J. Thorpe.

[27] *White v White* [2001] 1 A.C. 596.

[28] Nonché di rottura di una "*civil partnership*". L'atto che prevede l'attribuzione di ampi poteri decisori in capo ai giudici in materia di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio è il *Matrimonial Causes Act*, varato dal Parlamento nel 1973.

[29] Salvo farli rientrare nel riferimento alla "condotta" in conformità alla *section* 25(2)(g) dell'*Act*.

[30] N. LOWE, *Prenuptial agreements: the English position*, in InDret, vol.1, 2008, 1.

[31] *Hyman v Hyman* (1929) AC 601.

policy) dell'esclusione della giurisdizione statale. Gli accordi prematrimoniali sono stati conseguentemente disapplicati, ad esempio liquidando assegni di mantenimento in misure diverse da quelle concordate[32]. Tale costanza risulta interrotta in un caso[33] non lontano, in cui di un accordo prematrimoniale si tenne conto nella scelta della giurisdizione, sebbene al momento della conclusione fosse mancata l'assistenza legale, diversamente ritenuta un requisito di validità dell'*agreement*[34]. Questa tendenza sembra sovvertita dall'ormai notissimo caso *Radmacher v Granatino*, la cui lettura dev'essere tuttavia preceduta dall'illustrazione della decisione resa nel 2000 dalla *House of Lords* in *White v White*, assurta a ruolo di *leading case* in materia di sistemazioni patrimoniali divorzili. Il caso coinvolgeva una coppia[35] con un patrimonio di oltre quattro milioni e mezzo di sterline, quindi sovrabbondante rispetto al soddisfacimento delle rispettive necessità; nondimeno fu escluso che ciò precludesse l'adozione di provvedimenti in materia patrimoniale, assumendo che, al contrario, nei "*big money cases*" il giudice deve intervenire, avendo cura di riferirsi alle risorse dei rispettivi patrimoni, piuttosto che ai bisogni[36]. L'intenzione di formulare soluzioni applicabili in generale agli *ancillary relief* emerge dalle parole di Lord Nicholls con cui assumeva la necessità che il giudice, a prescindere dalla

[32] In *Miller v Miller* (2006) UKHL 26 la *House of Lords* ha riconosciuto alla moglie un assegno assai superiore a quanto era stato preventivamente concordato col marito. Peraltro si trattava di un caso – affrontato anche in altre giurisdizioni – in cui l'accordo patrimoniale, limitativo delle ppossibili pretese della moglie, le era stato imposto quale condizione per la celebrazione delle nozze in stato di gravidanza procurata dal futuro marito.

[33] *Ella v Ella* (2007) EWCA Civ 99, (2007) 2 FLR 35 dove le parti – con doppia cittadinanza, inglese ed israeliana – avevano indicato il giudice israeliano per il caso di divorzio, con designazione che la corte inglese adita ritenne vincolante.

[34] A. MAIETTA, *Gli accordi prematrimoniali e gli accordi di convivenza. Nel diritto italiano e negli altri ordinamenti*, in *www.dirittoeprocesso.com*, rivista giuridica on line, 2010, 2.

[35] Martin White e Pamela White.

[36] I coniugi White, che si erano sposati nel 1961, erano entrambi agricoltori prima del matrimonio e proseguirono collaborando alla gestione della fattoria in Blagroves, che ampliarono acquistando in comunione ulteriori terreni. A seguito della crisi coniugale deflagrata nel 1994, la moglie agì per ottenere il divorzio, domandando che il giudice disponesse (*ancillary relief*) la cessione della sua quota della fattoria al marito a fronte del versamento di duemilioniduecentomila sterline. Il Tribunale stimò la fattoria quattromilioniseicentomila sterline, dei quali unmilionecinquecentomila competevano alla moglie; inoltre, attraverso la capitalizzazione del reddito a lei occorrente, nonché della disponibilità idonea a consentirle di procurarsi una casa, le riconobbe una somma (*lump sum*) di ottocentomila sterline a stralcio (cean *break basis*). La moglie appellò, lamentando – tra l'altro – l'insufficiente peso attribuito alla durata, intensità, tipologia, diversità e valore dei suoi contributi al menage, invocando – sulla base dei criteri indicati dalla *section* 25 del *Matrimonial Causes Act* 1973 – una percentuale pari al 40% del valore. La *Court of Appeal*

consistenza patrimoniale, realizzi la *distribution of assets* tenendo presente "*the yardstick of equality of division*"; ciò non per introdurre una presunzione di eguaglianza, ma "*to ensure the absence of discrimination*", ad esempio tra il coniuge percettore di reddito da lavoro e quello dedito alla cura della famiglia e della casa (il valore economico della cui prestazione viene così riconosciuto[37]).
Successivamente alla decisione *White v White*, la giurisprudenza ha operato significative precisazioni riguardo alla portata ed alle modalità dell'equa divisione dei beni ai coniugi al momento del divorzio[38].
La *House of Lords* è poi ritornata ad occuparsi di questo tema decidendo sulle impugnazioni delle decisioni rese dalla *Court of Appeal* in *Miller v Miller* ed in *McFarlane v McFarlane*[39], a proposito della rottura rispettivamente di un matrimonio durato meno di tre anni, da cui non era nata prole, laddove il marito era molto facoltoso ed aveva dato causa alla crisi, e di un altro durato sedici anni, con tre figli, tra coniugi entrambi in origine percettori di reddito elevato, sino a che convennero che la moglie sarebbe rimasta a casa per occuparsi della famiglia.
La sentenza si diffonde sui principi generali applicabili alla divisione del patrimonio a seguito del divorzio, denunciando la flessibilità del diritto inglese sugli *ancillary relief*, e segnalando la necessità di maggiore certezza e di predibilità delle decisioni, anche per agevolare le sistemazioni pattizie. Quale criterio decisionale viene indicata la considerazione non solo dell'interesse della prole, ma anche delle necessità finanziarie presenti e future delle parti, nonché dell'indennizzo atto a compensare significative future disparità economiche tra le parti, conseguenti all'impostazione della vita matrimoniale, infine del principio dell' "*equal sharing*", pur enfatizzando che lo "*yardstick of equality*" dev'essere inteso quale elemento integrativo e non come la regola base.
Lord Nicholls considera che le contribuzioni 'speciali' apportate da un coniuge dovrebbero giustificare lo scostamento dalla divisione paritaria solo se diversamente l'esito fosse iniquo; la Baronessa Hale circoscrive la rilevanza degli

le riconobbe una somma di un milione e mezzo di sterline, sulla base del suo contributo alla conduzione della fattoria ed alla famiglia.

[37] Come già segnalato ed analizzato da parte di E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 991 ss.

[38] E. AL MUREDEN, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Milano, 2007, 125 ss.

[39] [2006] UKHL 24. Questa la composizione della Corte (la cui decisione è stata resa il 24 maggio 2006): Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Hoffmann, Lord Hope of Craighead, Baroness Hale of Richmond and Lord Mance Le sentenza appellate erano [2005] EWCA Civ 984 (Miller), e [2004] EWCA Civ 872 (McFarlane).

apporti eccezionali a quelli rivolti al benessere della famiglia, escludendola a quelli relativi alla salute. Alla domanda se tutti i beni della coppia, comunque ed in qualsiasi momento acquisiti, debbano essere considerati come '*matrimonial property*' per farli rientrare nella divisione paritaria, viene risposto che dipende dalle circostanze del caso[40]. Rivestono una particolare considerazione i beni rientranti nella "non *matrimonial property*", in specie quelli appartenenti a ciascun coniuge anteriormente al matrimonio e quelli pervenuti per successione ereditaria.

La giurisprudenza successiva a *White v White* ha avuto modo di precisare che questi beni sono sottratti alla divisione paritaria (*sharing principle*), che si applica esclusivamente alla *matrimonial property*; essi possono solamente essere presi in considerazione alla stregua di una risorsa cui attingere per soddisfare eventuali esigenze di mantenimento della parte economicamente debole. La distinzione tra i beni compresi nella *matrimonial property* e soggetti alla divisione paritaria (*sharing principle*), da un lato, e gli altri, che possono venire in considerazione solo come risorsa da imputare al mantenimento del coniuge economicamente debole, dall'altro, è stata ulteriormente ribadita nella decisione relativa al divorzio del cantautore Paul McCartney[41] laddove l'enorme patrimonio del marito – interamente accumulato prima del matrimonio – non è stato diviso in parti uguali in applicazione dello *sharing principle* e cionondimeno da esso è stato prelevato il necessario a liquidare *una tantum* quanto dovuto alla moglie a titolo di mantenimento.

Su questo sfondo si colloca il caso *R v G*, che vedeva la ricca ereditiera tedesca signora Radmacher contrapposta al coniuge francese Granatino. Prima di sposarsi, i due avevano concluso in Germania un contratto matrimoniale, con cui il marito aveva rinunciato ad ogni pretesa finanziaria in caso di separazione. La loro vita fu radicata in Inghilterra, per oltre venticinque anni, durante i quali nacquero due figlie; pochi anni prima della crisi, il marito aveva lasciato un'occupazione molto remunerativa per dedicarsi al conseguimento di un dottorato universitario (in biotecnologie), situazione da cui conseguì una

[40] L'appello del marito in Miller fu respinto, mentre quello della moglie in McFarlane fu accolto, sulla scorta di una motivazione contenente prese di posizione assai puntuali. Nel primo caso fu criticata l'attribuzione di peso alla responsabilità del marito circa la crisi coniugale, assumendone l'estraneità rispetto ai requisiti elencati dalla *section* 25(2) (g) del *Matrimonial Causes Act* 1973 («...(g)*the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it*»).

[41] E. AL MUREDEN, *Il divorzio di Paul McCartney ed Heather Mills. I diritti del coniuge debole in una emblematica decisione inglese e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2008, 843 ss.

notevole decurtazione dei suoi introiti; per contro, la moglie aveva ereditato una fortuna (un pacchetto azionario valutato oltre cento milioni di sterline) in morte del padre.

In primo grado al signor Granatino furono riconosciuti quasi sei milioni di sterline, poiché la *High Court* tenne conto solo in parte della sua rinuncia contenuta nel patto, sulla scorta di numerosi argomenti: era mancata alcuna consulenza legale prodromica; inoltre, la moglie aveva omesso la preventiva illustrazione ("*disclosure*") delle proprie risorse; ancora, non vi era prova di alcuna trattativa; poi, non sarebbe stato corretto ritenere il marito vincolato a quel contenuto; infine, la nascita dei figli aveva cambiato lo scenario. Nondimeno fu dato atto che sia in Germania sia in Francia il contratto sarebbe stato ritenuto vincolante in modo da precludere al marito ogni pretesa finanziaria. La signora Radmacher impugnò la decisione della *High Court* alla *Court of Appeal*, la quale – per bocca del Lord Justice Mathew Thorpe – ridusse la somma liquidata a favore del signor Granatino in luogo del mantenimento, riconoscendogli ulteriori due milioni e mezzo per acquistare un'altra casa, da restituire alla moglie al compimento dei ventidue anni da parte dell'ultimo figlio. Dell'accordo prematrimoniale fu tenuto conto osservando che, sebbene il signor Granatino non avesse ricevuto alcuna consulenza giuridica preventiva ed indipendente, avrebbe potuto procurarsela; inoltre, che il caso aveva elementi di "internazionalità" e il diritto inglese avrebbe dovuto ridurre le occasioni di distanza con gli altri europei, dove i contratti matrimoniali sono diffusi.

La sentenza della *Supreme Court* ha portato chiarezza nel trattamento dei *pre-nuptial agreements*, muovendo dalla sottolineatura della distanza tra l'Inghilterra ed il resto dell'Europa continentale, enfatizzando che, nonostante gli esiti di decisioni precedenti[42] potessero aver prodotto un avvicinamento con il regime della comunione, la discrezionalità giudiziaria esercitata in seno alla crisi coniugale impedisce l'equiparazione ad un regime patrimoniale. Di qui si è tratto spunto per escludere la contrarietà dei *pre-nuptial agreements* alla *public policy*, invitando le Corti a tenerne conto, al pari di ogni altra circostanza rilevante, nell'esecizio della propria discrezionalità, quindi senza ritenersene vincolate ed anzi potendo anche prescinderne per precisi motivi, in particolare per difetto di '*fairness*'. Vengono tratteggiati i presupposti per la vincolatività dei patti, precisando che entrambi i coniugi devono sapere che l'*agreement* è vincolante; essere consapevoli delle implicazioni; aver ricevuto tutte le informazioni essenziali; aver compreso che il *pre-nuptial agreement* è destinato

[42] *White v White*, cit.

a governare le conseguenze finanziarie dello scioglimento del matrimonio. Insomma, se una coppia conclude un *prenup* in assoluta libertà, senza "*undue influence*" o "*pressure*" e nella consapevolezza delle implicazioni, usufruendo delle informazioni essenziali per maturare la decisione, la corte dovrà dar corso al contenuto, salvo esso appaia "*unfair*", sulla base di elementi chiave quali (seguendo i principi messi a punto nei casi guida sopra segnalati[43]) i bisogni di un coniuge, oppure l'indennizzo per i sacrifici compiuti durante il matrimonio od il pregiudizio per i figli.

La *Supreme Court* ritenne che in quel caso l'*agreement* era stato liberamente concluso ed entrambi i coniugi ne avevano colto le implicazioni, cosicché meritava accantonarlo solo rispetto ai figli. Allargandosi ulteriormente, la decisione enfatizza il necessario rispetto dell'autonomia privata, osservando che sarebbe paternalistico ed invasivo neutralizzare l'*agreement* soltanto perché '*the court knows best*'. Essa sottolinea piuttosto l'utilità e l'importanza dei *pre-nuptial agreements* in relazione alla sorte dei beni non matrimoniali; ancora, indice che quanto più breve sarà la durata del rapporto, tanto maggiore risulterà la stringenza delle condizioni pattuite; mentre le parti non dovrebbero essere vincolate da un *pre-nuptial agreement* superato dal passare del tempo. In conclusione, la *Supreme Court* ha confermato che, sebbene le corti conservino discrezione nel determinare l'assetto economico del divorzio, se le parti hanno concluso un *pre- or post-nuptial agreement* non vi è ragione per negare loro il diritto a vederlo applicato, salvo ciò risulti *unfair*[44]. Le implicazioni di tale decisione sono importanti. Intanto essa ha incoraggiato le coppie a stipulare patti prematrimoniali, specialmente in presenza di disparità economica; poi ha assegnato rilievo ai contratti siglati in altri Paesi, da coniugi successivamente trasferitisi in Inghilterra (talora in ragione della sua reputazione di '*divorce capital of the world*'), in quanto sistema elettivo per radicare questi procedimenti. Come ha statuito la Baronessa Hale: «*there is not much doubt that the law of marital agreements is a mess. It is ripe for systematic review and reform*». Perciò la *Law Commission* ha avviato un progetto di riforma, difffondendo nel gennaio 2011 un poderoso testo rivolto alla consultazione pubblica (*Consultation Paper*)[45].

[43] *White v White*, cit, e *Miller/McFarlaneMcFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24.

[44] Al fine di circoscrivere la nozione di '*material information*' da acquisire prima della stipula e tutelare la vincolatività di un *pre-nuptial agreement* in Inghilterra, è altamente raccomandabile la preventiva acquisizione di autonoma consulenza legale e l'illustrazione delle circostanze rilevanti.

[45] *The Law Commission. Consultation Paper No 198. Marital Property Agreements.*

3. Sistemi di *civil law*

Regole sostanziali sui rapporti patrimoniali tra coniugi difficilmente mancano nei sistemi appartenenti alla tradizione di *civil law*, dove – nei codici civili – si rinvengono discipline sia sulla comunione dei beni (variamente modellata), sia sulla separazione, riservando alla prima il ruolo di regime legale, ossia operante in difetto di diversa opzione[46]. Il giudice non svolge, quindi, alcun ruolo nella distribuzione delle risorse accumulate in famiglia, se non decidendo sulle istanze in tema di alimenti e mantenimento, che può soddisfare non solo tramite il riconoscimento di assegni periodici, ma anche attraverso l'attribuzione di cespiti, in via concorrente o – più spesso – sostitutiva dell'obbligazione pecuniaria. Non si rinviene, tuttavia, costanza di attegiamento nei confronti della predeterminazione convenzionale delle conseguenze economiche della crisi coniugale.

È, altresì, caratteristica dei sistemi di *civil law* la presenza, nell'ambito delle successioni a causa di morte, di regole configuranti la c.d. legittima, di cui beneficia il coniuge, ancorché vari l'oggetto del diritto assegnatogli (usufrutto o proprietà). I singoli ordinamenti riservano, invece, discontinua accoglienza ai patti successori, vietati nella tradizione francese, consentiti in quella tedesca[47].

3.1. Francia

In Francia la situazione è simile alla nostra, quanto all'ammissibilità delle convenzioni matrimoniali di separazione dei beni e non degli accordi sul mantenimento; nonché al divieto dei patti successori. Tuttavia in quell'ordinamento attraverso le convenzioni è consentito l'esercizio di maggior autonomia, di cui consta venga fatto largo uso; inoltre la *prestation compensatoire* divorzile[48] è tendenzialmente definitiva, ossia non possono più essere avanzate domande di integrazione, se non adducendo mutamenti imprevedibili[49].

---

[46] Rinvio al mio lavoro *Sistemi di comunione dei beni e sistemi a separazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 99.

[47] Profilo che ho diffusamente illustrato in *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, cit., 427 ss.

[48] Art. 270, 2 c., *Code civil*: «*L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge*».

[49] Art. 275, 2 c., *Code civil*: «*Le débiteur peut demander la révision de ces modalités de paiement*

Il *Code Civil* ha permesso la stipula di convenzioni durante il matrimonio, attraverso le quali derogare alla divisione paritaria dei beni, in caso di scioglimento del vincolo coniugale, ma l'orientamento in passato giurisprudenziale prevalente non consentiva l'attribuzione dell'intera massa in caso di divorzio.
Tale impostazione si è riflessa sia sugli accordi preventivi in vista della crisi coniugale, sia sulle intese volte ad operare la liquidazione e la divisione della comunione: nel primo caso, infatti, i giudici hanno rigettato la possibilità per i coniugi di regolare il diritto alla *prestation compensatoire*, a meno che ciò avvenisse a seguito dell'istanza di divorzio[50]. La situazione è mutata con la riforma del 2004[51] che ha autorizzato i coniugi a concludere convenzioni per regolare tutti gli aspetti del divorzio (a prescindere dalla causa che l'ha determinato), compresa la stessa *prestation compensatoire*; anche in questo caso, tuttavia, l'intesa deve essere negoziata solo al momento dell'istanza di divorzio[52] e deve essere sottoposta al vaglio del giudice. La libertà non è, dunque, assoluta e gli accordi preventivi rimangono comunque nulli.
La *Court de Cassation* ha inoltre sancito la invalidità delle intese sulla liquidazione e lo scioglimento della comunione, le quali sono consentite soltanto dopo il divorzio[53]; in barba alla riforma del 1975 (che ha permesso alle parti di stipulare convenzioni relative alla divisione ed alla liquidazione della comunione), simili intese sono state sempre ritenute nulle, salvo siano state concluse dopo il deposito dell'istanza di divorzio, dunque successivamente alla dissoluzione della stessa comunione[54].

3.2. Germania

Nella legislazione tedesca non si rinvengono regole specificamente dedicate ai contratti prematrimoniali, eppure in quell'ordinamento si registra la disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale[55], quale manifestazione

en cas de changement important de sa situation.A titre exceptionnel, le juge peut alors, par décision spéciale et motivée, autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans».

[50] In questo senso Cass., sez. II, 21 marzo 1988, in *Bull. civ*., II, n. 74.

[51] Legge 26 maggio 2004, n. 2004 - 439, entrata in vigore il primo gennaio 2005.

[52] Come stabilito all'art. 268, 1' c., *Code civil*: «*Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce*».

[53] D.G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, 220 ss.

[54] Sulla scorta di una rigida interpretazione del disposto dell'art. 1450 *Code Civil*.

[55] G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., 493; inoltre ID., "Prenuptial Agreements

dell'autonomia privata in materia di convenzioni matrimoniali sancita dal par. 1408 BGB; da essa si ricava la derogabilità convenzionale anche della disciplina sul mantenimento post divorzile, sulla comunione ed il trattamento pensionistico[56]. Inoltre in Germania non vige il divieto dei patti successori, i quali anzi trovano disciplina nei par. 2274 ss. BGB (*Erbvetraege*).

I coniugi tedeschi possono, pertanto, stipulare convenzioni (*Ehevetraege*)[57] non solo per scegliere il regime patrimoniale secondario – quindi per optare per la separazione dei beni oppure la comunione in luogo del regime legale della comunione degli incrementi – ma anche per predeterminare – sino ad escludere – gli obblighi di mantenimento postdivorzili[58]; inoltre s'è visto come sia loro consentito pianificare pattiziamente la successione ereditaria.

Attraverso gli *Eheverträge*[59] si fissano i criteri per l'assegno divorzile, anche escludendolo, oppure negando la liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguenti allo scioglimento del regime legale della comunione degli incrementi[60]; è inoltre consentito rinunciare a richiedere la modifica giudiziale delle prestazioni di mantenimento[61], in dipendenza di successive variazioni della situazione economica delle parti.

Si ha, tuttavia, cura di evitare che da questa disponibilità contrattuale derivino soluzioni squilibrate[62]: gli accordi sono stati disapprovati quando è emerso l'approfittamento dell'inesperienza o della labilità psichica, nonché laddove la rinunzia al mantenimento appariva barattata con l'affidamento dei figli.

in Contemplation of Divorce" *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 171 ss.

[56] BGH, 11 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, 930, analizzata per il lettore italiano da A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza dela Corte Suprema Federale tedesca dell'11 febbraio 2004)*, in *Familia*, 2005, I, 134 ss.

[57] Par. 1408 *BGB. Ehevertrag, Vertragsfreiheit*: «(1) *Die Ehegatten können ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag (Ehevertrag) regeln, insbesondere auch nach der Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern*.(2) *Schließen die Ehegatten in einem Ehevertrag Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, so sind insoweit die §§ 6 und 8 des Versorgungsausgleichsgesetzes anzuwenden*».

[58] BGH, 28 marzo 2007, in *FamRZ*, 2007, 1310, 1311.

[59] G. LAGENFELD, *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen*, 5 ed., Monaco, Beck, 2005, par. 453 ss; L. BERGSCHNEIDER, *Verträge in Familiensachen*, 3 ed., Bielefeld, Gieseking, 2006, 664 ss.

[60] Si tratta della tedesca *Zugewinngemeinschaft*, su cui si rinvia a D. HENRICH, *La comunione dei beni e la comunione degli incrementi: un confronto critico*, in Familia, 2004, 813.

[61] *Abänderungsklage* prevista dal § 323 ZPO, corrispondente ai nostri artt. 710 c.c. e 9 l. div.

[62] "*Kernbereich*": BGH, 11 febbraio 2004, cit.

Un contratto che prevedeva la rinunzia da parte della moglie all'assegno di divorzio fu dichiarato nullo, stigmatizzando che l'intesa era stata raggiunta quando la gravidanza era in atto, quale condizione per tenere il figlio e celebrare le nozze[63].

La Corte Costituzionale tedesca ha confermato la conciliabilità tra la tutela dell'autonomia contrattuale ed il controllo giudiziario sui contratti prematrimoniali, dal quale può discendere la dichiarazione di invalidità[64], per le ragioni più varie: la sopravvenuta sproporzione tra le risorse rispettive, o qualora un coniuge risulti comunque penalizzato pesantemente, come in presenza di rinunce unilaterali rivolte ad escludere la tutela minima essenziale apprestata dalla disciplina sul divorzio, della quale è tratteggiata una graduazione. Al primo livello si collocano gli obblighi verso i figli non autosufficienti economicamente; al secondo il mantenimento per la vecchiaia e la malattia, nonché i trattamenti pensionistici; al terzo il sostentamento per la disoccupazione; al quarto i trattamenti sanitari e l'assistenza per gli anziani; a seguire le sovvenzioni per la formazione professionale ed il regime della comunione.

Nell'esercizio di questo controllo il giudice deve adottare un criterio di effettività attraverso il par. 138, primo comma, BGB che, notoriamente, sancisce l'invalidità del contratto contrario al buon costume, quale ricorre laddove l'accordo sfoci in un assetto assimetrico; l'interferenza con il nocciolo della tutela legislativa divorzile ne rappresenta una spia, ancorché non la prova certa, potendo risultare contribilanciata da vantaggi[65].

Questo sindacato è guidato dal par. 242 BGB, che vincola l'esecuzione del contratto al criterio della buona fede, parametrato agli usi. Il giudice deve impiegare la clausola generale per esaminare se e fino a che punto un coniuge abusa dei poteri attribuitigli dall'accordo, osservando l'accortezza di verificare con maggiore severità le ragioni alla base dell'esclusione delle tutele primarie[66].

Merita ripercorrere la motivazione della sentenza che ha definito una vicenda giudiziaria piuttosto recente (le cui decisioni di secondo grado[67] e di ultima

---

[63] BGH 19 dicembre 1989.

[64] BVerfG, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 343, la quale è stata tradotta da M.G. CUBEDDU e pubblicata in *Familia*, 2002, II, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del* partner *debole*. La sentenza ha stimolato un ampio dibattito, ripreso da E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ*., 2003, II, 57 ss.

[65] BGH, 11 febbraio 2004, cit.

[66] BGH, 11 febbraio 2004, cit..

[67] OLG Karlsruhe, 11 settembre 2006, in *FamRZ*, 2007, 477 ss., la quale prese posizione anche sui profili internazionalprivatistici, relativi all'individuazione della legge applicabile.

istanza[68] sono state entrambe diffuse), la quale verteva sulla vincolatività dell'impegno di corrispondere una rendita vitalizia, assunto attraverso un *Ehevertrag*[69] laddove si prevedeva che – in considerazione della differenza d'età – i coniugi avrebbero liquidato con una rendita vitalizia ogni eventuale pretesa della moglie successiva alla cessazione del matrimonio, mentre rinunziavano reciprocamente ad ogni mantenimento previsto dalla legge in caso di divorzio. La domanda del marito diretta a far dichiarare la nullità del contratto (al fine di escludere che alla moglie fosse dovuto alcunché) è stata respinta dall'*Amtsgericht*[70], ma accolta dall'*Oberlandesgericht*[71] il quale ha escluso che alla convenuta spettasse il pagamento della rendita convenuta, attesa la nullità per violazione del buon costume ai sensi del par. 138, primo comma, BGB. Invero, muovendo dalla premessa circa l'estensione del controllo giudiziale del contenuto anche in favore del coniuge obbligato al mantenimento, è ritenuto invalido l'accordo in considerazione della ripartizione ingiustificatamente squilibrata degli oneri discendenti dall'eventuale divorzio, ove rapportata al modello legislativo del mantenimento, caratterizzato dal principio – *Halbteilung*[72] – della paritaria contribuzione nelle spese (necessarie per la

[68] BGH, 5 novembre 2008. Questa la massima tradotta: «a) Un controllo sul contenuto degli *Eheverträgen* può essere disposto non solo in favore del coniuge che chiede il mantenimento, bensì in linea di principio anche in favore di quello tenuto a corrisponderlo. b) Ai fini della decisione in ordine alla sussistenza degli elementi soggettivi della contrarietà al buon costume di un *Ehevertrag*, allorchè un coniuge prometta all'altro prestazioni per le quali non sussite alcun fondamento giuridico, non si può mai rinunciare ad accertamenti in fatto ed è giustificato ipotizzare un turbamento della parità contrattuale. c) Un patto di mantenimento può essere contrario al buon costume qualora i coniugi adottino una regolamentazione degli oneri matrimoniali in danno dell'Ente di previdenza sociale. Questo può verificarsi quando per effetto dell'accordo il coniuge obbligato, oltre la soglia di legge, non sia più finanziariamente in grado di assicurare il proprio sostentameno e di conseguenza abbisogni di prestazioni sociali integrative».

[69] L'attore (nato nel 1962), cittadino turco, e la convenuta (nata nel 1953) contrassero matrimonio nel 1997. Il matrimonio rimase privo di prole. Nel 1999 le parti, facendo ricorso ad un interprete giurato per la lingua turca, conclusero un *Ehevertrag* (autenticato da notaio), che al punto 7 conteneva la reciproca rinuncia al mantenimento per il caso di divorzio, nonché l'obbligo dell'attore di pagare una rendita vitalizia alla convenuta. Del matrimono venne pronunciato lo scioglimento con sentenza dell'*Amtsgericht - Familiengericht* del 2002, passata in giudicato. Durante il matrimonio l'attore svolse ininterrottamente attività lavorativa (a parte un breve periodo di disoccupazione all'inizio dell'anno 2000), mentre la convenuta fu disoccupata fino all'agosto 2000 e percepì il sussidio di disoccupazione; dal settembre 2000 era occupata come contabile per 20 ore settimanali.

[70] *Amtsgericht - Familiengericht*, 14 ottobre 2005.

[71] OLG Karlsruhe, 11.9.2006, in *FamRZ*, 2007, 477 ss.

[72] La *Halbteilung* è un regime paritario, definito agli artt. 1 e 2 *Versorgungsausgleichsgesetz*.

vita coniugale) e partecipazione ai vantaggi patrimoniali, nonchè dal criterio del necessario riguardo alla capacità economica dell'obbligato. L'accordo in questione è giudicato allontanarsi da questo modello per il carattere unilaterale, in quanto la rendita sostitutiva dell'eventuale obbligo di mantenimento a carico dell'attore era prevista indipendentemente dalla capacità di quest'ultimo di farvi fronte[73]. L'impegno a versare la rendita è stato ritenuto iniquo anche perché essa era dovuta indipendentemente dalla effettiva necessità della beneficiaria, sino a quando quest'ultima non si fosse dedicata ad un'attività lavorativa a tempo pieno, con la conseguenza che costei avrebbe ricevuto più della metà degli introiti complessivi ed al marito non sarebbe rimasto neppure il necessario per il fabbisogno personale. Inoltre, già all'epoca della conclusione del contratto sussisteva il pericolo di un indubbio allontanamento dal principio della *Halbteilung* e da quello secondo cui il diritto al mantenimento dev'essere definito in proporzione alla capacità economica dell'obbligato[74].

Queste argomentazioni hanno resistito al giudizio di ultima istanza, dove è stato confermato che i principi elaborati per il controllo sugli *Eheverträge*, ostili nei confronti di una ripartizione unilaterale degli oneri non giustificata dalle condizioni di vita comune ed insostenibile per la parte gravata, valgono non solo per il coniuge che chiede il mantenimento, ma anche per quello nei confronti del quale esso è preteso, potendo sussistere una sua inferiorità tale da rendere iniqua l'assunzione di oneri. È, pertanto, evocato l'orientamento secondo cui, in presenza di un assetto contrastante con il principio di solidarietà coniugale, all'autorità giudiziaria spetta, per quanto possibile, garantire la tutela costituzionale alla parte in concreto discriminata[75].

[73] Tale autonomia dell'obbligazione di pagamento dell'attore rispetto alla sua capacità economica è apparsa circostanza grave perchè al momento della conclusione dell'accordo era nota l'eventualità che avrebbero potuto insorgere ulteriori doveri di mantenimento del marito nei confronti dei figli minori all'estero.

[74] Tale assetto contrattuale avrebbe al più potuto essere corretto in via interpretativa, considerando che la moglie, pur non esercitando una confacente attività lavorativa a tempo pieno, aveva la possibilità di procurarsela, sennoché il testo letterale era inequivoco e figurava l'espressa esclusione di "altri adeguamenti" e della domanda di modifica. Di qui il riscontro degli estremi della *Sittenwidrigkeit*, concludendo che le parti avevano concordato un regolamento comportante oneri immotivatamente squilibrati; di qui la presunzione di un turbamento della parità delle parti nella trattativa, nel senso che l'attore al momento della conclusione del contratto non si trovava nella condizione soggettiva di rappresentare i propri legittimi interessi in modo appropriato e adeguato, e che questa circostanza era quanto meno riconoscibile dalla controparte. Dalla nullità della clausola contrattuale discendeva che alla convenuta poteva spettare semmai il diritto al mantenimento postmatrimoniale, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge.

[75] OLG Celle, 8 settembre 2004, in *FamRZ*, 2004, 1969.

Poiché in secondo grado il patto era stato ritenuto configurare una ipotesi di *Sittenwidrigkeit*, in quanto aveva comportato un notevole allontanamento dalla *Halbteilung*, il quesito era se il modello legale integrasse davvero un nucleo irrinunciabile della disciplina del mantenimento. La risposta della BGH è articolata. È evocato l'orientamento secondo cui la disciplina pattizia tende a prevalere su quella legale; tale libertà contrattuale in tema di conseguenze economiche del divorzio è presentata quale necessaria integrazione del diritto dei coniugi discendente dai par. 353, 1356 BGB, rivolta a consentire loro di adottare una disciplina corrispondente alle personali inclinazioni ed alle rispettive esigenze di vita postmatrimoniali.

Riprendendo alcuni precedenti giurisprudenziali[76], si concede ad un comportamento unilaterale particolarmente generoso di essere frutto di una scelta consapevole, negando alla *Halbteilung* la valenza di criterio cui parametrare l'equità dell'assetto, di metro di giudizio della conformità al buon costume. Nondimeno la delimitazione del diritto al mantenimento in ragione della capacità economica dell'obbligato attiene al piano dei diritti fondamentali (operanti nei rapporti di diritto privato mediante le clausole generali dei par. 138 e 242 BGB) e, come ha sottolineato la Corte, il giudice ordinario deve impiegare il diritto costituzionale per proteggere l'autonomia privata da se stessa[77]. La libertà di iniziativa economica è garantita a livello costituzionale (art. 2, comma 1, GG), al quale è ritenuto appartenere anche il mantenimento (in quanto esso è in armonia con l'Art. 6, comma 1, GG); di qui la cautela che quanto promesso non si traduca in un onere eccessivo per l'obbligato, tale da urtare contro l'art. 2, comma 1, GG, conculcandone la libertà di autodeterminarsi per insufficienza di mezzi finanziari. Presupposto di ogni pretesa di mantenimento è perciò la capacità economica del soggetto gravato, che trova un limite laddove la sua misura gli impedisca di provvedere ai propri bisogni[78].

Onde accertare la sua nullità per contrasto con il par. 138, comma 1 BGB si

[76] OLG Brandenburg, 9.8. 2001, in *NJW-RR*, 2002, 578, 579; OLG Stuttgart, 29 luglio 1997, in *FamRZ*, 1998, 1296, 1297.

[77] BVerf G, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 343.

[78] Come affermato dalla BVerfG, 20 agosto 2001, in *FamRZ*, 2001, 1685 nonché in *FamRZ*, 2002, 1397, 1398. Nella specie le parti, pattuendo la rendita vitalizia, avevano regolato il diritto al mantenimento della moglie dopo lo scioglimento del matrimonio realizzando un assetto che il giudice d'appello ha verificato sproporzionato alle risorse dell'obbligato (senza computare gli eventuali ulteriori impegni nei confronti dei figli residenti all'estero). In considerazione del pregiudizio arrecato al minimo vitale dell'attore, la rendita concordata costituiva una ripartizione degli oneri iniqua e non giustificata dalle condizioni di vita dei coniugi. Tale constatazione non è stata, però, ritenuta di per sé decisiva nel senso della contrarietà al buon costume dell'*Ehevertrag*.

richiede un apprezzamento complessivo, che prenda in considerazione, accanto alle condizioni oggettive esistenti al tempo della conclusione dell'accordo, gli scopi perseguiti con il contratto, così come gli altri motivi che hanno indotto il coniuge favorito a formulare la richiesta e spinto l'altro ad accettarla, dandosi carico anche di verificare se il contratto rifletta la posizione dominante di un coniuge frutto di diseguali posizioni nel corso delle trattative[79]. Questa indagine non risultava assolta dalla pronuncia d'appello, e neppure surrogata da prove fornite dall'attore[80]. La regola secondo cui in presenza di uno squilibrio obiettivo può essere presunto un atteggiamento riprovevole solo quando uno dei contraenti viene a trovarsi in posizione dominante, in ragione di concrete circostanze estranee al contenuto del patto, non vale nei rapporti tra coniugi dove perfino una gravidanza al momento della conclusione dell'*Ehevertrag* è considerata solo un indizio di squilibrio tale da sottoporre il contratto ad un più approfondito controllo giudiziario[81], cosicché si impone l'accertamento in concreto dei presupposti soggettivi della *Sittenwidrigkeit*.

Della sentenza impugnata è disapprovata la motivazione, non la soluzione. L'obbligazione avente ad oggetto la rendita vitalizia è contraria al buon costume ai sensi del par. 138, comma 1, BGB e quindi nulla, perchè essa rischierebbe di affidare l'obbligato alla previdenza sociale. In questo senso si è schierata la giurisprudenza secondo cui un accordo attraverso il quale i fidanzati prossimi alle nozze od i coniugi rinunciano al mantenimento postmatrimoniale può essere

[79] BVerfG, 6 febbraio 2001, in *FamRZ*, 2001, 243, 247.

[80] Riuscendo allo scopo insufficiente l'oggettivo squilibrio tra le prestazioni, poiché rispetto alla materia della famiglia non opera la presunzione che il contraente favorito abbia approfittato, consapevolmente o per grave negligenza, di una propria posizione predominante nella trattativa in danno della controparte. A questo riguardo è avanzato un accostamento con l'accertamento della *Sittenwidrigkeit* di contratti di finanziamento-*leasing* relativi a beni mobili, osserevando come anche in quel coontesto sia sorta la questione se accanto ai presupposti oggettivi occorra l'accertamento del requisito soggettivo di un atteggiamento riprovevole (*verwerfliche Gesinnung*) del concedente. La soluzione è stata nel senso di distinguere se, quanto all'utilizzatore, si trattasse di un consumatore finale privato oppure commerciante – grande o piccolo – o professionista, solo nel primo caso presumendo un atteggiamento riprovevole e ritenendo realizzata la fattispecie del par 138, comma 1, BGB. Nel caso degli utilizzatori grossi commercianti si presume l'insussistenza dei presupposti soggettivi della *Sittenwidrigkeit* in capo al concedente; negli affari conclusi con utilizzatori piccoli commercianti o liberi professionisti si rimane, invece, nell'ambito delle regole generali in tema di onere della prova, secondo le quali colui che invoca la nullità del contratto deve indicare e provare i presupposti soggettivi della *Sittenwidrigkeit* (BGHZ 128, 255, 267). Qualcosa di simile vale anche per la *Sittenwidrigkeit* dei contratti di mutuo (BGHZ 98, 174, 178; 104, 102, 107).

[81] BGHZ 25.5. 2005 - XII ZR 296/01, in *FamRZ*, 2005, 1444, 1447 e 5 luglio 2006 - XII ZR 25/04, in *FamRZ*, 2006, 1359, 1361.

contrario al buon costume ove in tal modo si esponga l'obbligato alla necessità di ricorrere all'assistenza sociale (*Sozialleistungsträgers*)[82]. Un accordo può risultare illecito anche se i coniugi disciplinano gli oneri reciproci in maniera oggettivamente pregiudizievole per la sicurezza sociale[83], come qualora la rinuncia al mantenimento resista ad un controllo riferito al comportamento reciproco degli stessi, ma ciononostante conduca ad uno stato di indigenza comportante la necessità di ricorrere ai sussidi sociali.
Questi principi vengono applicati al caso oggetto di giudizio, ove era stato convenuto che il coniuge gravato fosse tenuto al di sopra della soglia legale, al punto da non essere più in condizione di provvedere al proprio sostentameno e da necessitare di sussidi integrativi. Tale traslazione dei rischi economici del divorzio sulla previdenza sociale è ritenuta inammissibile, producendo effetti a danno del terzo, quindi illecito, a meno che non si fondi su motivi idonei a giustificarla[84]. Nella specie vengono riscontrati gli estremi della contrarietà al buon costume ai sensi del par. 138, comma 1, BGB, poiché l'adempimento dell'obbligazione comporterebbe che non sarebbe più garantito il minimo vitale, così che il soggetto verrebbe a dipendere dalla sicurezza sociale. Di qui la conferma del verdetto circa la nullità dell'obbligazione avente ad oggetto la rendita vitalizia.

4. Convergenze e divergenze tra *civil law* e *common law*. Il prisma del diritto internazionale privato

Il confronto dei diritti statali americani con quelli europei continentali fa risaltare le differenze tra i *prenuptial contracts* – rivolti a prefigurare le conseguenze della crisi coniugale sia sul piano patrimoniale, sia rispetto al sostegno alimentare (spingendosi spesso ai profili ereditari, in guisa di patti successori) – e le convenzioni matrimoniali (di regola concluse davanti al notaio), tendenzialmente dirette a designare esclusivamente il regime patrimoniale opzionale offerto dalla legislazione (in massima parte il codice civile) nazionale.
La partizione non è, però, puntuale. Invero, per un verso, tale ultima eventualità si presenta anche negli Stati americani che prevedono la comunione dei beni, laddove i coniugi possono convenire di mantenere separati gli oggetti dei

[82] BGHZ 86, 82, 88, in *FamRZ*, 1983, 137, nonché del 24.4.1985 - IVb ZR 22/84, in *FamRZ*, 1985, 788, 790.
[83] BGH 25 ottobre 2006 - XII ZR 144/04, in *FamRZ*, 2007, 197, 198.
[84] BGHZ 86, 82, 90.

rispettivi acquisti, come accade attraverso l'opzione per il regime di separazione dei beni. Per altro, l'ambito assegnato alla tradizione civilistica non è compatto, dal momento che si è dato conto dell'attitudine dell'*Ehevertrag* ad interferire anche sugli obblighi di mantenimento.

La distanza tra le tradizioni di *civil law* e *common law* si coglie, inoltre, a proposito della diversità di requisiti rispettivamente pretesi per i consensi, tali per cui ad una convenzione matrimoniale potrebbe essere negata tutela da parte delle Corti americane presso le quali non necessariamente essa verrebbe a superare i controlli cui sono sottoposti i *premarital agreements*, incappando nella presunzione di vizio della volontà che matura nei confronti dell'accordo squilibrato; inoltre, secondo molti diritti statali le parti devono essere assistite da un consulente legale e, qualora il testo sia redatto unilateralmente, occorre concedere un congruo termine per esaminarlo, diversamente precipitando il sospetto che l'accettazione sia stata frutto di coartazione ("*under the gun*"); la mancanza o la rinuncia di quest'ultima indebolisce l'accordo, denunciandosi la sua contrarietà alla *public policy*. Questo ora segnalato non integra l'unico limite all'autonomia privata configurato in quell'area, manifestandosi diffidenza nei confronti dell'accordo la cui portata si traduca nella promozione dello scioglimento del matrimonio; di qui l'irradiarsi di un cono d'ombra sulla promessa del versamento di una somma cospicua in ipotesi di divorzio. Negli ordinamenti di *civil law* tale preoccupazione è ridimensionata dal filtro notarile e non si tiene conto del rilievo dell'illustrazione (*disclosure*) della consistenza del patrimonio.

La prospettiva internazionalprivatistica mette a fuoco le distanze tra i modelli di contratti prematrimoniali propri, rispettivamente, degli ordinamenti di *common law* e di quelli di *civil law*, portando allo scoperto la difficoltà di rapportare l'opzione per la separazione dei beni a sistemi dove il giudice della crisi coniugale è investito del ruolo di distribuire la ricchezza accomulata, poi segnalando l'eventualità che le Corti statali americane disattendano convenzioni matrimoniali perfezionate in Paesi europei per contrarietà alla *public policy*, ad esempio per difetto di assistenza legale oppure di illustrazione della consistenza patrimoniale[85].

[85] È segnalato un caso riguardante l'applicazione del diritto messicano che – a somiglianza di quelli eupei continentali – prevede la scelta tra una pluralità di regimi; inoltre in quell'ordinamento le funzioni notarili – in questa materia – sono assolte da un ufficiale del Registro civile. Nella specie la coppia aveva contratto matrimonio in Messico, dove aveva optato per la sepatrazione dei beni, e successivamente si era spostata in California, dove era sorta la lite che vide la *Court of Appeal* statale confermare la validità dell'accordo messicano: *Fernandez v Fernandez*, 194 Cal. Ap 2d 782 (1961).

Un caso piuttosto recente[86] ha visto al centro della disputa la questione della vincolatività di una convenzione matrimoniale perfezionata in Francia nel 1965 da una coppia che successivamente si era stabilita a New York, dove poi divorziava nel 2003. Il verdetto favorevole della Corte di New York[87] risulta prezioso per la comparazione. I giudici sono stati, infatti, chiamati a pronunciarsi circa l'idoneità di una convenzione matrimoniale[88] ad escludere la redistribuzione del patrimonio da parte del giudice[89] al momento del divorzio. Per comprendere appieno il ragionamento che ha portato ad un verdetto favorevole, è necessario analizzare brevemente i fatti. Prima di sposarsi, i giovanissimi fidanzati[90], davanti ad un notaio ed alla presenza di un interprete, stipularono un "*contrat de mariage*" allo scopo di derogare al regime legale della comunione ed adottare quello della separazione dei beni, rivolta a conservare a ciascun coniuge la titolarità dei rispettivi diritti, nonché ad escludere la responsabilità per i debiti contratti dall'altro. Poco dopo le nozze, la coppia si trasferì a New York, dove entrambi si affermarono professionalmente[91]; pur mantenendo separati i rispettivi patrimoni i coniugi nondimeno acquistarono due case in comproprietà. Dopo trentotto anni di matrimonio, il marito promosse istanza di divorzio presso il Tribunale di New York, evitando di menzionare la convenzione[92]. A seguito di un tentativo – fallito – di conciliazione, l'attore lasciò decadere l'azione per instaurarne una nuova nel Massachusetts, neppure in questo caso facendo accenno al *contrat de mariage*, ma chiedendo si facesse luogo all'*equitable distribution*. La causa fu poi rinviata a New York, dove la domanda del marito fu definitivamente accolta.

La moglie sostenne che la convenzione era stata perfezionata al solo scopo di adottare il regime della separazione dei beni ed il marito la definì come «*an unambiguous prenuptial agreement calling for totally separate property*», concludendo che «*it should be enforced according to its terms*»;

---

[86] *Van Kipnis v Van Kipnis* (2007 NY Slip Op 06074 [43 AD3d 71]).

[87] Court of Appeals 11 N.Y. 573 (N.Y. Dec. 18, 2008).

[88] Stipulata anni prima dai coniugi.

[89] Si parla, a questo proposito, di "*Equital distribution*".

[90] Lei, cittadina canadese, studiava ancora all'università La Sorbona; lui, statunitense, aveva appena terminato il college.

[91] Lui, infatti, diventò un rinomato e ricco economista; lei ottenne la cattedra presso la Cooper Union fino al 1978, passando poi al ruolo di *counselor* for the Quebec Government, sempre a New York, fino al 1986. Nel testo della sentenza si legge che «*During their respective careers, the husband acquired liquid assets of approximately $7 million and the wife of approximately $700,000 to =800,000 (which includes an inheritance from a relative*)».

[92] Alla quale non fu fatto accenno né all'interno del ricorso, né nelle fasi successive della causa.

conseguentemente, la convenzione poteva essere utilizzata quale criterio redistributivo. Richiamando quanto affermato nel caso Bloomfield[93], fu segnalato il favore verso l'autonomia privata del diritto dello Stato di New York; evocando, poi, i due elementi fondamentali per l'interpretazione di un contratto[94], si arrivò alla conclusione per cui un accordo scritto completo, chiaro ed inequivocabile deve essere applicato secondo l'evidente significato delle parole utilizzate ed i giudici ritennero, così, che la convenzione, priva di riferimenti temporali o di previsioni specifiche, non esprimesse l'intento di tenere separati i rispettivi patrimoni per il solo periodo del matrimonio.
A fianco delle segnalate divergenze, si registrano convergenze tra le soluzioni americane e quelle tedesche, evidentemente in ragione dell'influenza delle prime sulle seconde, come testimoniano gli esiti simili di casi analoghi, che vedevano l'imposizione di contratti prematrimoniali penalizzanti per la moglie quale condizione per contrarre il matrimonio da parte della donna incinta[95]. Si è, inoltre, segnalato che nei diritti statali americani è, altresì, condivisa la preclusione continentale nei confronti di previsioni sull'affidamento ed il mantenimento dei figli[96]. Ulteriore avvicinamento si constata circa la sottoposizione dell'accordo all'ordinario controllo contrattuale che, rimarcato dalla decisione della Corte costituzionale tedesca con la celebre sentenza del 2001, appare fatto proprio in Inghilterra con il caso Granatino.
Il principale fattore di divergenza sarebbe rappresentato da un dato di sistema, il diverso ruolo del giudice: la Corte inglese è abituata a distribuire il patrimonio in sede sia successoria, sia divorzile, a differenza di quella di *civil law*, che non ha questa vocazione tra le sue corde, né sembra desiderosa di acquisirla[97]. Anche qui, però, forse è già in atto un avvicinamento, dal momento che – per un verso – dopo il caso *White v White* il giudice inglese si confronta con la presunzione di parità della divisione patrimoniale; e – per altro – il nostro si trova ad operare trasferimenti di cespiti a titolo di *una tantum*, mentre quello

[93] *Bloomfield v Bloomfield*, 97 NY2d 188, 193 [2001].
[94] «*Agreements are construed in accord with the parties' intent*»; «*[t]he best evidence of what parties to a written agreement intend is what they say in their writing*», come evidenziato nel caso *Greenfield v Philles Records*, 98 NY2d 562, 569 [2002].
[95] BGH 19 dicembre 1989, cit.; BGHZ 25 maggio 2005 - XII ZR 296/01, in *FamRZ*, 2005, 1444, 1447 e 5 luglio 2006 - XII ZR 25/04, in *FamRZ*, 2006, 1359, 1361. I casi americani sono segnalati da E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 549 ss.
[96] MARYGOLD S. MELLI, *Marriage and Divorce in the United States*, cit., 465.
[97] Come testimonia la reazione dei giudici tedeschi alla sentenza BVerf 2001, preoccupati del ruolo troppo incisivo loro attribuito.

francese dispone la *prestation compensatoire*. Infine, loro hanno la consulenza legale, noi quella notarile.
Neppure il settore del diritto successorio presenterebbe distanze irriducibili, attesa non solo l'ammissibilità dei patti successori in Germania, ma pure l'allentamento del divieto in Francia (laddove è sempre stata possibile la rinuncia all'azione di riduzione rispetto singole donazioni)[98].

5. Riepilogo

Osservati attraverso la segmentazione dei singoli contenuti, i contratti prematrimoniali rivelano coprire un largo spettro di funzioni. Negli Stati americani essi realizzano la valenza più ampia, trascorrendo dal versante patrimoniale della crisi coniugale – governando sia gli obblighi alimentari e di mantenimento, sia la spartizione patrimoniale – a quello successorio; altrettanto in Germania dove, però, rispetto al cosiddetto regime patrimoniale secondario opera l'opzione per la separazione dei beni. Essi sono comunque soggetti al controllo giudiziario sul contenuto e sul procedimento di formazione; alcune vertenze si sono presentate in entrambi i contesti, ed hanno ricevuto soluzioni simili[99].

Alcuni patti sono vietati in tutti gli ordinamenti: la clausola penale per la richiesta della separazione, gli impegni riguardanti la formazione ed educazione – civile e religiosa – della prole. Altri sono collocati in una zona grigia, seppur in forza di diverse argomentazioni: la rinuncia agli alimenti ora è nettamente osteggiata su basi concettuali, ora è variamente intralciata, dallo squilibrio presumendo l'inganno o la forzatura. Si è registrata la divaricazione a lungo protratta tra le due aree di *common law*, americana ed inglese, di recente ricomposta con l'estensione del primo modello. Piuttosto che alle matrici degli ordinamenti, alle coordinate tecnico-giuridiche, occorre allora guardare ai rispettivi contesti sociali ed economici, onde verificare similarità tali da far presagire il trasferimento delle medesime soluzioni, oppure diversità idonee a giustificare la divergenza.
Al fine di esplorare la trapiantabilità degli accordi prematrimoniali nel nostro

[98] Inoltre se il coniuge francese è ormai prevalentemente destinatario di usufrutto, quello americano in taluni Stati americani il coniuge gode della legittima.
[99] Quale la sottoscrizione richiesta alla donna in stato di gravidanza quale condizione per la celebrazione del matrimonio.

ordinamento occorre isolarne le funzioni e rispetto ad esse operare la verifica[100].
Lo sbarramento più netto – reperibile già sul piano legislativo – è ovviamente rappresentato dal divieto dei patti successori. Alla stregua dell'equivalenza funzionale l'assimilazione più agevole è, invece, quella con l'opzione per la separazione dei beni. Dal confronto con il sistema tedesco nonché con il diritto americano risalta, tuttavia, la minor propensione italiana al controllo sull'informazione e la spontaneità del consenso, registrandosi un ben esiguo contenzioso incentrate su eventuali vizi della volontà diretta all'adesione alla convenzione matrimoniale, addirittura assente – a quanto consta – rispetto all'abbandono del regime legale all'atto della celebrazione del matrimonio.
La massima distanza – almeno apparente – si appunta, però, altrove. L'indagine comparatistica ha evidenziato che, se è condivisa l'indisponibilità degli obblighi nei confronti dei figli, l'atteggiamento interpretativo a oggi prevalente – ancorché non incontrastato – nel nostro ordinamento esibisce invece una netta ritrosia rispetto agli accordi rivolti a prefigurare le conseguenze economiche della separazione e del divorzio, ammessi nel diritto tedesco oltre che in quello statale americano e – infine – inglese.

[100] Il caso Granatino – come il Van Knipsis – vertevano sull'applicazione in sistemi di *common law* di patti prematrimoniali rispettivamente tedeschi (*Ehevertrag*) e francesi (convenzioni matrimoniali), mente non è registrabile casistica speculare. Rimane, pertanto, da individuare il percorso per l'iscrizione nel Registro stato civile italiano, con particolare riguardo alla verifica della necessità della forma pubblica e dell'ammissibilità di estendere la pubblicità a convenzioni atipiche (sui si rinvia allo studio di G. TRAPANI, *Gli atti dello Stato Civile formati all'estero riguardanti cittadini stranieri residenti in Italia*, Studio civilistico CNN 577-2011/C).

Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia

Giacomo Oberto
Giudice Tribunale di Torino

Lo scritto si propone di mostrare come, al giorno d'oggi, i problemi della crisi della famiglia non possano essere studiati se non avendo riguardo ai tre modelli familiari oggi riconosciuti dall'ordinamento: matrimonio, unione civile e unione di fatto. A questa regola non sfuggono nemmeno le intese in vista della crisi del rapporto. Viene così analizzato il ruolo dell'autonomia privata in relazione a queste fattispecie, dimostrando, innanzi tutto, come la negoziazione dei profili patrimoniali attinenti ad una possibile crisi del rapporto affettivo possa avvenire (ed anzi sia consigliabile avvenga) già nel momento stesso in cui il rapporto viene costituito. Si discutono quindi le possibili implicazioni in merito ai poteri del giudice, una volta che la rottura si sia concretata. Si presentano inoltre le singole clausole il cui inserimento può essere utilmente suggerito, studiandone le diverse implicazioni in relazione al contesto cui le stesse accedono. Vengono in particolare analizzati i punti di convergenza e quelli di divergenza del medesimo tipo di accordi, ove questi siano conclusi nella famiglia fondata sul matrimonio (o sull'unione civile), da un lato, e nell'unione di fatto, dall'altro. Lo studio si conclude con la presentazione di un'articolata proposta di legge, volta, da un lato, a rimuovere ogni residuo dubbio sull'ammissibilità (peraltro da chi scrive sempre sostenuta, già *de iure condito*) degli accordi in vista della crisi coniugale e dell'unione civile e, dall'altro, a risolvere alcune questioni che solo l'intervento legislativo può utilmente dirimere. Si potranno qui citare i requisiti formali di validità delle intese, o alcuni contenuti oggi ancora vietati dal sistema (si pensi ad es. ai patti successori tra coniugi ed uniti civilmente), o, ancora, i poteri del giudice, allorquando la crisi dell'unione venga a manifestarsi. La proposta coglierebbe altresì l'occasione dell'intervento normativo per introdurre alcune modifiche alla riforma del 2016 sulle unioni di fatto, chiarendo in via definitiva l'ammissibilità di intese preventive sulla crisi del rapporto e sulla disponibilità dei diritti patrimoniali riconosciuti al convivente in caso di rottura del legame.

This essay is intended to show that, in the present day, problems arising from the crisis of the family cannot be studied without having regard to the three forms of it, which are recognized by the Italian legal system: marriage, civil union and cohabitation outside marriage. This is true also for the pre-emptive agreements, which may be concluded in view and in contemplation of a crisis of these three kinds of relationships. The author therefore analyzes the role of the private autonomy of parties in relation to these kinds of family structures, demonstrating, in the first place, that a negotiation of the economic aspects relating to a possible crisis of the affective relationship can take place (and indeed it is advisable that it so happens) in the very moment in which the personal relationship is coming into existence. The essay also deals with possible implications as far as the powers of the judge are concerned, once the personal and affective relation comes to an end. It shows as well what contractual clauses can be suggested, studying as well their various implications in connection with each and any of the three above mentioned types of relationship (marriage, civil union, cohabitation outside marriage). In particular, points of convergence and points of divergence of the same type of agreements are studied, whereas such deeds are concluded either within a family based on marriage (or civil union), on one side, or on the cohabitation outside marriage, on the other. In the final part of this essay the author presents an articulated bill for a hypothetical law reform. The aim of this proposed new legislation is, first of all, to remove any possible doubt on the validity (what, by the way, the author thinks already possible, event without the proposed reform) of the prenuptial agreements in contemplation of divorce (or of the break of the civil union). Furthermore, the bill would bring about the advantage to resolve some legal problems that only an intervention by the legislature can tackle. The bill refers particularly to the formal requirements for the validity of such deeds (whereas a reference is made, for instance, to the "independent legal counsel"), as well as to some possible contents of the contracts that today are still prohibited (e.g. successorial agreements between spouses and between people of the same sex who are living in a civil union) and to the powers of the judge, when the crisis of the family emerges. The reform proposal would also offer the occasion to introduce some modifications to the legal reform of the year 2016 on cohabitation outside marriage, making clear that pre-emptive agreements on the effects of a possible future dissolution of the cohabitation are in any case admissible and can also contain a waiver of patrimonial rights recognised by the law in case of the end of the cohabitation.

Sommario: 1. Introduzione. La crisi della famiglia come crisi coniugale, crisi dell'unione civile e crisi dell'unione di fatto. – 2. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Suggerimenti di carattere generale. – 3. Segue. I profili di carattere patrimoniale. Il ruolo del giudice. – 4. Il ruolo dell'autonomia negoziale nella conformazione degli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. – 5. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. L'insegnamento ricavabile dal raffronto tra le due categorie. – 6. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Ricognizione dei possibili punti di contatto, anche alla luce della l. n. 76 del 2016. – 7. Segue. Le clausole sulla rottura del rapporto (matrimoniale o di convivenza). – 8. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Analisi di alcune tra le più rilevanti divergenze. – 9. Contratti di convivenza e contenuti mancati nella l. n. 76 del 2016. – 10. Segue. L'ammissibilità di clausole sulla rottura del rapporto di fatto pur dopo l'approvazione della l. n. 76 del 2016. – 11. Contratti di convivenza, obbligazioni naturali e obbligo alimentare. – 12. Appendice. Proposta di legge dal titolo: «Modifiche al codice civile, alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, alla legge 6 marzo 1987, n. 74 e alla legge 20 maggio 2016, n. 76, in materia accordi preventivi sulla crisi coniugale, sulla crisi dell'unione civile e sullo scioglimento della convivenza di fatto».

1. Introduzione. La crisi della famiglia come crisi coniugale, crisi dell'unione civile e crisi dell'unione di fatto

Diversi anni sono trascorsi da quando lo scrivente, nel contesto dello studio monografico sui contratti della crisi coniugale, lanciava l'idea di consentire e praticare anche in Italia la predeterminazione della sorte delle prestazioni postmatrimoniali, mercé il ricorso ad accordi prematrimoniali in vista della crisi coniugale, sostenendone la piena ammissibilità, già *de iure condito*, nel nostro sistema[1]. Il dibattito che ne è seguito ha visto la dottrina almeno in parte contrapporsi ad una giurisprudenza di legittimità arroccata su posizioni fortemente negazioniste, che sono però andate man mano stemperandosi nell'enumerazione di talune ipotesi eccezionali, divenute via via sempre più frequenti, in relazione alle quali si è di fatto riconosciuta la validità di singole intese preventive in vista dell'annullamento del matrimonio, del divorzio o della separazione[2].

[1] Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 483 ss.; ID., "Prenuptial agreements in contemplation of divorce" *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ*., 1999, II, 171 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in ROPPO (a cura di), AA.VV., *Trattato del contratto*, VI, Interferenze, Milano, 2006, 251 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, 25 ss.

[2] Per i richiami si rinvia a G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir*., 2012, 69 ss., 80 ss.; per un successivo caso cfr. ID., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir*., 2013, 321 ss. Per una decisione ulteriormente successiva v. Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, con il quale si è deciso che è valida

Per la precisione, dovrà aggiungersi che chi ha speso tanti anni della propria attività per dimostrare la validità di un determinato tipo di negozi giuridici non ha

---

la clausola inserita in un contratto di mutuo stipulato tra i coniugi durante il matrimonio con la quale si prevede, in caso di separazione, la restituzione della somma prestata. Di contro alla tesi del coniuge debitore, che allegava la nullità dell'impegno per contrarietà «all'ordine pubblico e al buon costume, perché equivale a porre delle limitazioni alle altrui fondamentali libertà», soggiungendo che «il diritto a separarsi del coniuge è diritto "personalissimo" che non tollera alcuna forma di limitazione» e sottolineando l' «impossibilità di "negoziare" i diritti e i doveri che scaturiscono dal matrimonio», la Cassazione ha chiarito che nessuna norma imperativa impedisce ai coniugi, in costanza di matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione al verificarsi di un evento futuro ed incerto qual è la separazione coniugale. La Corte ha così stabilito che il richiamo agli artt. 143 e 160 c.c. nella specie era improprio, «perché l'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame».

Il 2017 ha visto però la Corte Suprema arretrare rispetto alle citate posizioni.

Così Cass., 13 gennaio 2017, n. 788 ha stabilito che «L'assegno divorzile è indisponibile per quanto concerne la componente assistenziale, sicché ogni atto intervenuto in altra sede, tendente a precludere o a limitare la richiesta di un assegno divorzile deve considerarsi nullo. Deriva da quanto precede, pertanto, che qualora i coniugi, in sede di revisione dell'assegno di separazione si accordino nel senso che in occasione del divorzio da un lato il marito avrebbe trasferito in proprietà, alla moglie, un immobile, e la moglie avrebbe, a sua volta, rinunciato a chiedere un assegno divorzile, la moglie non può essere costretta a rinunciare alla pretesa a chiedere l'attribuzione di un assegno di divorzio. Deve escludersi, peraltro – in termini opposti rispetto a quanto disposto dalla Corte di appello – che l'accordo sia, comunque, vincolante per il marito così che alla moglie non solo è attribuito un assegno periodico ma è trasferita anche la proprietà dell'immobile. (In altre parole – ha evidenziato la Suprema corte – data per acquisita la circostanza che ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio, volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio medesimo, deve ritenersi nullo per illiceità della causa, è di ogni evidenza che una simile nullità travolge anche la pattuizione finalizzata a rappresentare il sinallagma. Altrimenti, si precisa da parte del Supremo collegio, non solo l'attribuzione patrimoniale concretizzata dall'obbligo a contrarre resterebbe priva di causa, ma verrebbe finanche vulnerata la nozione di causa del contratto, nella quale rileva il punto di incontro degli interessi concretamente perseguiti (e nel contratto espressi), essendo la disciplina del negozio giuridico qualificabile sempre come disciplina di interessi concreti, assetto di situazioni e rapporti e sintesi del mutamento così instaurato)».

La (di poco) successiva Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224 ha poi ribadito che «Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico – patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o

mancato, già alcuni anni or sono, di farsi, per altro verso, alfiere della disciplina *de iure condendo* degli stessi[3]. In realtà, questo non equivale, in modo alcuno, ad ammettere che la persistente assenza di una normativa *ad hoc* impedisca il ricorso, già oggi, al generale principio di libertà contrattuale. Semmai, non vi è dubbio sul fatto che la presenza di tale positiva disciplina servirebbe, da un lato, a sgombrare definitivamente il campo dalle (ingiustificate) resistenze che molti ancora oggi oppongono e, dall'altro, a fornire di adeguata e ragionevolmente certa risposta tutta una serie di interrogativi che si pongono sulla tutela di posizioni quali, ad esempio, quella della parte eventualmente "debole", o sull'esatta delimitazione delle "sfere di competenza" del notaio, dell'avvocato e del giudice. La citata proposta viene ora qui rielaborata e completata con i necessari interventi sul versante delle unioni libere, anche alla luce delle gravissime perplessità sollevate dalla tecnica seguita dalla riforma del 2016 in tema di contratti di convivenza, come sarà meglio illustrato in seguito.

Quella avanzata dallo scrivente non è certo la prima proposta di legge in materia. Contenuti e punti salienti di quelle presentate negli ultimissimi anni hanno già formato oggetto di un particolare studio, cui si fa qui, per brevità, mero rinvio[4]. Il "difetto" di tali esercizi, però, è quello di recare evidenti le stigmate delle rispettive categorie professionali di provenienza. Con il presente lavoro si

addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio. Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5, ottavo comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 – a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico –, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati *secundum ius*, non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio ».

[3] Cfr. G. OBERTO, *Proposta di legge in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, disponibile alla pagina web seguente: http://giacomooberto.com/proposta_di_legge_Oberto_accordi_in_vista_della_crisi_coniugale.htm; il contributo è stato pubblicato con il titolo Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale, in *Fam. e dir.*, 2014, 88 ss. Le soluzioni ivi proposte sono condivise da A. SPADAFORA, *Lo* status *coniugale e gli* status *paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 1092 ss., 1123 ss.

[4] Cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 92 ss.

tenta invece di fornire una visione *super partes*, tenendo chiaramente distinti, ancorché possibilmente convergenti, i ruoli del notaio, dell'avvocato e del giudice. Soprattutto, per ciò che attiene alle prime due categorie, si è cercato di trasfondere in proposte di norme concrete la fondamentale distinzione di contenuti che il contratto prematrimoniale (così come il contratto pre-unione civile, ma anche pre-convivenza) può avere: dall'accordo sulle conseguenze della crisi del rapporto in tema di assegni postmatrimoniali (in tutte le loro possibili forme), all'intesa circa le conseguenze che il fallimento dell'unione può produrre sull'assetto del regime matrimoniale prescelto, al *pacte de famille* sulla conservazione e sulla trasmissione *post mortem* del patrimonio familiare. In queste due ultime situazioni è evidente che solo un intervento riformatore potrebbe aiutare, da un lato, a restituire al regime legale la *souplesse* necessaria ad evitarne il rifiuto da parte della stragrande maggioranza delle nuove coppie[5], e, dall'altro, ad arginare, per lo meno in questo limitato settore – conformemente del resto ad una tradizione secolare, inopportunamente eliminata dal radicalismo giacobino della legislazione rivoluzionaria – la straripante invadenza del divieto dei patti sulle successioni future.

L'approvazione, nel 2016, della riforma sulle unioni civili e, soprattutto, sulle convivenze di fatto[6] ha però posto prepotentemente alla ribalta la necessità

[5] L'argomento è sviluppato in G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (già diretto da) e SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 2010, 372 ss.

[6] L. 20 maggio 2016, n. 76. Per alcuni commenti alla medesima cfr. AA.VV., in SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 169 ss.; v. anche (oltre agli Autori che verranno citati oltre, in relazione a singoli profili) L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 1 ss.; ID., *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it*., 2016, 1779 ss.; M. BLASI - R. CAMPIONE - A. FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, *passim*; G. BUFFONE, *Convivenze di fatto: si "gioca la partita" degli orientamenti*, in *Guida dir.*, 2016, 26, 15 ss.; ID., *L'elemento costitutivo passa per l'iscrizione agli uffici anagrafici*, *ibidem*, 22 ss.; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, *passim*; G. DOSI, *Unioni civili: tre forme giuridiche regolano la "famiglia"*, in *Guida dir.*, 2016, 23, 6 ss.; M. FINOCCHIARO, *Su richiesta le parti possono sottoscrivere un "contratto"*, in *Guida dir*., 2016, 25, 84 ss.; ID., *Con l'iscrizione nei registri anagrafici l'atto è opponibile*, in *Guida dir*., 2016, 25, 88 ss.; ID., *Quando scattano nullità, sospensione e risoluzione*, in *Guida dir*., 2016, 25, 90 ss.; ID., *Contratto stipulabile con atti pubblici o scritture autenticate*, in *Guida dir*., 2016, 26, 26 ss.; M. FIORINI - M. LEO, *Formazioni sociali con doppia disciplina "a geometria variabile"*, in *Guida al dir.*, 2016, 25, 62 ss.; A. FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it*., 2016, 1789 ss.; F. GRECO, *Il contratto di convivenza*, in GORGONI (a cura di), AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di

di affrontare la questione della previsione delle conseguenze patrimoniali del possibile naufragio di un rapporto affettivo anche nell'ottica di quelle unioni che le parti non intendono formalizzare sotto il profilo personale, pur senza escludere che questioni d'ordine patrimoniale possano un giorno venirsi a porre.
Sul piano della ripartizione dei ruoli, poi, la riforma Cirinnà segna una sorta di "tregua", conclusa tra notai ed avvocati, con la disposizione del comma 51, che, nella sua formulazione, crea in realtà più problemi di quanti ne risolva, proprio perché non preceduta da un parallelo lavoro normativo sul versante delle intese *inter coniuges*.
Ineludibile, quindi, appare la necessità di studiare intrecci, rapporti, "dialoghi" ed ispirazioni reciproche tra i più vari tipi di accordi destinati a risolvere in via preventiva questioni che finiscono con il porsi in maniera sovente assai simile, se non addirittura identica, in entrambi i principali tipi di famiglia oggi esistenti in Italia: quella, cioè, fondata sul matrimonio (o – il che sostanzialmente è lo stesso – sull'unione civile), da un lato e, in alternativa, quella basata sulla semplice convivenza di fatto.

2. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Suggerimenti di carattere generale

Cominciando, dunque, dai possibili suggerimenti in materia di contratti in vista della crisi del matrimonio (o dell'unione civile), appare logico iniziare dal profilo terminologico, ove sembra preferibile abbandonare la dizione (proposta invece da quasi tutti i progetti di legge ad oggi in vario modo pubblicati) di "accordi prematrimoniali".
L'attributo "prematrimoniale" – a parte l'impropria evocazione, in un ambiente ancora fortemente marcato dalla tradizione cattolica, degli esecrati rapporti sessuali ugualmente aggettivati – finisce con l'essere assai limitativo.

Romagna, 2016, 263 ss.; F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 1 ss.; M. MAGLIETTA, *Convivenze di fatto: gli spiacevoli effetti collaterali*, in *Guida dir*., 2016, 25, 8 ss.; V. MAGLIONE - S. PASCASI, *Coppie di fatto: la legge «segue» i giudici*, in *Il Sole 24 ore*, Lunedì 9 Maggio 2016 - n. 126, 26; S. ROSSI, *La "legge Cirinnà" tra love rights e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016, 979 ss.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it*., 2016, 1792 ss.; A. SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge*, in *Giur. it*., 2016, 1808 ss.; F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 7 ss.; S. PATTI, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Familia*, 2017, 3 ss.

L'esperienza dimostra, infatti, che molte delle intese qui in discorso sono stipulate non già prima del matrimonio, bensì in costanza di esso, laddove ciò che caratterizza questi accordi non è tanto il momento in cui gli stessi sono conclusi rispetto al giorno del fatidico "sì", bensì la loro natura *in contemplation of divorce*. Per giunta, alcune delle proposte di questi ultimi anni discriminano tra accordi prematrimoniali ed accordi successivi alla celebrazione delle nozze, vuoi rendendo (chissà mai perché) possibili solo i primi, vuoi imponendo (anche qui non si comprende bene per quale ragione) il rispetto di forme diverse[7]. Quanto sopra spiega dunque l'opzione per la formula "accordi preventivi sulla crisi coniugale", laddove l'aggettivo "preventivi" chiaramente si riferisce ad un momento precedente rispetto alla crisi dell'unione e non necessariamente alla costituzione del rapporto di coniugio.

Quanto, poi, al richiamo alla "crisi coniugale", anziché al divorzio, si è voluto qui rendere omaggio a quell'espressione («contratti della crisi coniugale») che – da chi scrive inventata in una piovosa giornata nizzarda dell'inverno 1998, quale titolo del lavoro che sarebbe stato pubblicato all'inizio dell'anno successivo – ha ormai preso piede in questi ultimi anni (anche nelle diligenti copiature di taluni Autori: ma pure questo fenomeno è, in fondo, indice di successo!). E del resto è evidente che, almeno fino a quando la separazione legale conserverà, nella stragrande maggioranza dei casi, la sua caratteristica di *condicio sine qua non* per il divorzio, la maggior parte dei nodi che formano potenziale oggetto di un'intesa del genere di quelle in discorso continueranno a venire al pettine già in sede di separazione[8].

D'altro canto, lo scrivente vorrebbe caratterizzare la propria proposta rispetto alle altre, proprio perché, piaccia o meno, dogmaticamente corretto o scorretto che sia, anche l'annullamento del matrimonio è uno dei modi con i quali si celebra e si risolve la crisi coniugale; inoltre, proprio in relazione all'annullamento,

---

[7] Cfr., rispettivamente, il d.d.l. S/2629/XVI d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011 recante il titolo "Modifiche al codice civile e alla l. 1º dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali" e la proposta dell'Ami, su cui cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 93 ss., 96 ss.

[8] Proprio per questa ragione lo scrivente è riuscito a far inserire il riferimento all'espressione e al concetto di *crise du mariage/marriage crisis*, anziché a quello di divorce, in seno ai lavori del gruppo Saturn della Cepej del Consiglio d'Europa, al fine di rendere comparabili tra di loro i dati sull'efficienza della giustizia in tale settore nei Paesi membri del Consiglio d'Europa: cfr. ad es. il meeting report di cui alla pagina web seguente: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1944035&Site=COE, nonché il questionario disponibile alla pagina web seguente: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/meetings/2012/13_2012_Saturn_questinnaire_fr.asp.

la Cassazione ha, come noto, già affermato la piena validità di possibili intese preventive[9]. Di siffatto aspetto non sembra tener conto neppure la proposta più recente presentata al Parlamento, vale a dire il d.d.l. C/2669/XVII d'iniziativa dei deputati Morani e D'Alessandro, dal titolo "Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali", datata 15 ottobre 2014, che pure costituisce, sul piano tecnico, un enorme passo in avanti rispetto al precedente progetto parlamentare pubblicato sullo stesso tema tre anni e mezzo prima[10].

Si tenta dunque nella presente sede di fornire[11] una definizione degli accordi in discorso caratterizzandoli, appunto, per la *contemplation* della crisi coniugale, nelle sue varie forme, ma anche ancorandone l'oggetto alla predeterminazione, da un lato, delle "condizioni" della separazione, del divorzio e dell'annullamento del matrimonio e, dall'altro, dei "rapporti patrimoniali" da tali pronunzie dipendenti. In tal modo si è voluto attribuire rilievo, *in primis*, alle pattuizioni su profili di carattere eventualmente anche non patrimoniale (dalla decisione sulla conservazione del cognome del marito, alle intese sull'esercizio della responsabilità genitoriale, tanto per citare due esempi)[12], secondo il significato usualmente attribuito al termine "condizioni della separazione" o "condizioni del divorzio"[13].

Ciò spiega perché si è evitato nella specie l'utilizzo del termine "contratto", sebbene il richiamo alle norme codicistiche della parte generale di siffatto istituto giuridico si imponga, sia per le pattuizioni su prestazioni di carattere patrimoniale (che al *genus* contrattuale sicuramente appartengono), sia per quelle non aventi natura patrimoniale, in base alla nota teoria sul negozio giuridico familiare[14].

[9] Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur*., 1993, 822, con nota di LOMBARDI; in *Giur. it*., 1993, I, 1, c. 1670, con nota di CASOLA; in *Nuova giur. civ. comm*., 1993, I, 950, con note di CUBEDDU e di RIMINI; in *Vita not*., 1994, 91, con nota di CURTI; in *Contratti*, 1993, 140, con nota di MORETTI.

[10] Si tratta del già citato d.d.l. S/2629/XVI d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011.

[11] Cfr. art. 162-*bis* c.c. nella proposta qui presentata: v. *infra*, § 12.

[12] Su questi temi si fa rinvio a G. OBERTO, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, in *Riv. not*., 1999, 337 ss.

[13] G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 700 ss.

[14] I fondamenti della nota teoria di Francesco Santoro-Passarelli sono rinvenibili in F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur*., 1945, 3 ss. e in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381 ss., su cui cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 103 ss., 116 ss. Sul tema v. inoltre A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 213 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi*

3. Segue. I profili di carattere patrimoniale. Il ruolo del giudice

Ineludibile appariva poi la necessità di trattare nella proposta qui in discussione, in un'ottica postconiugale, il tema delle intese attinenti al regime patrimoniale. Per questa ragione il riferimento ai «rapporti patrimoniali dipendenti dall'eventuale separazione personale, così come dall'eventuale annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio»[15] – già presente, per ciò che attiene alla separazione ed al divorzio, nella proposta avanzata nel 2011 dal Notariato – è parso il più idoneo a consentire alla *voluntas contrahentium* di eventualmente modellare il regime patrimoniale in modo da conformarlo alla necessità di soddisfare istanze solidaristiche per la sola ipotesi di cessazione dello stesso in situazioni diverse dalla crisi (morte, fallimento, convenzione matrimoniale, ecc.). Non vi è dubbio che una formulazione del genere (unita alla regola in tema di forma, di cui verrà detto tra poco) dovrebbe consentire, ad esempio, alle parti (all'uopo opportunamente informate dal notaio) di optare per una comunione, vuoi legale, vuoi convenzionale ("allargata" o "ristretta", a seconda dei casi e dei desideri dei coniugi) munita di una *clause alsacienne*, in forza della quale il regime comunitario è destinato a venir meno, con efficacia retroattiva, in caso di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio[16], persistendo, invece, per le altre ipotesi previste dall'art. 191 c.c.

patrimoniali familiari, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 446 ss. (lo scritto è anche pubblicato in FUCCILLO (a cura di), AA.VV., *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, 2002, 93 ss.); G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 3 ss.; M. COSTANZA, *Rapporti patrimoniali e autonomia privata*, in FERRANDO (diretto da), AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato, II, Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 256 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, *ibidem*, 235 ss.; C. CRIACO, *Liberalità e rapporti patrimoniali tra coniugi*, Milano, 2008, 12 ss.; A. SPADAFORA, *Lo* status *coniugale e gli* status *paraconiugali tra legge e autonomia privata*, cit., 1092 ss.

[15] Cfr. art. 162-*bis* c.c., primo comma, su cui v. *infra*, § 12.

[16] Tramite tale *clause alsacienne*, invero, le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione (cfr. P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, 89, 325 ss.). Il risultato perseguito è sicuramente commendevole. Come rilevato dalla dottrina transalpina (A.S. BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Orléans, 2009, 267), «*En période de divortialité galopante, on peut comprendre la préoccupation des époux de faire en sorte que le bénéfice susceptible d'être tiré du régime matrimonial soit minimal en cas de divorce et maximal en cas de décès. La clause de liquidation alternative répond à cette attente (également dénommée clause alsacienne en raison de son développement par les praticiens alsaciens en réponse à la fréquence de la communauté universelle dans cette région, pour des raisons historiques). Elle*

Alle parti sarà altresì consentito – conformemente a quanto avviene in praticamente tutti i sistemi nei quali la comunione, nelle sue varie epifanie, costituisce il regime legale[17] – optare per una comunione a quote diverse da quelle necessariamente *fifty-fifty*, oggi imposte dagli artt. 194 e 210 c.c., in modo tale da poter dar rilievo ad un'eventuale differenza tra gli apporti dell'una e dell'altra parte per gli acquisti operati dal *ménage* coniugale[18].

---

consiste, dans le cas d'une communauté universelle, à liquider celle-ci différemment selon la cause de dissolution. En cas de dissolution par décès, les règles de la communauté universelle s'appliquent. Au contraire, en cas de dissolution par divorce, la liquidation est réalisée comme s'il s'agissait d'une communauté réduite aux acquêts, par la possibilité offerte à chacun des époux de reprendre ses "apports", c'est-à dire les biens qui auraient été propres en régime légal ou les biens non constitutifs d'acquêts» (in generale sulla *clause alsacienne* v. anche i riferimenti in G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 386, nota 171; II, Milano, 2010, 1671, nota 198). La clausola viene da tempo ritenuta, dalla giurisprudenza, conforme al sistema del *Code Civil*: nel senso che «*Ne porte pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales la clause par laquelle, dans le cadre d'un régime de communauté universelle, chaque époux reprendrait, en cas de dissolution de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef*» v. App. Colmar 16 maggio 1990, in *Rép. Defrénois*, 1990, 1361, con nota di CHAMPENOIS; in *JCP*, 1991, éd. N., II, 17, con nota di SIMLER. Ancora vent'anni dopo la validità della clausola è stata ribadita da Cass. 1ère civ. 17 novembre 2010, n. 09-68292, la quale ha affermato che la stessa «*ne confère aucun avantage matrimonial», confermando l'avviso della dottrina, secondo cui «loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise*» (P. SIMLER, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du code civil*, in *JCP*, N 2005, 1265). Anche per Cass.1ère civ. 17 janvier 2006, la clausola è valida, costituendo «*un aménagement des règles du partage (le bien repris est commun), qui ne porte pas atteinte à l'immutabilité ou à l'unicité du régime matrimonial*». Essa ha infine ricevuto un ulteriore avallo dalla riforma francese del 23 giugno 2006 (sulle successioni e liberalità), in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un terzo comma all'art. 265 del Code, a mente del quale «*si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu' ils auront apportés à la communauté*». *Il successo che siffatto tipo di intesa ha ottenuto, unitamente all'introduzione della disposizione normativa testé citata, aprono il varco a nuove audacie applicative, sempre nel segno di un'ampliata libertà negoziale: «Dans l'hypothèse dans laquelle les époux auraient prévu une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, ils pourraient prévoir une double clause: une clause de reprise des apports en cas de divorce et une clause d'exclusion de reprise des apports en cas de décès. On pourrait, également, songer à la clause qui exclurait, dans le contrat de mariage portant adoption du régime de participation aux acquêts, le calcul de la créance de participation en cas de dissolution du mariage par divorce. Les époux préféreront organiser par anticipation une telle modulation, plutôt que d'opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage*» (A.S. BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux*, loc. ult. cit.).

[17] Cfr. G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 172 ss., 380 ss.; II, cit., 1652 ss., 2020, nota 40.

[18] Cfr. le proposte modifiche agli artt. 194 e 210 c.c., su cui v. *infra*, § 12.

Proprio tali aspetti evidenziano la possibile "concorrenzialità", nella predisposizione dei relativi patti, tra la funzione dell'avvocato e quella del notaio.

Se è vero, infatti, che il profilo degli accordi sulle "condizioni" della separazione, del divorzio o dell'annullamento del matrimonio apparirebbe, almeno di primo acchito, ricadere *naturaliter* nella sfera di competenza dell'avvocato, è altrettanto innegabile che a ciò si potrebbe subito obiettare che la prospettiva antiprocessuale[19] propria degli accordi preventivi potrebbe non sempre adattarsi ad essere pienamente recepita da una categoria professionale eminentemente impegnata sul profilo contenzioso (ovvero su quello consensuale, in un momento che si pone, però, sempre «a valle» rispetto al matrimonio ed alla crisi coniugale). D'altro canto, la stesura di accordi che implichino la modifica del regime patrimoniale (ancorché nell'ottica della crisi coniugale) viene a dar vita a vere e proprie convenzioni matrimoniali, per la redazione delle quali è competente, come noto, il solo notaio.

Per queste ragioni, e per evitare il blocco di un processo evolutivo positivo, derivante da possibili veti incrociati delle due categorie professionali, sembra opportuno definire con precisione i limiti delle rispettive sfere di competenza, indicando nel notaio l'unico professionista legittimato a rogare accordi in vista della crisi coniugale contenenti modifiche alle norme in tema di regimi patrimoniali della famiglia, così come eventuali patti successori endofamiliari[20].

Gli altri accordi preventivi potranno invece essere, indifferentemente, vuoi rogati da notaio, vuoi stipulati con mera scrittura privata, autenticata però da un avvocato cassazionista, previa sottoposizione a quella ulteriore forma di garanzia che nel mondo anglosassone viene designata come *independent legal counsel*[21].

Si è ritenuto invece di escludere l'applicabilità delle citate regole in materia di forma nel caso di accordi conclusi in sede di separazione personale in

---

[19] Che, come noto, il Carnelutti ricollegava al *proprium* della funzione notarile: cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not*., 1951, 8.

[20] Cfr. art. 162-*bis*, undicesimo comma, c.c., come da proposta riportata *infra*, § 12.

[21] Su cui v., anche per i richiami alla dottrina dei sistemi di *common law*, G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 73, 88, 94. Tanto per portare un ulteriore esempio, questa volta tratto dall'esperienza di *civil law*, anche l'art. 231-20 del *Codi Civil de Catalunya* stabilisce, al secondo comma, che il notaio, prima di rogare il patto prematrimoniale, «*ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori i els ha d'advertir de llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l'apartat 4*» (vale a dire l'informazione reciproca sui redditi e patrimoni dei contraenti).

vista del divorzio. La ragione di ciò risiede nel fatto che siffatte intese sono oggetto di omologazione, nel caso di separazione consensuale, o comunque vengono recepite dalla sentenza pronunziata su conclusioni conformi in caso di separazione «consensualizzata»: la peculiare situazione in cui questi accordi maturano appare dunque tale da sconsigliare il ricorso a forme più rigorose e ciò anche nel caso in cui le parti si fossero avvalse della (ad avviso di chi scrive, peraltro, criticabile) possibilità concessa da molti tribunali di presentare e discutere il ricorso per separazione consensuale senza l'assistenza di un difensore. Lo stesso vale per gli accordi di separazione consensuale raggiunti tramite procedura di negoziazione assistita da avvocati o di fronte ad ufficiale dello stato civile (artt. 6 e 12 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162). Anche qui, invero, le regole formali imposte dalla legge sembrano comunque garantire il pieno rispetto dell'integrità e della "ponderazione" del consenso prestato dalle parti.

Passando a trattare del ruolo del giudice, va detto che, a differenza di taluni progetti di legge, che investono l'autorità giurisdizionale di una funzione arcaicamente paternalistica, facendole carico di operare, praticamente, un'imprescindibile revisione dei *pacta*, per adattarli a criteri di supposta equità, oppure invocando una (impropria) "ratifica" delle intese, si è qui inteso scongiurare il risultato di fomentare la litigiosità delle parti, pervenendo a risultati diametralmente opposti rispetto a quelli che la negozialità endofamiliare dovrebbe perseguire.

Tutto al contrario, si è scelta la via di attribuire al giudice la veste che gli è più pertinente, vale a dire quella del garante del principio secondo cui *pacta sunt servanda*. Il tribunale interverrà pertanto solo in assenza di accordi, laddove, in presenza di questi, la sua funzione sarà quella di dare atto della volontà delle parti, attribuendo all'intesa efficacia di titolo esecutivo. Sarà il caso di precisare che, sebbene in qualche situazione tale effetto potrebbe già appartenere all'atto (cfr. art. 474, nn. 2 e 3, c.p.c.), ciò potrebbe non valere per ogni tipo di accordo (si pensi ad un'intesa redatta per scrittura privata autenticata da avvocato, che preveda un'obbligazione diversa da quella descritta dall'art. 474, n. 2), c.p.c.), mentre potrebbero sorgere controversie sul verificarsi della condizione da cui la prestazione eventualmente dipende. La funzione di garanzia del giudice si esplica appieno nelle intese relative alla prole minorenne, in relazione alle quali si è prevista una procedura analoga a quella della omologazione di cui all'art. 158 cpv. c.c. o 4, sedicesimo comma, l. div.[22] La prescritta autorizzazione va richiesta peraltro solo dopo la celebrazione delle nozze, nel caso vi siano già

[22] Sulla natura sostanzialmente omologatoria della "sentenza" di cui alla citata disposizione cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 1338 ss.

figli, oppure a partire dalla nascita del primo figlio e va comunque nuovamente richiesta ad ogni eventuale successiva nascita di altri figli, atteso che l'evidente mutamento delle circostanze può diversamente modulare il giudizio di conformità delle intese all'interesse della prole.
Il meccanismo omologatorio qui *envisagé* appare di gran lunga preferibile alla via prescelta dal più recente d.d.l. presentato al Parlamento sul tema in oggetto, che affida il controllo al pubblico ministero[23], attese le perplessità formali e sostanziali sollevate in merito all'analoga attività svolta dal procuratore della Repubblica in merito agli accordi di negoziazione assistita[24].

4. Il ruolo dell'autonomia negoziale nella conformazione degli accordi preventivi in vista della crisi coniugale

Quanto ai modi con i quali si può concretamente modellare l'assetto degli eventuali rapporti postmatrimoniali, viene lasciato, nella proposta dello scrivente, il più ampio spazio all'autonomia negoziale.
In questo contesto, la norma di cui al sesto comma dell'art. 162-*bis* c.c.[25] –

[23] Cfr. art. 162-*bis*, secondo comma, come proposto dal d.d.l. C/2669/XVII, secondo cui «Gli accordi prematrimoniali riguardanti i figli minori o economicamente non autosufficienti devono essere autorizzati dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. Qualora il procuratore della Repubblica ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, ne indica i motivi e invita le parti a un'eventuale riformulazione. Qualora non ritenga autorizzabile neppure la versione eventualmente riformulata, nega definitivamente l'autorizzazione».
[24] Sul tema v. per tutti M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia familiare*, in http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwju_ZWCzu3XAhWSC-wKHc1EDSgQFgguMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.scuolamagistratura.it%2Fcomponent%2Fphocadownload%2Fcategory%2F497-formazione-permanente-p16035.html%3Fdownload%3D9696%3AP16035_Ruvolo_%2520negoziazione%2520assistita&usg=AOvVaw17I2jsGGWjBCL34cv-vUXC; V. AMENDOLAGINE, *Processo civile: le novità del decreto degiurisdizionalizzazione*, Milano, 2014, 99 ss.; F. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1143 ss.; ID., *Il M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, ivi, 2017, 69 ss.; J. POLINARI, *La negoziazione assistita*, in PUNZI (a cura di), AA.VV., *Il processo civile. Sistema e problematica. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 435 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it.*, 2015, c. 22 ss.; A. TRINCHI, *La negoziazione assistita nei procedimenti di famiglia*, in *Studium iuris*, 2016, 135 ss.
[25] V. *infra*, § 12.

secondo cui «Le parti possono anche costituire su uno o più immobili o mobili iscritti in pubblici registri un vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 2645-*ter*, in favore dei coniugi stessi, o di uno solo di essi, così come dei figli, sia per la durata del rapporto matrimoniale, che dopo l'eventuale verificarsi della separazione personale, dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio» – potrebbe anche ritenersi superflua, se autorevole dottrina non avesse addirittura prospettato l'inapplicabilità dell'art. 2645-*ter* c.c. alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale potrebbe darsi vita solo ad un fondo patrimoniale[26]. In ogni caso non va trascurata la funzione "didattica", "premiale" e "incentivante" che l'adozione di una normativa *ad hoc* può assumere, nello stimolo agli operatori ad utilizzare strumenti che l'ordinamento già pone a disposizione dei soggetti in linea generale. Siffatto profilo è stato, del resto, colto anche dalla più recente proposta di legge presentata al Parlamento sul tema qui in esame[27].

Lo stesso rilievo vale per quello che si avvia a diventare un "classico" della crisi coniugale, vale a dire il rilievo che l'eventuale instaurazione di una convivenza *more uxorio* – da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti – può dispiegare sull'efficacia dell'assetto postmatrimoniale. Anche in questo caso è opportuno che le parti s'accordino, espressamente, attribuendo o negando rilievo a tale eventualità[28]. Proprio per tale ragione, nella versione qui proposta del settimo comma dell'art. 162-*bis* c.c., si prevede che le parti possano «predeterminare, oltre all'ammontare e all'oggetto delle eventuali prestazioni da corrispondere a seguito della separazione personale o dell'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche le condizioni delle predette prestazioni, ivi compresa l'eventuale cessazione di quelle periodiche o, al

[26] Il dubbio è sollevato da G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ*., 2007, 321 ss. *contra* G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in CALVO - CIATTI (a cura di), AA.VV., *Le destinazioni patrimoniali*, in GABRIELLI - RESCIGNO (a cura di), *Trattato dei contratti*, Torino, 2014, 236 ss.

[27] Cfr. art. 162-*bis*, terzo comma, c.c., nella proposta di cui al d.d.l. C/2669/XVII: «Negli accordi prematrimoniali un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro *una tantum* ovvero un diritto reale su uno o più immobili, anche con il vincolo di destinare, ai sensi dell'articolo 2645-*ter*, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi».

[28] Ovviamente le clausole dovranno tenere conto del necessario rispetto dei principi d'ordine pubblico: così, ad esempio, non sarebbe valido l'impegno a non iniziare una convivenza *more uxorio*: il tema è sviluppato in G. OBERTO, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, cit., 337 ss.

contrario, la persistente debenza delle stesse a seguito dell'instaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti».
A differenza di quanto verrà detto in relazione agli alimenti tra ex conviventi di fatto[29], si è voluta ribadire per i coniugi la relativa irrinunziabilità, stabilendosi che le pattuizioni in esame[30] «possono anche contenere la rinunzia, totale o parziale, di una delle parti al mantenimento da parte dell'altra, così come alle prestazioni patrimoniali previste dagli articoli 129 e 129-*bis* o all'assegno previsto dalle disposizioni in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, salvo il diritto dei coniugi agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti». Quanto sopra, evidentemente, in omaggio alla regola secondo cui il vincolo matrimoniale fonda un dovere di solidarietà destinato necessariamente a durare sin tanto che il vincolo personale perdura.
L'ottavo comma dell'art. 162-*bis* c.c., nella proposta elaborata dallo scrivente, configura un vero e proprio *trust* all'italiana a tutela di uno dei (rari) casi in cui l'importazione dell'istituto anglosassone ha veramente un senso ed una sua causa meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, vale a dire la cura o il sostegno di figli disabili[31].
La materia dei trasferimenti e della costituzione di diritti è trattata sia dal citato comma ottavo (trasferimento in favore di un fiduciario ed eventuale ritrasferimento in capo al conferente o in capo a terzi beneficiari finali, quali gli stessi figli), sia dal quinto comma dello stesso art. 162-*bis* c.c., nella versione qui proposta dallo scrivente, che contempla la possibilità per le parti di regolare i rapporti postmatrimoniali reciproci (nonché quelli relativi alla prole: ma pure in questo caso è evidente la necessità di una autorizzazione diretta a riscontrare nella specie la rispondenza agli interessi dei figli minori) anche a mezzo dei citati atti traslativi[32]. Come è oggi già consentito in sede di contratti della crisi coniugale, il trasferimento o la costituzione potranno avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla

[29] Su cui v. *infra*, § 11.
[30] Cfr. l'inciso finale del settimo comma dell'art. 162-*bis* c.c., sui cui v. *infra*, § 12.
[31] Cfr. ad es. la già citata proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino; cfr. inoltre l'art. 162-*bis*, ottavo comma, c.c., su cui v. *infra*, § 12. Secondo tale possibile disposizione, «8. Un coniuge può anche trasferire, o impegnarsi a trasferire, all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli disabili per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità». Conforme a tale indicazione appare anche il sesto comma dell'art. 162-*bis* c.c. nella versione proposta dal d.d.l. C/2669/XVII.
[32] V. *infra*, § 12.

condizione sospensiva della crisi coniugale. Si è ritenuto di dover precisare che, nel primo caso, gli impegni ad operare il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali sono assistiti, in caso di inadempimento, dal rimedio di cui all'art. 2932 c.c.

Non si è ritenuto opportuno, invece, porre limitazioni quantitative ai trasferimenti in discorso, secondo quanto previsto, invece, dal citato d.d.l. C/2669/XVII, che intenderebbe contenere entro la «metà del proprio patrimonio» siffatte attribuzioni[33]. Una previsione del genere, invero, contrasterebbe con la piena libertà di liberalità *inter coniuges*, sancita nel nostro ordinamento a partire dalla nota decisione della Consulta del 1973[34]; eventuali violazioni delle quote ereditarie indisponibili pertoccanti ad altri familiari dovrebbero trovare rimedio, se del caso, nelle disposizioni in materia di tutela della legittima.

L'eventuale funzione traslativa delle intese in discorso deve poi anche trovare un riscontro nelle disposizioni in tema di pubblicità. Così, mentre si chiarisce nella proposta qui avanzata, a scanso di equivoci, che anche la scrittura privata autenticata da avvocato, *ex* art. 162-*bis* c.c., è titolo idoneo alla trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c., il nuovo art. 2647-*bis* c.c. si occupa di fornire di adeguata pubblicità dichiarativa tali accordi, mentre all'art. 2653 c.c. viene aggiunto un n. 6), che consente la trascrizione delle domande giudiziali dirette all'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'articolo 162-*bis*, qualora abbiano ad oggetto l'impegno ad effettuare il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale per effetto delle citate convenzioni. La pubblicità delle domande di mero accertamento di effetti reali legati al verificarsi di eventi della crisi coniugale pare invece già «coperta» dal n. 1) del citato articolo.

La pubblicità per annotazione sull'atto di matrimonio sarà poi richiesta per le

[33] Cfr. art. 162-*bis*, comma 4, c.c.

[34] Cfr. Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91. Come rilevato in dottrina «L'abrogazione del divieto è ricca di implicazioni perché rende 'automaticamente' legittima ogni attività negoziale tra coniugi. Anzi, proprio perché l'attività negoziale tra coniugi si presume fondata sugli affetti familiari, essa viene ora in qualche misura agevolata e protetta. Il 'mutuo amore' o la riconoscenza o, comunque, l'affetto (in sintesi: le situazioni esistenziali) se nel diritto romano doveva soggiacere alle 'istanze' patrimoniali, ora invece diviene la privilegiata ragione giustificatrice degli atti di attribuzione patrimoniale; e ciò dipende dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona» (così G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 182 ss. Prima ancora cfr. R. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in CARRARO - OPPO - TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 334).

convenzioni che operano la modifica del regime patrimoniale, come disposto dal secondo comma dell'art. 162-*bis* c.c.[35]
Il problema dell'adeguamento dei patti al mutamento delle circostanze è stato risolto in senso favorevole al mantenimento di un notevole grado di "certezza" dei rapporti, mercé l'espressa esclusione dell'operatività della clausola *rebus sic stantibus* (che la volontà delle parti potrà invece sicuramente introdurre, dandosi peraltro carico di specificare con sufficiente precisione quali circostanze determineranno il mutamento, e in quale misura, degli impegni assunti). Viene invece espressamente richiamato dal dodicesimo comma dell'art. 162-*bis* c.c. della citata proposta legislativa dello scrivente il generale rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. D'altro canto si è anche chiarito che le parti, al fine di attribuire all'intesa il massimo livello di certezza ipotizzabile, potranno escludere anche la possibilità di fare ricorso al citato rimedio, avvalendosi della facoltà in linea generale concessa dall'art. 1469 c.c.[36]

5. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. L'insegnamento ricavabile dal raffronto tra le due categorie

Una proposta di legge che si limitasse a disciplinare i profili sopra esaminati, in relazione al solo profilo dei vincoli fondati sul matrimonio (o sull'unione civile) non coglierebbe però il complesso delle relazioni giusfamiliari del terzo millennio. Imprescindibile appare infatti, oggi, l'instaurazione di un "dialogo" con l'esperienza maturata nello studio delle questioni legate ai contratti di convivenza. Ed infatti, che tra le due categorie si pongano forti legami ed interazioni è dimostrato, innanzi tutto, dall'osservazione di alcune tra le più significative esperienze straniere.
Così, posizionandoci idealmente ai nostri antipodi, e collocandoci temporalmente nel lontano 1984, scopriamo che, in una delle prime legislazioni al mondo ad occuparsi dei contratti di convivenza, vale a dire nel *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud (Australia), si prevede espressamente (art. 44) che un

[35] V. *infra*, § 12.
[36] Cfr. il proposto art. 162-*bis*, dodicesimo comma, c.c., su cui v. *infra*, § 12, secondo il quale «Salvo patto contrario, le convenzioni di cui al presente articolo non sono passibili di modificazione o revisione ai sensi degli articoli 710 c.p.c. e 9, legge 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modifiche. Alle convenzioni di cui al presente articolo trova applicazione l'articolo 1467 c.c. Resta ferma la possibilità di attribuire alla convenzione la natura di contratto aleatorio ai sensi dell'articolo 1469 c.c.».

accordo di convivenza possa essere «*made in contemplation of the termination of a domestic relationship*». Proprio tale disposizione (ora inserita nel *Property (Relationships) Act*) ha, in tempi meno remoti, contribuito a determinare l'introduzione per via legislativa dell'ammissibilità della stipula di *prenuptial agreements*, conclusi anche eventualmente in *contemplation of divorce*, per effetto della riforma di cui al *Family Law Amendment Act* 2000, in vigore in Australia dal 1° gennaio 2001[37]. Si è, invero, constatato al riguardo che «*it seemed 'illogical' that parties to a de facto relationship may have contractual rights or entitlements enforceable by a court, whereas agreements by parties who intend to marry will generally after marriage not be recognised as binding or enforceable by the Family Court*»[38].

In luoghi e tempi più vicini a noi, invece, va rilevato come, la legislazione catalana, dopo aver espressamente consentito, sin dal 1998, intese preventive, in contemplazione di una possibile rottura del rapporto, nel contesto degli accordi tra conviventi, sia eterosessuali che omosessuali[39], sia passata ad ammettere, nel relativo *Codi de familia* (art. 15), del medesimo 1998, che pure nei *capítols matrimonials*, «*hom pot determinar el règim econòmic matrimonial, convenir heretaments, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial*»[40], per

[37] Su cui v. per tutti M. PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul* Family Law Amendment Act *2000 Australiano*, in *Familia*, 2002, 153 ss.

[38] Cfr. la relazione sul *Bills Digest* No. 88 1999-2000, *Family Law Amendment Bill* 1999, preparato nel 1999 dal *Department of the Parliamentary Library del Parliament of Australia*, consultabile all'indirizzo web seguente: http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/Bd9900/2000bd088.

[39] Si v. al riguardo gli artt. 3 (per le convivenze eterosessuali) e 22 (per le convivenze omosessuali) della legge catalana n. 10 del 15 luglio 1998 (*d'unions estables de parella/de uniones estables de pareja*), secondo cui i conviventi, sin dall'inizio della loro unione, «*pueden regular las compensaciones económicas que convengan en caso de cese de la convivencia con el límite de los derechos que regula este capítulo, que son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles*». Sul tema cfr. G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. EU*, 2004, 70.

[40] V. inoltre l'art. 3 della legge aragonese n. 2 del 12 febbraio 2003 (*de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*), secondo cui «*Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio "standum est chartae"*», con una previsione comunemente interpretata come ammissiva degli accordi in vista del divorzio: cfr. M. MARTÍN CASALS E J. RIBOT, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436. Sul tema v. anche J. FERRER I RIBA, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in HOFER - SCHWAB -

poi pervenire ad un'articolata definizione di siffatto tipo di intese nel *Codi Civil de Catalunya* del 2008[41].
Ad ulteriore riprova di tale osmosi, va ricordato che, nel 2010, anche a seguito dell'apertura in Spagna del matrimonio alle coppie omosessuali, si è proceduto in Catalogna ad una revisione delle disposizioni sulla convivenza *more uxorio*, con la conseguenza che oggi il codice civile della citata regione autonoma iberica (cfr. le modifiche introdotte dalla ley 25/2010, de 29 de julio) tratta in modo uniforme le coppie conviventi omosessuali ed eterosessuali, concedendo loro la possibilità, ove non intendano accedere al matrimonio, di stipulare una escriptura pública, nella quale esse regolino svariati aspetti patrimoniali della loro unione, persino «*en previsió del cessament de la convivència*» (cfr. artt. 234-1 - 234-14 del *Codi Civil de Catalunya*), con espresso rinvio, in questo caso, alla dettagliata normativa degli accordi prematrimoniali all'uopo predisposta dal codice.

6. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Ricognizione dei possibili punti di contatto, anche alla luce della l. n. 76 del 2016

Ulteriore conferma dei punti di contatto tra le due categorie di accordi risiede in alcuni di quelli che possono costituire gli elementi qualificanti degli stessi. Il

---

HENRICH (a cura di), AA.VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld, 2005, 271 ss.

[41] Cfr. art. 231-20: «*Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial*
1. Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial es poden atorgar en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En cas que siguin avantnupcials, només són vàlids si s'atorguen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.
2. El notari, abans d'autoritzar l'escriptura a què fa referència l'apartat 1, ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori i els ha d'advertir de llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l'apartat 4.
3. Els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia.
4. El cònjuge que pretengui fer valer un pacte en previsió d'una ruptura matrimonial té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació fos rellevant amb relació al contingut del pacte.
5. Els pactes en previsió de ruptura que en el moment en què se'n pretén el compliment siguin greument perjudicials per a un cònjuge no són eficaços si aquest acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar».

cultore del diritto di famiglia sa bene che svariati tipi di questioni teoriche, ma anche di sofferte controversie giudiziali, si pongono nel medesimo modo e con la medesima frequenza nel caso di crisi della coppia, coniugata o meno che sia. Si pensi, ad esempio, alla questione della sorte delle attribuzioni patrimoniali "a senso unico" eseguite in costanza di rapporto affettivo per l'acquisto di beni operati esclusivamente (o in una quota non proporzionale all'esborso effettuato) dall'ex coniuge, già in regime di separazione dei beni, o dall'*ex partner* ed all'uno o all'altro "intestati" in modo, per così dire, "difforme" rispetto al soggetto da cui il denaro proveniva[42]. Orbene, il suggerimento[43] di inserire una clausola "preventiva" sul significato da attribuire a determinati tipi di attribuzioni patrimoniali, nel caso fossero concretamente eseguite in costanza di rapporto affettivo, sembra possedere valore e pratica utilità non solo con riguardo alle intese tra conviventi, bensì anche a quelle *inter (futuros) coniuges*. La "cartina di tornasole" dell'attendibilità di questi rilievi e dell'utilità dell'idea è rappresentata dal singolare raffronto tra la giurisprudenza in tema, ad esempio, di "mutuo" (*rectius*: allegato, ma mai dimostrato mutuo) tra coniugi o conviventi per l'acquisto di beni immobili in capo (in tutto o in parte) all'asserito "mutuatario" (coniuge o *partner* che sia), di cui abbiamo dato conto in altra sede[44], ove è dato riscontrare una curiosa convergenza, assolutamente "trasversale" rispetto ai due tipi di famiglia, sia nel modo di impostare la causa, allegazioni e *petita* della parte attrice, difese della parte convenuta, sia nella sentenza di (inevitabile) rigetto, fondata sulla semplicissima constatazione dell'inidoneità della prova dell'effettuazione di un esborso per un acquisto operato da un altro (coniuge o convivente che sia) a dimostrare la sussistenza dell'obbligazione di restituire il *tantundem* da parte del "beneficiario finale" dell'operazione.

È pur vero che dubbi sono stati espressi in dottrina sulla validità delle intese preventive tra conviventi, auspicate e proposte al riguardo dallo scrivente; dubbi attinenti all'allegato mancato rispetto del principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali accolto dal nostro ordinamento. Questo principio, si

[42] Per la trattazione delle rispettive questioni con riguardo, rispettivamente, alla famiglia fondata sul matrimonio ed in regime di separazione dei beni, da un lato, ed alla famiglia di fatto, dall'altro, cfr. G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in SCHLESINGER (fondato e già diretto da) e BUSNELLI (continuato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2005, 347 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 59 ss.

[43] Su cui v. già G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 280 ss.

[44] Cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 78 ss.

asserisce, non potrebbe infatti «essere semplicemente determinabile mediante la relatio ad un precedente negozio normativo»[45].
Siffatte perplessità appaiono peraltro agevolmente superabili ponendo mente, innanzi tutto, alla conclamata piena validità di negozi traslativi a causa esterna. Ipotesi, questa, alla quale può poi essere affiancata anche quella del contratto normativo o programmatico, specie tenuto conto dell'incontestabile dato normativo scolpito nell'art. 1321 c.c., da cui emerge che, mercé lo strumento contrattuale, le parti possono non solo costituire od estinguere, bensì anche "regolare" rapporti giuridici, senza che la disposizione distingua a seconda che tali rapporti giuridici siano già in essere o meno *inter partes*. Del resto, una volta ammessa la validità del negozio d'accertamento nel nostro ordinamento, non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione tale istituto non dovrebbe avere cittadinanza nel sistema vigente, sol perché concluso in via preventiva rispetto ai negozi che si pongono quali possibili fonti, a loro volta, di situazioni di incertezza[46]. Resta inteso, ovviamente, che la qualificazione giuridica, in caso di controversia, non potrà spettare che al giudice. Le clausole in esame servono però ad "orientare" la decisione nel caso di difetto di elementi da cui trarre, di volta in volta, indicazioni circa la sussistenza di una volontà negoziale in senso difforme[47].

[45] Cfr. in particolare F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 537 ss.

[46] Sul tema cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 161 ss.

[47] Ecco le formule suggerite al riguardo, per iniziativa dello scrivente e con la fattiva collaborazione dei Notai Antonio Diener e Francesco Striano, dal Consiglio Nazionale del Notariato (cfr. CNN, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente* more uxorio *in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza* open day, 30 novembre 2013, Roma, 2013, 34): «10.1. I pagamenti relativi a spese non comuni, ove effettuati da un convivente con mezzi propri, ma a vantaggio dell'altro convivente, sono da considerarsi liberalità d'uso o di modico valore, se di importo non superiore ad Euro … per ogni pagamento; ove invece siano di ammontare maggiore, superando i singoli importi la somma di Euro …, essi dovranno intendersi quali mutui erogati da un convivente all'altro, da restituirsi alla scadenza di mesi … dalla loro erogazione, senza interessi [ovvero: maggiorati dell'interesse pari al … per cento (%) in ragione d'anno]. La medesima regola sarà applicabile ad ogni attribuzione patrimoniale effettuata da un convivente a vantaggio dell'altro, qualora la parte interessata non dimostri che l'attribuzione è avvenuta per un titolo differente.
10.2. Le parti, ai fini civilistici e fiscali, dichiarano che la presente convenzione si configura quale strumento negoziale atipico per dedurre in obbligazioni, suscettibili di valutazione patrimoniale, le rispettive condotte comportamentali determinate dal comune legame di convivenza e che la medesima convenzione pertanto: – non è stata posta in essere da parte di essi conviventi con alcun intento donativo o liberale; – esaurisce la disciplina delle obbligazioni reciproche indicate

Altri esempi di "contaminazione" e "interazione" tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza potrebbero essere costituiti dalle intese sulla gestione della responsabilità genitoriale, in relazione sia alla prole nascitura, che a quella già nata, che a quella che venga a porre un problema di affidamento in sede di crisi dell'unione affettiva, tanto più che le relative regole[48] non possono, per definizione, differire, una volta operata la piena equiparazione tra tutte le "antiche" categorie di figli[49].

Ulteriori esempi sono ricavabili da alcuni peculiari profili di carattere patrimoniale: dalla predeterminazione del contributo del *partner* ad un'eventuale impresa familiare[50], che ben potrebbe servire di modello ad un'analoga pattuizione programmatica tra futuri coniugi (con l'attribuzione in via preventiva di eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o coniugale), alla creazione di un vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. a favore della famiglia di fatto, con l'inserimento della clausola che ne preveda l'automatica trasformazione in fondo patrimoniale nel caso di celebrazione delle nozze tra i due conviventi[51].

Sempre con riguardo a tale ultima norma potrà notarsi come questa si presti a costituire un vero e proprio "ponte" tra i due tipi di famiglia, ben potendo adattarsi a realizzare interessi meritevoli di tutela in relazione ad entrambe le formazioni sociali in discorso, una volta superata la tesi, pure autorevolmente prospettata, che predica l'inapplicabilità dell'art. 2645-*ter* c.c. alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale potrebbe darsi vita solo ad un fondo patrimoniale[52]. Per questa ragione, tanto alcuni progetti di legge sugli accordi

nel presente contratto e derivanti dal rapporto di convivenza, con conseguente esclusione di altre cause contrattuali tipiche od atipiche che non siano concordemente ed espressamente adottate per iscritto o siano meramente esecutive della presente convenzione».

[48] Regole sostanziali; per quelle processuali si fa rinvio quanto osservato in altra sede: cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 114 ss.

[49] È noto che la piena equiparazione tra la prole un tempo definita legittima e quella un tempo definita naturale è stata operata dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal successivo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, in vigore dal 7 febbraio 2014. Peraltro, sul tema specifico qui in discorso la perfetta e completa estensione delle regole attinenti a quella che oggi si chiama responsabilità genitoriale, in sede di crisi del rapporto coniugale o paraconiugale, era già stata realizzata per effetto dell'art. 4, l. 8 febbraio 2006, n. 54.

[50] Su cui v. le clausole proposte in CNN, *Guida operativa in tema di convivenza*, cit., 22 e dallo scrivente commentate ivi, 23. La partecipazione del convivente di fatto all'impresa familiare del *partner* è oggi disciplinata dall'art. 230-*ter* c.c.

[51] Cfr. CNN, *Guida operativa in tema di convivenza*, cit., 71; sul tema v. anche G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 137.

[52] V. *supra*, § 4.

prematrimoniali[53], quanto taluni formulari ufficiali di contratti di convivenza[54], vi fanno esplicito richiamo. Inutile dire, quanto alla soluzione normativa, che la possibile obiezione fondata sulla superfluità del rinvio alla disposizione sui vincoli di destinazione appare superabile sulla base della considerazione della già ricordata funzione "didattica", "premiale" e "incentivante" che l'adozione nello specifico settore giusfamiliare di una normativa *ad hoc* può assumere, nello stimolo agli operatori ad utilizzare strumenti che l'ordinamento già pone a disposizione dei soggetti in linea generale. E ciò, naturalmente, sia tra coniugi (o tra uniti civilmente) che tra conviventi di fatto.

Purtroppo, l'adozione di una disciplina positiva per i contratti di convivenza ha costituito un'occasione mancata in tal senso, attesa l'assoluta modestia della soluzione concretamente prescelta dal riformatore del 2016[55], con particolare riguardo all'individuazione di un contenuto che, disciplinato dal comma 53 dell'art. 1 della l. n. 76 del 2016, appare testualmente limitato ad ipotesi, tutto sommato, piuttosto marginali. Va però subito aggiunto che l'aver ricondotto la regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra conviventi allo schema generale del contratto consente senza esitazione alcuna di rinviare a tutti quei possibili contenuti che, pur non espressamente presi in esame dal legislatore come riferibili alla fattispecie in esame, appaiano pur tuttavia idonei a risolvere uno o più problemi concreti della coppia e non si pongano in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento ad un altro possibile punto di convergenza, costituito dalla creazione *de iure condendo* di un *trust* familiare all'italiana, di cui si rinvengono tracce in alcune proposte di legge sui patti prematrimoniali[56], ma che ben s'adatterebbe a soddisfare analoghe esigenze della famiglia di fatto. Uno specifico intervento normativo consentirebbe, tra

---

[53] Cfr. ad es. la proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino, già consultabile al sito web seguente: http://www.notariato.it/export/sites/default/en/highlights/news/archive/pdf-news/Le_proposte_del_notariato_011.pdf, ora disponibile nella pubblicazione CNN, *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, Roma, 2011.

[54] Cfr. CNN, *Guida operativa in tema di convivenza*, cit., 66 ss.

[55] Sul punto v., anche per i necessari richiami, G. OBERTO, *I contratti di convivenza, Commento all'art. 1, commi 50-63, legge 20 maggio 2016, n. 76*, in SESTA (a cura di), AA.VV., *Codice della famiglia*, cit., 1329 ss.; cfr. inoltre ID., *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, M. BLASI - R. CAMPIONE - A. FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., 59 ss.; ID., *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 943 ss.

[56] Cfr. *supra*, § 4.

l'altro, di superare le persistenti obiezioni (per molti profili largamente fondate) circa l'ammissibilità *de iure condito* di un *trust* interno, di cui si è dato conto in altra sede[57].

7. Segue. Le clausole sulla rottura del rapporto (matrimoniale o di convivenza)

Naturalmente, anche la possibilità di dedurre in condizione l'eventuale rottura del rapporto – tanto coniugale, che paraconiugale in relazione alla ripetizione di attribuzioni patrimoniali pregresse, *ad instar* di quanto effettuato dalla coppia di fidanzati cui si riferisce una nota decisione di legittimità emanata alla fine del 2012, si pone alla stregua di una soluzione aperta tanto ai coniugi, come ai conviventi, come a futuri tali[58]. Salvi gli approfondimenti che verranno presentati tra breve in relazione alle intese tra conviventi[59], sarà dunque immaginabile, quanto meno in linea di principio, legare la restituzione di un determinato importo mutuato (magari, come avvenuto nel caso testé citato, mercé un'ipotizzata *datio in solutum*) al "fallimento" (sempre per utilizzare la terminologia di quella concreta coppia) del rapporto già in atto, o che sta per costituirsi tra i due[60]. E qui, ancora una volta, a prescindere dal fatto che siffatto legame affettivo sia stato o debba essere suggellato dal vincolo matrimoniale.

Sempre in relazione alla preventiva determinazione delle conseguenze della rottura del rapporto un altro evidente punto di convergenza è costituito dalla possibile previsione di trasferimenti e di costituzione di diritti a tacitazione di eventuali pretese postmatrimoniali, analogamente a quanto già ampiamente consentito dalla giurisprudenza in tema di contratti della crisi coniugale[61]. Il

---

[57] Cfr. G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 147 ss.
[58] Cfr. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 323, con nota di OBERTO.
[59] V. *infra*, § 10.
[60] V., in relazione al caso specifico del mutuo tra futuri coniugi, Cass., 21 agosto 2013, n. 19304: «L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame».
[61] Cfr. per tutti G. OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, dal 4 marzo 2009 disponibile al seguente indirizzo web: http://www.giacomooberto.com/trasferimenti/taormina2009/relazione_oberto_taormina.htm.

trasferimento o la costituzione potranno dunque avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla condizione sospensiva della crisi coniugale.

Siffatto tipo di accordi potrebbe stipularsi tra conviventi (o ex tali), sia in via preventiva, che a chiusura di un rapporto pregresso. Inutile dire che di estrema importanza sarebbe non solo il ripristino, bensì l'estensione, tanto alle intese prematrimoniali, così come a quelle relative alla famiglia di fatto, del contenuto dell'art. 19 della legge n. 74 del 1987; disposizione che, come noto, ha cessato di esistere il 31 dicembre 2013[62], pur se inopinatamente "resuscitata" da una quanto meno "rocambolesca" circolare ministeriale[63].

È peraltro universalmente riconosciuto il contributo che la regola in esame ha dato per un quarto di secolo alla consensualizzazione delle crisi coniugali e,

---

[62] Cfr. art. 10, quarto comma, d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, così come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2013, n. 104, in vigore dal 1° gennaio 2014, il quale prevede che, con l'entrata in vigore delle nuove modalità di tassazione dei trasferimenti immobiliari, siano «soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali».

[63] Ed invero, la norma citata nel testo, sostanzialmente abrogata a partire dal 1° gennaio 2014, è stata inopinatamente «resuscitata» da una sorprendente lettura (tanto benevola per il contribuente e – sia chiaro! – sacrosanta sotto il profilo dell'opportunità, quanto radicalmente infondata sul piano tecnico-giuridico) fornita dalla circolare dell'Agenzia delle entrate n. 2/E del 21 febbraio 2014, non per nulla del tutto carente *in parte qua* della benché minima motivazione. Si riporta qui la porzione rilevante del citato provvedimento amministrativo: «9.2 Procedimenti in materia di separazione e divorzio. 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 artt. 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa". Come chiarito con la circolare 21 giugno 2012, n. 27, tali disposizioni di favore si riferiscono a tutti gli atti, documenti e provvedimenti che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare i rapporti giuridici ed economici 'relativi' al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso. Qualora nell'ambito di tali procedimenti, vengano posti in essere degli atti di trasferimento immobiliare, continuano ad applicarsi, anche successivamente al 1° gennaio 2014, le agevolazioni di cui alla citata legge n. 74 del 1987. L'articolo 10, comma 4, del decreto non esplica effetti con riferimento a tali disposizioni agevolative che assicurano l'operatività dell'istituto in argomento». Inutile ricordare che, in realtà, l'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 23/2011 dispone testualmente che «in relazione agli atti di cui ai commi 1 e 2 sono soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali». Ora, "leggi speciali" non erano certo solo quelle che prevedevano esenzioni e agevolazioni esclusivamente in relazione agli atti ivi descritti (trasferimenti immobiliari), bensì tutte quelle che comportavano tali effetti in relazione quegli atti (i trasferimenti immobiliari, appunto), vuoi "isolatamente", vuoi nel contesto di esenzioni più ampie e diverse: proprio come previsto dall'art. 19 cit., la cui "specialità" era costituita non già dal fatto di concernere solo (tanto che siffatto

in definitiva, alla positiva soluzione di almeno una parte del folto ed intricato contenzioso familiare.
Altro possibile punto di contatto (o … di scontro) tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza è rappresentato da un argomento che ormai s'avvia a diventare un "classico" della crisi coniugale, vale a dire il rilievo che l'eventuale instaurazione di una convivenza *more uxorio* – da parte dell'uno e/o dell'altro dei (futuri) coniugi – può dispiegare sull'efficacia dell'assetto postmatrimoniale, eventualmente già divisato in un'intesa prematrimoniale. Anche in questo caso è opportuno che le parti d'un *prenuptial agreement* s'accordino, espressamente prevedendo o, in alternativa, escludendo che la realizzazione di tale eventualità dispieghi effetti sulle attribuzioni postmatrimoniali (contributo al mantenimento del coniuge separato, assegno di divorzio, assegnazione convenzionale della casa coniugale, ecc.) pattuite *ex ante*, così come su quelle che dovessero venire concordate *ex post*, o eventualmente anche determinate dal giudice, in caso di separazione o di divorzio contenziosi[64].
Inutile rammentare che una soluzione del genere è valida alla sola condizione che, secondo la tesi di gran lunga preferibile, le prestazioni postmatrimoniali in oggetto (concernenti i rapporti tra i coniugi, così come quelle coinvolgenti la prole minorenne, a condizione che le stesse non si pongano in contrasto con l'interesse di quest'ultima) siano pienamente disponibili *inter partes*[65].
Correlativamente, anche un contratto di convivenza può mettere in conto la possibilità che la prestazione postmatrimoniale attualmente goduta da uno dei due *partners* (o, perché no, da entrambi) venga meno per qualche ragione (magari proprio per l'instaurazione della convivenza in oggetto). In ogni caso, ciò che appare vivamente consigliabile in ipotesi del genere è che le parti sappiano "calibrare" opportunamente, oltre che con la dovuta precisione, le reciproche contribuzioni e le condizioni di modifica o cessazione delle stesse.

avverbio, lo si ripete, nel citato art. 10 non compare!) la materia dei trasferimenti, bensì dalla circostanza di attenere ad una « materia speciale », quale il diritto tributario della crisi coniugale (e, dunque, inevitabilmente, anche il diritto tributario dei trasferimenti immobiliari in sede di crisi coniugale), rispetto alla "materia generale" costituita dal riordino della normativa fiscale sui trasferimenti immobiliari nel suo sconfinato complesso.

[64] Ovviamente le clausole dovranno tenere conto del necessario rispetto dei principi d'ordine pubblico: così, ad esempio, non sarebbe valido l'impegno a non porre in essere *tout court* una convivenza *more uxorio*: il tema è sviluppato in OBERTO, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, cit., 337 ss.

[65] Il tema è sviluppato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 379 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 389 ss., 495 ss.

8. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Analisi di alcune tra le più rilevanti divergenze

La presenza dei sopra evidenziati punti di contatto tra le due categorie di intese non deve però indurre a trascurare la sussistenza di molteplici e sostanziali differenze, sia nell'attuale contesto normativo italiano, che, in prospettiva, *de jure condendo*.

Ed invero, in un contesto quale quello che ha caratterizzato il nostro Paese sino all'approvazione della l. n. 76 del 2016, nella totale assenza di una disciplina organica del fenomeno della convivenza *more uxorio*, con particolare riguardo ai rapporti personali e patrimoniali tra i membri dell'unione di fatto, il contratto di convivenza (o, almeno, la rappresentazione che dello stesso si poteva avere nei relativi studi) tendeva ad assumere quella valenza di "carta costituzionale" della vita di una certa coppia, che, in campo matrimoniale, è svolta (per molti profili, tra l'altro, inderogabilmente) dagli artt. 143 ss. c.c. In una situazione del genere, all'accordo prematrimoniale – stretto, da un lato dalla disciplina codicistica dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio e, dall'altro, dalle regole in tema di convenzioni matrimoniali e regimi patrimoniali della famiglia legittima – non rimane che limitarsi a disciplinare i soli aspetti collegati alle prestazioni patrimoniali divorzili: dall'assegno di divorzio, ad eventuali prestazioni pecuniarie *una tantum*, a trasferimenti immobiliari o mobiliari, alla restituzione di mutui erogati prima delle nozze o durante il rapporto coniugale, ecc.

In ordinamenti nei quali, invece, la convivenza è inquadrata nell'ambito di regole para-matrimoniali, le due categorie negoziali qui in discorso (accordi prematrimoniali e contratti di convivenza) possono presentarsi come entità quasi fungibili[66]. Tanto più che in molti di tali sistemi (si pensi ad esempio, a quelli di *common law*), la distinzione tra profili attinenti a quello che noi definiamo come «regime patrimoniale» (vale a dire ai principi che attengono allo "statuto" dei beni acquistati e, più in generale, dei rapporti giuridici costituiti in costanza di matrimonio o di libera unione), da un lato, regole sull'attuazione dell'indirizzo

[66] Cfr., a mero titolo d'esempio, A. PARKMAN, *The Contractual Alternative to Marriage*, in *Northern Kentucky Law Review*, 32 (2005), 125 ss.; v. inoltre A. CLEMENS - J. JAFFE, *Drafting and Litigating Prenuptial, Cohabitation, and Marital Settlement Agreements: Program Material*, Oakland (Ca), 1981, *passim*; B. FEHLBERG - B. SMYTH, *Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year, in Int. Journal of Law, Policy and the Family*, 16 (2002), 127 ss.; A. MACKAY, *Who Gets a Better Deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA*, in *University of Western Sydney Law Review*, 7 (2003), 109 ss.

concordato, accordi sulla contribuzione, sulla prole, sulle eventuali prestazioni dovute in caso di rottura, ecc., dall'altro, risulta assai più sfumata rispetto a quanto avviene da noi[67].

La scelta concretamente operata dal Parlamento italiano nel 2016 sul versante della convivenza di fatto appare ancora diversa, laddove il nostro legislatore ha deciso (non si comprende sino a che punto consapevolmente) di astenersi dall'intervenire su quelli che sono da sempre i temi più scottanti nel contesto dei rapporti patrimoniali tra conviventi: dalla questione delle obbligazioni naturali, al quesito circa l'ammissibilità di un'azione di arricchimento al momento della cessazione del rapporto, a possibili azioni risarcitorie conseguenti alla rottura del legame, alla (dibattutissima, specie in sede giudiziale) sorte delle attribuzioni patrimoniali "a senso unico" intervenute nel corso del *ménage* di fatto. Ciò comporta che, anche alla luce della già ricordata povertà delle indicazioni fornite dal comma 53 dell'articolo unico della legge citata in tema di contenuto del contratto di convivenza, molto, per non dire quasi tutto, sia lasciato alla determinazione (e alla fantasia!) degli operatori.

Un'ulteriore differenza, sempre strettamente legata allo stato della legislazione attuale italiana, attiene poi a quello che potremmo definire come il "livello" di necessità di un intervento da parte del legislatore.

[67] Evidente è la commistione dei due profili, ad esempio, nelle argomentazioni di *Radmacher v Granatino*, [2009] EWCA Civ 649, disponibile anche alla seguente pagina web: http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed36874, su cui v. pure OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 174 ss., 204 ss., 214, nota 709. Con tale decisione, nel 2009, la *Court of Appeals* ha letteralmente demolito il precedente indirizzo contrario al riconoscimento anche nel Regno Unito degli *ante-nuptial contracts*. Qui, partendo dalla considerazione per cui «*the civil law jurisdictions of Europe generally employ notarised marital property regimes to regulate both the property consequences of marriage and divorce, the common law jurisdictions attach no property consequences to marriage and rely on a very wide judicial discretion to fix the property consequences of divorce*», Lord Thorpe punta tutto sul "doppio argomento" (*à la fois* comparatistico e internazionalistico) per cui la coppia in oggetto era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e che, ove la questione della validità dell'accordo prematrimoniale (stipulato in Germania ed in forza del quale il marito non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa d'ordine patrimoniale in caso di divorzio) fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da uno francese, essa sarebbe stata sicuramente risolta in modo positivo. In motivazione è dato leggere, tra l'altro, che non tenere conto del fatto che la moglie era tedesca e che il *pre-nuptial agreement* era stato stipulato in Germania, con l'assistenza di un legale tedesco e che colà – così come in Francia – l'intesa sarebbe stata ritenuta valida, «*would be both unfair and unjust», atteso che tali «foreign elements*» andavano considerati «*relevant*», in quanto costituenti «*essential features*». E più oltre si legge che «*The parties entered into their agreement with the help and advice of a German lawyer, under German law, making an agreement which was familiar to the civil law under which both parties and their families had grown up in Germany and France*».

La questione non si pone ormai più per i contratti di convivenza, alla luce della riforma del 2016 più volte citata. Eppure (ferma restando la tesi da decenni sostenuta dallo scrivente, sull'ammissibilità tanto di accordi prematrimoniali, che di contratti di convivenza, a prescindere dalla presenza di un intervento *ad hoc* del legislatore), la novella irrompe sul versante certamente meno bisognoso di una precisa sanzione a livello di diritto positivo, posto che ben pochi in dottrina (e nessuno in giurisprudenza) dubitava della possibilità di disciplinare per contratto i profili patrimoniali della convivenza al di fuori del matrimonio. Ben diverso è il discorso per gli accordi prematrimoniali *in contemplation of divorce*. Qui, come noto, è la possibilità stessa di pattuire in anticipo le conseguenze di un mutamento di *status*, quale quello determinato dallo scioglimento del vincolo matrimoniale[68], ad essere messa in dubbio, a cominciare da una giurisprudenza consolidata, ancorché tutt'altro che monolitica, per non parlare poi di alcune consistenti "sacche di resistenza" in dottrina.

[68] O dal suo semplice "allentamento" rappresentato dalla separazione personale, ancorché, assai curiosamente, gli scudi pur fieramente levati per il caso di divorzio qui vengano piuttosto abbassati … Ed invero, la stessa Cassazione ha in non poche occasioni riconosciuto la validità – per esempio – di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale (e dunque non nel contesto di quest'ultima), prometteva di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile «anche se tale sistemazione patrimoniale avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice... purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento e agli alimenti» (Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. e pers*., 1984, 922). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si è ammessa la validità di una transazione preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti (Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. e dir*., 1994, 660, con nota di CEI; in *Vita not*., 1994, 1358; in *Giust. civ*., 1995, I, 202; in *Dir. fam. e pers*., 1995, 105; in *Nuova giur. civ. comm*., 1995, I, 882, con nota di BUZZELLI; in *Riv. not*., 1995, II, 953). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito (cfr. E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Familia*, 2005, 12) evidenziando l'ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per il suo carattere di situazione "aperta", rispetto alla seconda. È infatti pacifico che anche la separazione dà vita ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive sono da considerarsi nulle in quanto dirette a "fare mercimonio" di uno *status* indisponibile al di fuori del momento solennizzato dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice, non si riesce a comprendere per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi in contemplation of divorce non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione. Per non dire poi della giurisprudenza di legittimità favorevole agli accordi preventivi in tema di conseguenze economiche della pronunzia di annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348).

9. Contratti di convivenza e contenuti mancati nella l. n. 76 del 2016

Come già accennato sopra, la novella del 2016 in tema di rapporti tra conviventi di fatto e di contratti di convivenza omette di coprire vastissime aree[69]. Tra queste, si è, in particolare, segnalata la mancata riproduzione di tre disposizioni assai rilevanti, pur contenute nella prima versione del c.d. "testo Cirinnà".
Trattasi, per la precisione, della possibilità per il contratto di convivenza di venire a disciplinare: «(…) 3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte; 4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità; 5) che nei casi di risoluzione del contratto di cui all'articolo 17 della presente legge sia previsto l'obbligo di corrispondere al convivente con minori capacità economiche un assegno di mantenimento determinato in base alle capacità economiche dell'obbligato, al numero di anni del contratto di convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti»[70].
La prima delle tre citate disposizioni, sostanzialmente riproduttiva di quanto già stabilito da svariati ordinamenti in diverse parti del mondo, avrebbe consentito, saggiamente, ai contraenti di predeterminare le conseguenze patrimoniali di un'eventuale rottura dell'unione, con possibili (e benefiche) ricadute anche sul versante degli accordi prematrimoniali[71]. Ora, non solo una previsione tanto saggia è stata (non si comprende perché) stralciata dal d.d.l., ma, addirittura, si potrebbe dubitare ora della possibilità per le parti di inserire comunque una clausola del genere, alla luce di quanto disposto dal comma 56 dell'articolo unico della riforma del 2016, che fa divieto di sottoporre il contratto a condizione o a termine[72].
La seconda delle sopra citate previsioni normative, inopinatamente espunta dal

[69] Cfr. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 78 ss.
[70] Cfr. il comma 4 dell'art. 13 del d.d.l. S/2081/XVII, come risultante alla data del 2 luglio 2014; il documento è disponibile al seguente indirizzo web: https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=00777449&part=doc_dc-allegato_a:1&parse=si&stampa=si&toc=no.
[71] Cfr. per tutti G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 78 ss.
[72] Su questo punto specifico v. *infra*, § 10.

d.d.l., sarebbe venuta a porre un'eccezione al divieto dei patti successori. Essa avrebbe posto un problema di "coerenza" con l'assenza di un'analoga previsione nei rapporti *inter coniuges*[73], ma avrebbe potuto comunque determinare l'inizio di una riflessione sull'opportunità di abrogare il divieto di cui all'art. 458 c.c. anche in relazione alle coppie coniugate (e, ovviamente, ai *partners* dell'unione civile).

Si è altresì rilevato che l'introduzione di siffatto tipo di pattuizioni avrebbe consentito di affrontare una serie di questioni, vale a dire quelle legate alla successione *mortis causa* di uno dei conviventi, rimasta totalmente negletta dalla riforma qui in commento. Basti dire al riguardo che, da un lato, il *partner* non solo non è considerato legittimario, ma neppure successibile *ex lege*, in assenza di testamento[74].

Ma non basta ancora. Nessuna disposizione "agevolativa" di tipo fiscale è stata prevista per la successione testamentaria del convivente, trattato quindi alla stregua di un qualsiasi estraneo al nucleo familiare del *de cuius*, con la conseguenza che il convivente il quale intenda assicurare la tranquillità economica al proprio *partner* anche dopo la propria morte potrà, sì, istituirlo erede, ma, in tal modo lo esporrà al prelievo fiscale previsto per la successione di un qualunque estraneo alla famiglia del *de cuius*[75]. Si è rimarcato al riguardo che è certamente vero che oggi l'area delle famiglie "costrette" a rimanere fuori dal vincolo matrimoniale (o paramatrimoniale, nel caso dell'unione civile) si è considerevolmente ristretta al passato: alla coppia gay che vuole acquisire pieni diritti successori può oggi consigliarsi di scegliere l'unione civile, mentre sempre più rari sono i casi di conviventi eterosessuali che non possono unirsi in matrimonio per la perdurante presenza di un precedente vincolo coniugale, ove si considerino le novità introdotte dal c.d. «divorzio breve».

Resta, però, il fatto che per una serie di motivi, talora pienamente legittimi (desiderio di non pregiudicare le aspettative di eventuali figli di primo letto, timore di dover affrontare seri problemi e rilevanti spese in caso di rottura di un legame della cui solidità non si è ancora pienamente certi), talora meno

---

[73] V. infatti al riguardo quanto stabilito dalle varie proposte di legge in tema di contratti prematrimoniali, su cui cfr. per tutti G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 88 ss.

[74] Sulla mancanza di una disciplina "ordinaria" in materia successoria nella novella del 2016 v. anche C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 346 ss.; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it*., 2016, 1817 ss.

[75] Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 80 ss.

(desiderio di non perdere una pensione di reversibilità), sembrerebbe *de iure condendo* corretto preservare, da un lato, la possibilità delle parti di non unirsi in matrimonio, attribuendo, dall'altro, taluni effetti successori (ancorché non coincidenti con quelli discendenti dal vincolo da coniugio) ad un rapporto affettivo sfociato in una convivenza *more uxorio* di una certa durata.
Infine, l'eliminazione, nel testo definitivo della riforma del 2016, dell'originaria previsione *ad hoc* sull'assegno di mantenimento viene a porre il dubbio che una disposizione negoziale del genere non sia consentita, anche se al risultato affermativo può forse pervenirsi per altra via[76].
Si è, dunque, constatato, amaramente, che la prima riflessione sul contenuto dei contratti di convivenza è quella per cui la disposizione sembra segnalarsi più per ciò che essa non dice, che non per quanto espressamente indicato[77].
Attese le conclusioni di cui sopra, considerato che l'art. 458 c.c. sbarra la strada a pattuizioni volte a regolare la successione ereditaria, con preclusione altresì, nei confronti della donazione *mortis causa* e di quella *si praemoriar*[78], non rimangono *de iure condito* che i meccanismi indiretti quali il contratto a favore di terzi in generale ed in specie l'assicurazione sulla vita, oppure la costituzione di una rendita vitalizia, o ancora l'acquisto di immobile per quote di nuda comproprietà ed in usufrutto congiuntivo con patto di accrescimento in capo al superstite, eventualmente incrociando le quote di usufrutto e di nuda proprietà[79].
Proprio per ovviare a questi inconvenienti la proposta normativa dello scrivente mira ad introdurre i patti sulle successioni future tra conviventi, mercé il richiamo all'art. 162-*bis* c.c., che viene in tal modo a consentire anche alle parti di un'*union libre* di avvalersi dello strumento che si intenderebbe porre a disposizione dei coniugi e dei soggetti uniti civilmente[80].

[76] Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 125 ss.
[77] Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 82.
[78] Cfr. G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 83 s.; A. FUSARO, *I contratti di convivenza*, in *Nuova giur. ligure*, 2016, sez. civ., Doc. 40, 1 ss., 2 (estratto gentilmente fornito dall'Autore).
[79] Per approfondimenti si rinvia a G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 308 ss.; ID., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 85 ss.; G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.*, 2006, 666 ss. Sul contratto a favore di terzi in funzione para-successoria v. da ultimo A. MATTERA, *La stipulazione a favore del terzo quale strumento alternativo alla devoluzione successoria*, in *Notariato*, 2017, 552 ss.
[80] Cfr. art. 162-*bis*, undicesimo comma, della proposta riportata *infra*, § 12, per i coniugi (e i soggetti uniti civilmente), nonché le proposte ivi riferite di modifica ai commi 42, 43, 56 e 65 della l. n. 76 del 2016, per i conviventi di fatto.

10. Segue. L'ammissibilità di clausole sulla rottura del rapporto di fatto pur dopo l'approvazione della l. n. 76 del 2016

L'infelicissima tecnica legislativa attraverso cui si è attuata la l. n. 76 del 2016 viene a presentare *ex novo* un problema in ordine alla possibilità di prevedere la cessazione della contribuzione, eventualmente prevista nel contratto di convivenza sotto ogni possibile forma (anche, ad es., di assegno di mantenimento o di messa a disposizione di un immobile), in caso di rottura dell'unione, o per qualsiasi altro evento (si pensi ad es., la perdita del posto di lavoro da parte del soggetto che si è obbligato ad una determinata erogazione, etc.). Anzi, a ben vedere, la questione appare ancora più generale e viene a porsi con riguardo a qualsiasi previsione negoziale che leghi l'effettuazione di una prestazione patrimoniale, nel contratto di convivenza, così come il suo eventuale venir meno, ad un avvenimento futuro ed incerto, così come ad un termine (iniziale o finale) certo.

In effetti, il comma 56 stabilisce che «Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti», laddove, prima dell'introduzione di questa disposizione normativa, non si dubitava in dottrina che le prestazioni oggetto di un contratto di convivenza ben potessero essere temporalmente legate alla durata stessa del *ménage* o comunque collegate ad una condizione, tanto sospensiva che risolutiva, così come ad un termine, tanto iniziale che finale[81].

Ora, a fronte dell'evidente assurdità delle conclusioni cui si perverrebbe se si volesse applicare anche alle clausole qui in esame il citato comma 56, va considerato, *in primis*, che le relative disposizioni sembrano il frutto di un evidente fraintendimento legislativo di quelle che sono le finalità di un contratto di convivenza nella libera unione. La ragione vera della norma risiede nell'ottica radicalmente errata in cui i conati di riforma degli ultimi decenni si sono andati muovendo in Italia.

Come dimostra la storia dei disegni di legge in materia e come (inutilmente) denunciato più volte in dottrina[82], alla chiarezza dei testi (e, prima ancora, delle idee) non ha potuto giovare il tipo d'approccio costantemente prescelto dal legislatore nell'accostarsi ai problemi delle coppie omosessuali e delle

---

[81] Sul punto v. per tutti G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 119 ss.

[82] Cfr. ad es. G. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 173 ss.

famiglie di fatto. Un approccio che sempre ha manifestato una certa qual dose di confusione, talora evidente, tra le due radicalmente diverse prospettive che un intervento normativo in questo settore avrebbe dovuto perseguire.
Da un lato, quella che mirava a porre fine, una buona volta per tutte, alla persistente discriminazione, indegna di un Paese che vorrebbe dirsi civile, verso le persone omosessuali in merito alla possibilità di suggellare con il vincolo matrimoniale la propria unione affettiva. Dall'altro, quella che aveva per scopo la soluzione di una serie di problemi giuridici inevitabilmente destinati a sorgere da una convivenza tra persone (di sesso diverso, così come dello stesso sesso) che, però, coscientemente, per le più svariate ragioni, avessero liberamente escluso la via del matrimonio. Quest'ultima, e solo quest'ultima, era la considerazione che si sarebbe dovuta porre alla base di un'ipotetica disciplina *ad hoc* dei contratti di convivenza. Disciplina che avrebbe dovuto, quindi, mirare alla costituzione, per via negoziale, di un rapporto giuridico fonte di reciproci diritti e doveri che possono anche per taluni aspetti assomigliare a quelli di due soggetti i quali vivano, come si soleva affermare nei secoli passati, *in schemate matrimoniali*, ma che da questi divergano per modo di costituzione e di cessazione, nonché per qualità, quantità ed intensità di effetti[83].
Non appare pertanto condivisibile la posizione di chi ha lodato la disposizione in commento[84], osservando che l'apposizione di termini e condizioni «rischierebbe di incidere anche sui profili personali del rapporto», posto che tale incidenza non potrebbe comunque essere diversa da quella che riguarda qualsiasi contratto, in relazione al quale ben possono assumere, come noto, rilievo "indiretto" profili di carattere personale, proprio mercé l'istituto della condizione, senza che per ciò venga meno il fondamentale requisito della patrimonialità[85].
L'evidente confusione tra le due ben diverse prospettive testé evidenziate ha portato ai risultati attuali: da un lato l'attribuzione, a chi faceva valere istanze di parità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali, di un chiaro ed avvilente *minus* rispetto al matrimonio; dall'altra, l'imposizione a chi chiedeva una regolamentazione "leggera" di una forma di unione diversa da quella coniugale, di pesi, oneri ed orpelli para-matrimoniali, del tutto superflui, se non addirittura dannosi. Questo è proprio il caso del citato comma 56, che si "giustifica" in un'ottica puramente "matrimoniale", posto che, mentre ha un senso stabilire

[83] G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 90 ss.
[84] Cfr. C. BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76, nota a Cass., 7 marzo 2016, n. 4386*, in *Foro it*., 2016, I, 2102, secondo il quale «ben venga il divieto».
[85] Sul tema delle clausole c.d. "premiali" v. per tutti G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 193 ss.

che il matrimonio, per la "gravità" del vincolo che lo caratterizza, e, soprattutto, per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente personale, non possa essere sottoposto a termini o condizioni, quale tipico esempio di *actus legitimus*[86], non ha, invece, costrutto alcuno stabilire lo stesso principio per un contratto che, come quello di convivenza, si colloca all'interno di un *genus* caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l'apposizione di termini e condizioni risulta un *quid* del tutto "normale". Tant'è vero che, nel campo coniugale, l'apponibilità di termini e condizioni (non al negozio matrimoniale in sé, ma) alle relative convenzioni patrimoniali appare in tutto e per tutto ammissibile[87].

In definitiva, le ragioni di cui sopra non possono indurre se non ad una forma di interpretazione restrittiva della disposizione contenuta nel citato comma 56. Si deve, cioè, ritenere che il divieto di termini e condizioni attenga a quei soli elementi accidentali che siano eventualmente apposti al contratto nel suo complesso e non già a questa o quella peculiare statuizione patrimoniale, a questa o quella particolare clausola. Del resto, proprio in questi termini letterali sembra esprimersi la norma: «Il contratto di convivenza» (e non: questo o quel particolare effetto di esso, questa o quella particolare clausola) «non può essere sottoposto a termine o condizione»[88].

[86] Cfr. art. 108 c.c., su cui G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (già diretto da) SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, 365.

[87] Sul tema della possibilità per i coniugi di sottoporre a termini o condizioni l'efficacia delle convenzioni matrimoniali cfr. G. OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, 671 s.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1669 ss.

[88] Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 90 ss.; approva tale soluzione A. FUSARO, *I contratti di convivenza*, cit., 2; sembra seguire la soluzione proposta dallo scrivente anche T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 397. A conclusioni analoghe pare pervenire anche M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, in *Familia*, 2017, 295: «Non è possibile qui soffermarsi sull'ammissibilità di accordi preventivi in materia, che attiene propriamente all'ambito dei contratti di convivenza; mi limito ad osservare che essi non possono ritenersi preclusi dal sancito divieto di apporvi termini o condizioni (art. 1, comma 56). Come che sia del problema generale, nel nostro caso la fine del rapporto non è avvenimento al quale siano subordinati "l'efficacia o la risoluzione del contratto", com'è proprio della condizione; è piuttosto una evenienza alla quale sono ricollegati (diversi e comunque) specifici effetti: nella specie, la misura e il contenuto della solidarietà post-convivenza che, mentre sono contemplati già nel disegno normativo, ben si prestano a una definizione convenzionale, fermo il limite della sua irrinunziabilità sostanziale. Si consideri del resto che, a tenore della

In senso contrario non vale rimarcare[89] che il contratto di convivenza di cui alla riforma in commento sarebbe (addirittura!) «stato costruito come privo di vincolatività» e, per questa ragione, sarebbe « incapace di sopravvivere alla crisi del rapporto, che dunque non potrà certo pretendere di regolamentare, con quella che sarebbe peraltro una condizione da reputare, in quanto tale, *pro non scripta*»: inutile, allora, disquisire *tout court* – verrebbe fatto di dire – di un contratto di cui si nega *in apicibus* la vincolatività (caratteristica, quest'ultima, che del contratto costituisce l'imprescindibile quintessenza: cfr. art. 1372 c.c.). In ogni caso, appare evidente che, proprio al fine di spazzare via ogni possibile incertezza, sembra opportuno eliminare del tutto il comma 56 cit., proprio come si propone di fare l'intervento normativo qui ipotizzato[90].

11. Contratti di convivenza, obbligazioni naturali e obbligo alimentare

Uno dei tanti quesiti che la novella del 2016 in tema di convivenza di fatto è venuta a porre è se la tradizionale tesi delle obbligazioni naturali tra conviventi vada oggi ripensata, o, per lo meno, ritoccata. Da un lato va detto che, non avendo il legislatore disposto alcunché al riguardo, nulla sembra essere mutato[91]. Dall'altro, proprio la disposizione introdotta dal comma 65 della citata riforma,

giurisprudenza corrente, l'avvio di una convivenza estingue il diritto all'assegno divorzile: come non comprendere allora se, attesa la precarietà del rapporto informale, le parti vogliano introdurre una misura previdenziale?».

[89] Come fa invece M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 7.

[90] Cfr. *infra*, § 12.

[91] Per una proposta legislativa in tal senso cfr. G. OBERTO, *Proposta di legge sul tema: disposizioni in materia di accordi di convivenza*, 2001, http://giacomooberto.com/convivenza/proposta.htm, anche in ID., *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d'attualità*, Milano, 2002, 1057 ss.; l'art. 3 di tale articolato era stato letteralmente ripreso dalla proposta presentata il 13 giu. 2001 su iniziativa dell'On. Belillo – n. 795/XIV/C – e successivamente trasposto in altri progetti presentati nella XVI legislatura: sul tema v. anche G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 87 ss.

[92] Su cui v., anche per i richiami, l'interessante lavoro di F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, in *Fam. e dir.*, 2017, 705 ss. Cfr. inoltre G. IORIO, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto: appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1025 ss.; A. BERTOCCHI - B. DE PAOLA, *Brevi note in tema di diritto agli alimenti*, in LUPOI - CECCHELLA - CANCIOLO - MAZZOTTA (a cura di), AA.VV., *Unioni civili e convivenze: guida commentata alla legge n. 76 del 2016*, Rimini, 2016, 318 ss.; M. BLASI, *Il diritto dei conviventi di fatto agli alimenti*, in M. BLASI - R. CAMPIONE - A.

sul diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza[92], potrebbe essere intesa come espressiva dell'intento del legislatore di "codificare", ma, nel contempo, limitare agli alimenti, tutto ciò che, a livello di prestazioni patrimoniali, le concezioni morali e sociali intendono come doverosamente generato dalla convivenza *more uxorio*.

Se così fosse, però, si rischierebbe di immiserire i risultati cui ha portato una lunghissima evoluzione giurisprudenziale, che da una concezione meramente "indennitaria" delle obbligazioni naturali in discorso, è passata, a partire da un famoso precedente del 1975, ad affermarne una concezione "contributiva", sostanzialmente basata sull'affidamento reciprocamente riposto dai *partners* dell'unione libera nella contribuzione alle spese ed alla vita del *ménage*, già durante la sua esistenza e non certo solo al momento della rottura[93]. Deve quindi ritenersi che qualsiasi prestazione patrimoniale effettuata durante la convivenza (purché, ovviamente, dotata delle caratteristiche di proporzionalità cui si è fatto cenno) continuerà a produrre l'effetto descritto dall'art. 2034 c.c., ancorché di misura superiore agli alimenti che sarebbero spettati (o, magari, neppure sarebbero spettati, in assenza di uno stato di bisogno) all'*accipiens*.

Quanto alla ricaduta sui contratti di convivenza, dopo la novella in discorso (ma, secondo la tesi assolutamente prevalente, già prima), non ha più senso alcuno disquisire sulla (supposta) impossibilità di trasfondere in un'obbligazione civile l'obbligazione naturale di contribuzione vigente tra conviventi[94]. D'altro canto, il peculiare contesto in cui i rapporti in oggetto vengono a situarsi deve consentire – ma trattasi di questione, ovviamente, delicatissima – di ritenere derogabile anche l'obbligo alimentare fissato dal comm 65. In senso contrario si è osservato[95], con argomentazione certo di non trascurabile peso, che la collocazione della norma dopo la disciplina del contratto di convivenza, oltre ad indicare che gli alimenti sono dovuti in ogni caso, anche in presenza di un accordo contrattuale fra le parti sulle regole patrimoniali dello loro convivenza e qualunque ne sia il contenuto, evidenzia anche in questo caso la loro «comune qualifica di diritto irrinunciabile: costituiscono infatti un soccorso ultimo per chi è in stato di bisogno»[96].

FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., 252 ss.; L. LENTI, *Convivenza di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 931 ss., 938.

[93] Per tutti cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 35 ss.

[94] Cfr. G. OBERTO, *I contratti di convivenza*, cit., 1331 ss., 1343, 1378 ss.

[95] Cfr. L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, 2016, http://www.juscivile.it/contributi/2016/08_Lenti.pdf, 18.

[96] Per l'inderogabilità sono anche E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e*

Ora, a favore della tesi della derogabilità, nel peculiare contesto dei contratti di convivenza, sembra militare il rilievo secondo cui la disciplina normativa "suppletiva" (in caso, cioè, di mancato adempimento dell'obbligazione naturale tra conviventi e di mancata previsione di obbligazioni civili mercé un contratto di convivenza) non può determinare una regolamentazione para-matrimoniale *contro* la volontà delle parti del rapporto.

Si ricordi quanto affermato dalla Consulta nel lontano 1998[97] a proposito dei rapporti fra matrimonio e convivenza di fatto: le parti «nel preferire un rapporto di fatto hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio; onde la imposizione di norme, applicate in via analogica, a coloro che non hanno voluto assumere i diritti e i doveri inerenti al rapporto coniugale si potrebbe tradurre in una inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza»[98].

Quanto sopra sembra comportare, quale inevitabile conseguenza, la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme della riforma del 2016 che ricollegano effetti giuridici alla semplice convivenza, nel senso che tutti gli effetti patrimoniali para-matrimoniali del *ménage* di fatto (dall'obbligo alimentare, al diritto di permanere a certe condizioni e per un certo periodo nella casa familiare, pur nel caso di decesso del *partner*) possano essere senz'altro esclusi dal contratto di convivenza (senza che, per il patto

"convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur*., 2016, 901; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *www.juscivile.it*, 2016, 16; A. SIMEONE, Le convivenze di fatto *ex lege* 76 del 2016, in *www.scuolamagistratura.it*, 2017, 28 («Per effetto dell'introduzione dell'assegno alimentare a favore del convivente (comma 65) tutte le clausole che dovessero prevedere una rinunzia preventiva all'assegno alimentare saranno affette da nullità assoluta»); nello stesso senso, peraltro senza motivazione, è C. BONA, *La disciplina delle convivenze*, loc. ult. cit.

[97] Cfr. Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Guida dir.*, 1998, n. 21, 40, con nota di A. FINOCCHIARO; in *Nuova giur. civ. comm*., 1998, I, 678, con nota di FERRANDO; in *Rass. dir. civ*., 1998, 880, con nota di VELLUZZI.

[98] Nello stesso senso v. già G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 36 ss., anche per una lettura della libertà matrimoniale, costituzionalmente garantita, anche come libertà "negativa", dall'applicazione, cioè, di conseguenze matrimoniali a chi tali conseguenze non vuole; dopo la riforma del 2016, cfr. inoltre in questo stesso senso F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, in https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/F.P.-Luiso.pdf, 2016, 1; anche R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., 19, ammette che «Fare derivare *ex lege* effetti giuridici da un semplice comportamento concreto, la convivenza, oltre che mettere a rischio diritti e interessi di terzi, significherebbe violare, per eccesso di tutela, il diritto dell'individuo di organizzare la propria vita in maniera del tutto libera e svincolata: non è pensabile di imporre un modello organizzativo di convivenza a chi, avendo ripudiato l'idea del matrimonio, desideri soltanto convivere, senza farne derivare necessariamente ed *ipso iure* diritti e obblighi».

in deroga al disposto del comma 42, si possa invocare la regola del divieto del patti successori, dovendo prevalere l'interpretazione costituzionalmente orientata appena prospettata sullo stesso art. 458 c.c.)[99]. Attesa la delicatezza dell'argomento e la controvertibilità delle ragioni addotte dall'una e dall'altra parte, appare comunque opportuno che la riforma qui *envisagée* della novella del 2016 si faccia espressamente carico anche di tali profili, eliminando ogni possibile dubbio[100]. Al di là di queste previsioni, qualora l'intento delle parti fosse invece quello di fornire alla parte debole una tutela superiore rispetto a quella prevista dalla legge, il più ampio spazio deve intendersi concesso alla libertà negoziale. Superato, come già detto, l'ostacolo costituito dal comma 56 della riforma del 2016[101], all'esito della tipizzazione del contratto di convivenza e del riconoscimento, al medesimo, di un ruolo di assoluta centralità nella regolamentazione dei rapporti, specie patrimoniali, tra i conviventi, nulla impedisce alla libertà negoziale dei paciscenti di pattuire, vuoi prima, vuoi durante la convivenza e in vista della sua rottura, l'obbligo, per una delle parti di contribuire in vario modo al mantenimento dell'ex-partner, mediante la messa a disposizione di beni, l'erogazione di un assegno mensile, già ben definito nella sua entità, oppure l'adempimento in suo favore di una prestazione *una tantum*[102].

Il richiamo ai principi generali in tema di libertà contrattuale dovrà pertanto indurre a ritenere ammissibili veri e propri «contratti della crisi della convivenza di fatto»[103], rivolti a disciplinare in maniera più incisiva, di quanto non faccia

---

[99] Interessante al riguardo anche l'argomentazione di F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20 maggio 2015, n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1744, Secondo cui «Il fatto, poi, che il legislatore abbia scelto di non modificare l'art. 433 c.c., inserendo tra i soggetti obbligati anche il convivente, potrebbe costituire un ulteriore indizio della volontà dello stesso di svincolare l'obbligo del convivente da quella stretta inderogabilità che caratterizza l'obbligo alimentare degli altri soggetti obbligati».

[100] Cfr. in particolare le proposte modifiche ai commi 42, 43, 56 e 65 della l. n. 76 del 2016, riportate *infra*, § 12.

[101] V. *supra*, § 10.

[102] Cfr. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., 955.

[103] L'espressione, proposta da OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 171 ss., è approvata da F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, cit., 719. Anche per FERRANDO, *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, in *Familia*, 2017, 310 «Naturalmente nulla impedisce ai conviventi di accordarsi diversamente, fissando, in via convenzionale, una diversa misura dell'assegno o pattuendo misure alternative all'assegno periodico, come il trasferimento di beni o la corresponsione una tantum di somme di denaro».

la legge stessa, la fase della rottura della relazione affettiva di coppia, mediante la previsione di ulteriori provvidenze di tipo patrimoniale rispetto alla minima tutela legale del diritto agli alimenti.

Ben potrà convenirsi, allora, l'insorgenza di un obbligo di mantenimento, in caso di dissoluzione della convivenza, in favore del *partner* economicamente debole, con opportuna individuazione dei presupposti e del contenuto specifico di tale vincolo[104], fermo restando, tuttavia, l'insuperabile limite, già individuato in sede dottrinale, per cui tale previsione non vada a celare intenti sanzionatori a carico del soggetto, cui sia da imputare l'iniziativa o, comunque, la causa della cessazione della convivenza[105], dovendo essa avere, quale unica e meritevole ragione ispiratrice, il fine previdenziale di garantire assistenza materiale a vantaggio dell'ex convivente che si trovi, a quel tempo, in precarie condizioni economiche[106].

[104] Così F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, loc. ult. cit.

[105] Cfr., sul punto, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015, 207, il quale esclude che i conviventi possano prevedere conseguenze sanzionatorie in ordine alla cessazione unilaterale della convivenza, atteso che essa si caratterizza quale rapporto intrinsecamente fondato sulla libertà e spontaneità dei comportamenti dei suoi componenti. Sul punto v. anche G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 193 ss.; ID., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 42 ss.; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi* more uxorio, in BONILINI (diretto da), AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia, II, Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2016, 1870 ss., secondo il quale, sia pure con riferimento alla prestazione alimentare, la previsione, nel contratto di convivenza, del diritto agli alimenti, per il caso in cui dovesse cessare la convivenza, «che potrebbe risultare nulla se la si configurasse come penale, deve essere valutata legittima se il fine al quale è diretta è quello di assistenza e di soccorso del convivente in condizione di maggiore difficoltà economica». Anche per P. ROMEO, *Note sui contratti di convivenza*, in *Familia*, 2017, 374 «Non sembrano inoltre poter trovare spazio eventuali clausole penali a carico del convivente che decida unilateralmente di interrompere il rapporto di convivenza. Diversa, invece, potrebbe essere la sorte di attribuzioni patrimoniali sospensivamente condizionate al cessare della convivenza (e.g. diritto di abitazione sulla casa "familiare"), qualora, a seguito di un'attenta valutazione delle medesime, per le stesse possa escludersi una riconduzione allo schema della penale per il caso di abbandono, pena la nullità in quanto clausola limitativa della libertà del contraente; solo qualora si ravvisi che la clausola non abbia effettivamente finalità sanzionatorie, la stessa potrà ritenersi ammissibile».

[106] Così ancora F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, cit.

12. Appendice. Proposta di legge dal titolo: «Modifiche al codice civile, alla legge 1º dicembre 1970, n. 898, alla legge 6 marzo 1987, n. 74 e alla legge 20 maggio 2016, n. 76, in materia accordi preventivi sulla crisi coniugale, sulla crisi dell'unione civile e sullo scioglimento della convivenza di fatto»

* * *

Modifiche al codice civile, alla legge 1º dicembre 1970, n. 898, alla legge 6 marzo 1987, n. 74 e alla legge 20 maggio 2016, n. 76,
In materia accordi preventivi sulla crisi coniugale, sulla crisi dell'unione civile e sullo scioglimento della convivenza di fatto[107]

Art. 129 c.c. – *Diritti dei coniugi in buona fede*.

1. Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze.

2. Per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'articolo 155.

*3. L'applicazione delle disposizioni del presente articolo è esclusa nel caso le parti abbiano stipulato un accordo preventivo ai sensi dell'articolo 162-*bis *per il caso di annullamento del matrimonio. In tale caso il giudice attribuisce all'accordo efficacia di titolo esecutivo.*

Art. 129-*bis* c.c. – *Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo*.

1. Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno

[107] Per una più agevole comprensione si è preferito presentare in questa sede un testo già coordinato, con eliminazione dell'articolato della proposta, sostituito dalla versione integrale delle disposizioni di cui si propongono modifiche. Le modifiche proposte sono evidenziate in corsivo.

sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati.
2. Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente.
3. In ogni caso il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell'indennità.
*4. L'applicazione delle disposizioni del presente articolo è esclusa nel caso le parti abbiano stipulato un accordo preventivo ai sensi dell'articolo 162-*bis *per il caso di annullamento del matrimonio. In tale caso il giudice attribuisce all'accordo efficacia di titolo esecutivo.*

Art. 156 c.c. – *Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi.*

1. *In difetto di apposito accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis, il giudice, pronunziando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.
2. L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato.
3. Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti.
*4. Il giudice dà atto dell'esistenza di un accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis*, dichiarandolo titolo esecutivo. Tale dichiarazione può essere emessa in qualunque stato e grado del processo, compresa la fase presidenziale.*
5. Il giudice che pronunzia la separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'articolo 155.
6. La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818.
7. In caso di inadempienza, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di essa venga versata direttamente agli aventi diritto.

8. Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti di cui ai commi precedenti.

Art. 162-*bis* c.c. – *Accordi preventivi sulla crisi coniugale*.

1. I futuri coniugi, prima della celebrazione del matrimonio, ed i coniugi, sino alla presentazione del ricorso di separazione personale, ovvero prima della sottoscrizione della convenzione di negoziazione assistita ovvero della conclusione dell'accordo di cui, rispettivamente agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, possono stipulare, con la stessa forma prevista nell'articolo 162, convenzioni volte a disciplinare le condizioni ed i rapporti patrimoniali dipendenti dall'eventuale separazione personale, così come dall'eventuale annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.
*2. I predetti accordi possono anche essere conclusi mediante scrittura privata autenticata da avvocato iscritto all'albo speciale di cui all'art. 33, R.d. 27 novembre 1933, n. 1578. In tal caso l'atto deve altresì contenere, a pena di nullità dell'accordo, le distinte dichiarazioni di due avvocati iscritti all'albo speciale di cui all'art. 33, r.d. 27 novembre 1933, n. 1578, con le quali si attesta che ciascuna delle due parti è stata informata sulle conseguenze degli accordi in oggetto. L'autentica così rilasciata attribuisce alle convenzioni la natura di atti idonei alla trascrizione, ai sensi dell'art. 2657. I patti comportanti modifica delle regole in tema di scioglimento di uno dei regimi patrimoniali disciplinati dagli articoli da 159 a 230-*bis *debbono essere stipulati comunque con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162 e sono soggetti alla pubblicità prevista da tale disposizione. Gli accordi in oggetto possono essere modificati o abrogati con il rispetto delle medesime forme prescritte dal presente comma e dal precedente. Le regole in materia di forma di cui al presente articolo non si applicano agli accordi conclusi in sede di separazione personale in vista del divorzio.*
3. Le convenzioni riguardanti i figli minori nati o nasciturі devono essere autorizzate dal tribunale ordinario in camera di consiglio. Il relativo ricorso va presentato dalle parti dinanzi al tribunale del luogo di residenza della famiglia. Il procedimento è disciplinato dagli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile.
4. Nel caso la convenzione sia stata stipulata prima della celebrazione del matrimonio o prima della nascita di figli, il ricorso può essere presentato solo

una volta celebrato il matrimonio, se la coppia ha già almeno un figlio, oppure, in caso contrario, alla nascita del primo figlio; esso va successivamente ripresentato, eventualmente operate le opportune modifiche alla convenzione, dopo la nascita di ciascun altro figlio della coppia. Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice rifiuta allo stato l'autorizzazione.

5. Con gli accordi in oggetto un coniuge può prevedere l'attribuzione all'altro, così come alla prole, al verificarsi di uno degli eventi sopra descritti, di una somma di denaro periodica, o una somma di denaro una tantum, ovvero un diritto reale su uno o più beni mobili o immobili.

*6. Le parti possono anche costituire su uno o più immobili o mobili iscritti in pubblici registri un vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 2645-*ter*, in favore dei coniugi stessi, o di uno solo di essi, così come dei figli, sia per la durata del rapporto matrimoniale, che dopo l'eventuale verificarsi della separazione personale, dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.*

7. Le parti possono predeterminare, oltre all'ammontare e all'oggetto delle eventuali prestazioni da corrispondere a seguito della separazione personale o dell'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche le condizioni delle predette prestazioni, ivi compresa l'eventuale cessazione di quelle periodiche o, al contrario, la persistente debenza delle stesse a seguito dell'instaurazione di una convivenza more uxorio *da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti. Esse possono anche contenere la rinunzia, totale o parziale, di una delle parti al mantenimento da parte dell'altra, così come alle prestazioni patrimoniali previste dagli articoli 129 e 129-*bis *o all'assegno previsto dalle disposizioni in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, salvo il diritto dei coniugi agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti.*

8. Un coniuge può anche trasferire, o impegnarsi a trasferire, all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli disabili per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità.

9. Gli impegni ad operare il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali ai sensi dei commi quinto e ottavo del presente articolo sono assistiti, in caso di inadempimento, dal rimedio di cui all'articolo 2932.

10. Le parti possono stabilire un criterio di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali predisposte con la convenzione.

11. In tali convenzioni, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in tema di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche

disposizioni per la successione di uno o di entrambi i coniugi, salvi i diritti degli altri legittimari. Questi patti debbono essere stipulati comunque con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162.
12. Salvo patto contrario, le convenzioni di cui al presente articolo non sono passibili di modificazione o revisione ai sensi degli articoli 710 del codice di procedura civile e 9, legge 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modifiche. Alle convenzioni di cui al presente articolo trova applicazione l'articolo 1467. Resta ferma la possibilità di attribuire alla convenzione la natura di contratto aleatorio ai sensi dell'articolo 1469.
13. Alla modificazione delle convenzioni di cui ai commi precedenti si procede con la stessa forma prevista al primo ed al secondo comma.

Art. 194 c.c. – *Divisione dei beni della comunione.*

1. La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti eguali l'attivo e il passivo, *salva diversa disposizione contenuta nella convenzione stipulata ai sensi degli articoli 162 o 162*-bis. *In tale ultimo caso la convenzione necessita del rispetto della forma prescritta dall'articolo 162.*
2. Il giudice, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, può costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge.

Art. 210 c.c. – *Modifiche convenzionali alla comunione legale dei beni.*

1. I coniugi possono, mediante convenzione stipulata a norma dell'articolo 162, *o a norma dell'articolo 162*-bis*, in quest'ultimo caso stipulata con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162*, modificare il regime della comunione legale dei beni purché i patti non siano in contrasto con le disposizioni dell'articolo 161.
3. I beni indicati alle lettere c), d) ed e) dell'articolo 179 non possono essere compresi nella comunione convenzionale.
3. *[Terzo comma abrogato]*

Art. 2647-*bis* – *Trascrizione degli accordi preventivi sulla crisi coniugale*.

*Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale stipulati ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'articolo 162-*bis *devono essere trascritti, se hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali su beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri*.
Gli atti enunciati nel comma precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.

Art. 2653 – *Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti*.

Devono parimenti essere trascritti:
1) le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi.
La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda;
2) la domanda di devoluzione del fondo enfiteutico.
La pronunzia di devoluzione ha effetto anche nei confronti di coloro che hanno acquistato diritti dall'enfiteuta in base a un atto trascritto posteriormente alla trascrizione della domanda;
3) le domande e le dichiarazioni di riscatto nella vendita di beni immobili.
Se la trascrizione di tali domande o dichiarazioni è eseguita dopo sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'esercizio del riscatto, restano salvi i diritti acquistati dai terzi dopo la scadenza del termine medesimo in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda o della dichiarazione;
4) le domande di separazione degli immobili dotali e quelle di scioglimento della comunione tra coniugi avente per oggetto beni immobili.
La sentenza che pronunzia la separazione o lo scioglimento non ha effetto a danno dei terzi che, anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno validamente acquistato dal marito diritti relativi a beni dotali o a beni della comunione;
5) gli atti e le domande che interrompono il corso dell'usucapione di beni immobili.
L'interruzione non ha effetto riguardo ai terzi che hanno acquistato diritti

dal possessore in base a un atto trascritto o iscritto, se non dalla data della trascrizione dell'atto o della domanda.
Alla domanda giudiziale è equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.
*6) le domande giudiziali dirette all'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'articolo 162-*bis*, qualora abbiano ad oggetto l'impegno ad effettuare il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale per effetto delle citate convenzioni. La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda.*

Legge n. 898 del 1970
Art. 5, comma 6

6. Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, *in difetto di apposito accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis *del codice civile*, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive. *Il giudice dà atto dell'esistenza di un accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-*bis *del codice civile, dichiarandolo titolo esecutivo. Tale dichiarazione può essere emessa in qualunque stato e grado del processo, compresa la fase presidenziale.*

Legge n. 74 del 1987
Art. 19

1. Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti, *ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 162-*bis *del codice civile*, relativi al procedimento di separazione

personale dei coniugi, ovvero di annullamento, di scioglimento 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, *nonché a quelli di cui agli articoli 155 e 156 del codice civile*, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa. *Gli stessi principi trovano applicazione con riferimento ai procedimenti relativi alle conseguenze della cessazione della convivenza di fatto, nonché agli accordi di cui all'art. 1, comma 56, della legge 20 maggio 2016, n. 76.*

Legge n. 76 del 2016
Art. 1
Comma 56 [sostituito dal seguente]

*56. I contraenti possono altresì stabilire quali saranno le conseguenze patrimoniali dell'eventuale cessazione della convivenza per iniziativa comune, o anche di uno solo di essi. La relative intese sono disciplinate dall'art. 162-*bis *e dall'art. 2647-*bis *del codice civile. In relazione a tali accordi le parole «coniuge» e «coniugi» sono sostituite dalle parole «convivente di fatto» e «conviventi di fatto» ; l'espressione «celebrazione del matrimonio» è sostituita dall'espressione «inizio della convivenza di fatto»; le espressioni «separazione personale», «crisi coniugale», «annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio» sono sostituite dall'espressione «cessazione della convivenza di fatto»; l'espressione «regimi patrimoniali disciplinati dagli articoli da 159 a 230-*bis*» è sostituita dall'espressione «regimi patrimoniali prescelti dalle parti, ivi compresa l'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-*ter *del codice civile»; l'espressione «rapporto matrimoniale» è sostituita dall'espressione «rapporto di convivenza di fatto».*

Legge n. 76 del 2016
Art. 1
Comma 42

42. Salvo quanto previsto dall'articolo 337-*sexies* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i

cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni. *Le disposizioni del presente comma sono derogabili con un contratto di convivenza stipulato ai sensi e per gli effetti dei commi 50 e seguenti*.

Legge n. 76 del 2016
Art. 1
Comma 43

43. Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessi di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto. *Le disposizioni del presente comma sono derogabili con un contratto di convivenza stipulato ai sensi e per gli effetti dei commi 50 e seguenti*.

Legge n. 76 del 2016
Art. 1
Comma 65

65. In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma é adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle. *Le disposizioni del presente comma sono derogabili con un contratto di convivenza stipulato ai sensi e per gli effetti dei commi 50 e seguenti*.

[Disposizione finale del presente d.d.l.]
Le disposizioni della presente legge riferite ai coniugi ed ai futuri coniugi sono applicabili all'unione civile ai sensi e nei limiti di quanto disposto dall'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76.

Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità

Anna Carla Nazzaro
Ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Lo scritto si interroga sui limiti che incontra l'autonomia privata nella definizione del contenuto degli accordi prematrimoniali in vista dello scioglimento del matrimonio. L'analisi delle sentenze che si sono occupate del tema, utilizzate non per definire un *trend* giurisprudenziale dal quale trarre indicazioni in merito alla liceità o illiceità in generale degli accordi, ma per valutare il contenuto degli accordi nel caso concreto, consente di individuare un principio generale di valutazione fondato sul controllo di meritevolezza degli atti di autonomia privata declinato in ragione delle specificità dell'istituto matrimoniale e, in particolare, dell'interesse dei minori e del rispetto della solidarietà tra i coniugi.

The paper asks about the limits that private autonomy meets in defining the content of prenuptial agreements regarding the dissolution of marriage. The analysis of the judgments that dealt with the theme, used not to define a jurisprudential trend from which to draw indications regarding the lawfulness or illegality of agreements, but to evaluate the content of agreements in the concrete case, allows to identify a general principle based on the control of merit of the acts of private autonomy in accord with the specificity of the institution of marriage and, in particular, the interest of minors and respect for solidarity between spouses.

Sommario: 1. Premessa: delimitazione dell'oggetto dell'indagine. – 2. Validità degli accordi tra retaggi dogmatici e controllo del contenuto. – 3. Contenuto degli accordi in vista dello scioglimento del matrimonio ed equilibrio contrattuale. – 4. Equilibrio contrattuale e meritevolezza dell'accordo.

1. Premessa: delimitazione dell'oggetto dell'indagine

Il dibattito, fin troppo nutrito, sugli accordi in vista del divorzio, sconta la soluzione di problemi ben più ampi e, per vero, da numerosi autori evidenziati. Si tratta del ruolo dell'autonomia privata nelle relazioni familiari[1], della funzione dell'assegno divorzile[2], dello spazio residuo da assegnare al principio solidaristico nel vincolo matrimoniale e alla sua (eventuale) sopravvivenza a seguito del dissolvimento di esso[3] e, in definitiva, della conformazione stessa dell'istituto familiare. Problematiche (e soluzioni) peraltro non immodificabili e anzi spesso trattate differentemente dalla dottrina in ragione delle oramai numerosissime innovazioni legislative[4].

[1] Si discute, ad esempio, della tendenza legislativa, attuata con le recenti riforme operate dagli interventi sulla negoziazione assistita in ambito familiare (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162), sul divorzio cosiddetto breve (l. 6 maggio 2015, n. 55, "Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi"), sulla istituzione delle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76, "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e regolazione delle convivenze"), a fornire un'idea temporalmente definita del vincolo matrimoniale. In altre parole, anche se è vero che «non sarà certo una legge a rendere evanescenti i rapporti di tipo coniugale tra le persone», sembra, tuttavia, accoglibile la considerazione che dette norme, lette congiuntamente forniscano una nuova idea dell'istituto familiare nel senso di una sua maggiore "agilità". In questo senso, M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not*., 2017, 251 ss. Nello stesso senso, utilizzando il termine "dinamismo", A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 173 ss.

[2] Sulla quale v., oltre alle citazioni *infra* nel testo, A. SPADAFORA, *L'orientamento delle Sezioni Unite in materia di assegno divorzile: considerazioni critiche*, in *Giust. civ*., 1991, I, 1223; G. SCIANCALEPORE, *La funzione assistenziale dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir*., 2002, 285 ss.

[3] C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 17 ss.; G. ALPA - E. BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, in ZATTI (diretto da), FERRANDO - M. FORTINO - RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio. Separazione - Divorzio*, Milano, 2002, 898. V. anche G. AUTORINO STANZIONE, *Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE - A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002, 2 e ss.

[4] Si pensi, ad esempio, nuovamente, all'introduzione della normativa che ammette una semplificazione delle nelle procedure di separazione e divorzio con l'introduzione di un

Come si diceva, sono problematiche ampie, per le quali basterà il rinvio agli autori che, anche in questo volume, se ne occupano specificamente.
Il discorso che, invece, qui si vuole portare avanti è relativo ai limiti che incontra l'autonomia privata nella definizione del contenuto degli accordi.
Ovviamente si è ben consci che così facendo si opera più di una scelta di fondo, e cioè si ammette in linea generale la validità degli accordi[5] e, ancora più in generale, si accetta la dimensione privatistica della famiglia[6] a discapito della tendenza, sia pure oramai antica, ad evidenziarne il ruolo pubblicistico[7].
Per raggiungere l'obiettivo prefissato è necessario analizzare le tipologie di accordi che la fantasia dei coniugi (e dei loro consulenti) ha prodotto e le risposte

---

procedimento di negoziazione assistita (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162) la quale è stata letta da molti autori come un rafforzamento del carattere privatistico della materia familiare (cfr., M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 295 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo la introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, I, 207 ss.; F. DANOVI, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Fam. e dir.*, 2015, II, 1047 ss. Ma, anche, alle norme sul c.d. divorzio breve (l. 6 maggio 2015, n. 55) spesso lette come un rafforzamento del carattere temporaneo del matrimonio (cfr. M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, 93 ss.) o alla legge 20 maggio 2016, n. 76 (10), di "Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e regolazione delle convivenze" e ai suoi tre decreti delegati, (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 5, 6 e 7) che prevede espressamente la possibilità di concludere accordi vincolanti tra i conviventi.

[5] Tra i primi autori che hanno ammesso la validità degli accordi prematrimoniali cfr., G. OBERTO, *I trasferimenti mobiliari e immobiliari in occasione di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, 155 ss.; e, più ampiamente, ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 485 ss.; P. ZATTI, *La separazione personale*, in RESCIGNO (diretto da) *Tratt. dir. priv.*, Torino, 1996, 139.

[6] Il dibattito sul ruolo dell'autonomia privata all'interno dell'istituto familiare è antico. Cfr., senza pretesa di completezza, F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, 3 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, 113 ss.; V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam. e dir.*, 1994, 139 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213 ss.; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, V, 105 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 184 ss.; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 494 ss.; G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 19 ss.; S. PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 285 ss.; G. OBERTO, *L'autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Familia*, 2003, 617 ss.

[7] Non è certo questa la sede per richiamare il lungo e copioso dibattito sulla natura pubblicistica o privatistica dell'istituto familiare. Per la visione pubblicistica, basti qui il richiamo a A. CICU,

degli organi giudicanti. Ciò non in vista di definire un *trend* giurisprudenziale che possa dar ragione ai fautori della liceità o a quelli della illiceità[8], ma per valutare la rispondenza dell'ordinamento del caso concreto ai principi, innanzitutto costituzionali, del nostro ordinamento.

In questo percorso, già da subito, è possibile distinguere le differenti tipologie di accordi a seconda che mirino a regolare diritti (sia pure patrimoniali[9]) di norma disciplinati in modo differente dal legislatore (come, ad esempio, la definizione dell'importo e della cadenza temporale dell'assegno di divorzio), oppure rappresentino costruzioni giuridicamente più sofisticate, dirette a rispondere a bisogni compensativi specifici di operazioni patrimoniali condotte in costanza di matrimonio.

Quanto ai primi, sembra che si possa certamente aderire all'opinione di chi, rimarcata la necessità di tutela del coniuge "più debole", evidenzia la possibilità di ammettere gli accordi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio quando essi siano modificabili, al variare delle condizioni economiche dei coniugi, e rispondenti al principio di proporzionalità[10].

Il diritto di famiglia. Teoria generale, Roma, 1914, 231 ss. Comunque, superata la visione pubblicistica, la prima conseguenza è la negazione del carattere di indissolubilità della famiglia. Cfr., M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 1306 ss.; G. FERRANDO, *Crisi coniugali e accordi intesi a definirne gli assetti economici*, in *Familia*, 2001, 243 ss.

Discorso che, per vero, appare in questo particolare momento storico oramai sterile stante la larga adesione dottrinale, e ora anche giurisprudenziale, alla idea della ammissibilità degli accordi in questione. Ciò di cui invece ancora si discute, e ne sono testimonianza le numerose proposte di regolamentazione presentate da studiosi (G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir*., 2014, 88 ss.); da associazioni di categoria ("Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali", presentato dall'Ami (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani) il 20 luglio 2011; proposta sui patti prematrimoniali presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino) e dal legislatore (d.d.l. S/2629 (XVI), 18 marzo 2011, "Modifiche al codice civile e alla l. 1º dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali"; d.d.l. C/2669, 15 ottobre 2014, "Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali"), sono proprio i limiti di negoziabilità.

[9] Sembra, tuttavia, necessario avvertire che anche eventuali accordi relativi ad espetti non esclusivamente patrimoniali, come ad esempio gli accordi relativi alla prole, non sono necessariamente esclusi dall'autonomia privata in ambito familiare. Sul punto cfr., M. DOGLIOTTI, *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. dir*., XXXVIII, Milano, 1987, 370 ss. Certo non si vuole qui paventare l'equiparazione tra rapporti personali e patrimoniali e, si avverte un qualunque accordo sui figli andrà sempre valutato in ragione della soddisfazione dell'interesse del minore.

[10] M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 134 ss.

Maggiore interesse sembrano però suscitare quegli accordi, che si definivano più sofisticati, aventi ad oggetto ipotesi non generali ma specifiche, tanto da rappresentare la risposta (giuridica ed economica) a peculiari operazioni compiute durante la vita matrimoniale.

2. Validità degli accordi tra retaggi dogmatici e controllo del contenuto

Una breve indagine casistica appare opportuna per specificare i termini della questione.

Con una prima e nota decisione la Corte di Cassazione[11] ha reputato valida la scrittura privata, sottoscritta dai nubendi il giorno prima della celebrazione del matrimonio, che prevedeva che, in caso di suo fallimento (separazione o divorzio), la moglie avrebbe ceduto al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di un altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale. Ad integrazione poi del valore dell'immobile ceduto, il marito si impegnava a trasferire alla moglie un determinato quantitativo di attività finanziarie.

Le argomentazioni dei giudici sono incentrate sul ruolo dell'evento divorzio nella fattispecie contrattuale, riscontrandosi che esso non costituirebbe causa del negozio, ma degraderebbe a mero evento condizionale e, in definitiva, si tratterebbe di «un accordo tra le parti, libera espressione della loro autonomia negoziale, estraneo peraltro alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti. Nella specie, dunque un accordo (*rectius*: un vero e proprio contratto) caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali». La liceità dell'accordo e, in particolare, della condizione, deriva da una visione della solidarietà coniugale che, se permette di sospendere in costanza di matrimonio i rapporti di dare e

[11] Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713. La sentenza è stata variamente commentata. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniale in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, in *Fam. e dir.*, 2013, 321 ss.; I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 258 ss.; E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniale e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, in *Contratti*, 2013, 221 ss.; F. SANGERMANO, *Riflessioni si accordi prematrimoniale e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, in *Corr. giur.*, 2013, 1563 ss.

avere tra i coniugi, determina, in caso di fallimento del matrimonio, anche la fine della sospensione predetta in ragione della avvenuta cessazione dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio[12].

La soluzione fornita dai giudici, pure apprezzabile sul piano sostanziale, non appare adeguata quanto ad argomentazione giuridica, poiché sembra viziata da presupposti dogmatici che tradiscono una mancanza di serenità di giudizio.

Innanzitutto, il formale richiamo, per escluderne l'appartenenza, agli accordi prematrimoniali[13]. Come dire: l'accordo è valido perché non è un accordo prematrimoniale, altrimenti non lo si potrebbe prendere in considerazione[14]. Si tratterebbe cioè di una «traslazione dell'evento divorzio da causa del contratto ad elemento accidentale»[15], quasi a dire che la sanzione della nullità sarebbe correlata «ad ogni contratto che predetermini spostamenti patrimoniali in funzione della futura ed eventuale separazione» mentre, «*a contrario*, se la causa dell'attribuzione è altro dalla potenziale separazione […] l'atto non potrebbe essere qualificato come patto prematrimoniale»[16]. Senza voler qui affrontare il complesso e ancora dibattuto tema della causa in concreto del negozio[17], preme tuttavia avvertire che se oramai, come già da tempo autorevolmente rilevato, la causa è da individuarsi nella sintesi degli effetti essenziali[18], è allora

[12] La sentenza in parola rappresenta dunque con nettezza una differente visione della solidarietà coniugale se solo si tiene a mente che nelle decisioni meno recenti l'indisponibilità dell'assegno di divorzio era motivata proprio sulla perpetuità del principio solidaristico. Cfr., Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it*., 1982, I, 184.

[13] V., sul punto, S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniale e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, II, 879 ss.

[14] Così chiarendo che non vi è intenzione di discostarsi dalla giurisprudenza allora dominante. Per quest'ultima, cfr., tra le tante, Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it*., 1981, I, 1, 1553 ss.; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it*., 1986, I, 747 ss.; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it*., 1992, I, 1, 156 ss.; Cass., 1 marzo 1991, n. 2180, in *Dir. e fam*., 1991, 926; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it*., 1992, I, 1, 1078 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it*., 1993, I, 1, 338; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Foro it*. 2001, I, 1318; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm*., 2002, I, 345; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Dejure*; Cass., 10 agosto 2007, n. 17634, in *Dejure*, Cass., 28 gennaio 2008, n. 1758, in *Il civilista*, 2008, 12, 64.

[15] M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 93 ss.

[16] In questi termini, A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione*, cit., 176.

[17] Sul quale v., di recente, F. ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in ID. (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzione interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, 1 ss.

[18] Classico e d'obbligo il rinvio a S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti della causa nei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 76 ss.

inopportuno distinguere tra elementi essenziali ed accidentali del negozio[19], poiché è necessaria una valutazione teleologica, non più strutturalistica, ma basata sulla funzione concreta dell'atto[20].
In altri termini, non sembra possibile risolvere il problema della validità degli accordi basandosi sulla struttura dei singoli atti, ma è necessaria una valutazione funzionale che tenga conto dell'equilibrio degli interessi.
Né sembra possibile operare un raffronto formale del contenuto dell'accordo con i doveri inderogabili di cui all'art. 160 c.c.[21] poiché, altrimenti, il dovere di contribuzione alla vita familiare coprirebbe tutto lo spettro degli atti compiuti in costanza di matrimonio. Resterebbero esclusi soltanto gli accordi non aventi ad oggetto atti compiuti in ragione dell'esistenza stessa della famiglia e cioè quelli nei quali i coniugi figurano come parti spersonalizzate ed avulse dal contesto familiare. Sul punto però è necessaria una riflessione ulteriore, poiché ciò di cui si discute non è l'autonomia privata *tout court*, ma i limiti eventuali all'autonomia privata nei rapporti matrimoniali e, in definitiva, proprio la libertà di regolare autonomamente i rapporti tra coniugi.
In secondo luogo, un richiamo ad una solidarietà coniugale, per così dire a termine, non si giustifica e appare incongruente con la funzione stessa dell'assegno divorzile[22] e con la tendenza, soltanto negli ultimi anni messa in discussione[23], ad utilizzare quale parametro per la sua determinazione il tenore di vita della famiglia[24]. Né sembra possibile distinguere tra attribuzioni patrimoniali attuate

[19] Per tutti, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, 1939, 61 ss.
[20] In questi termini, P. PERLINGIERI, *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni*, in *Vita not*., 1976, 2, 103 ss.
[21] In questo senso, invece, sembra orientata S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniale e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 880 ss., la quale prende in considerazione il ruolo delle spese sostenute per l'abitazione tra i doveri coniugali e in particolare la loro assimilazione agli obblighi di contribuzione. Più specificamente, sul ruolo degli accordi relativi alla casa familiare, v., L. TULLIO, *Casa familiare e accordi tra i coniugi nella crisi della coppia*, in FIGLIA - DE VERDA Y BEAMONTE - FREZZA - VIRGADAMO (a cura di), *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Napoli, 2016, 129 ss.
[22] Sul punto v., Cass., sez. I, 22 gennaio 1994 n. 67, in *Dir. fam. e pers*., 1994, 868; Cass., 28 luglio 1997, n. 7029, in *Dejure*; Cass., sez. I, 18 settembre 1997 n. 9287, in *Vita not*., 1998, 217 Cass., 24 ottobre 2007, n. 22329, in *Giur. it*., 2008, 1687; Cass., 10 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. pers. e succ*., 2007, 107. In dottrina cfr., G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 246 ss.
[23] V., Cass., 15 maggio 2017, n. 11504, in *Foro it*., 2017, I, 1895; che afferma che il parametro cui rapportare il giudizio di adeguatezza dei mezzi valido ai fini della determinazione dell'assegno divorzile non debba essere il tenore di vita della famiglia ma l'indipendenza economica del richiedente.
[24] Sulla determinazione quantitativa dell'assegno e sulla sua funzione perequatrice e indennitaria

in costanza di matrimonio e giustificate dal suddetto principio di solidarietà, come tali irripetibili nel caso di cessazione del vincolo, ed altre non giustificate da tale principio e, pertanto, ripetibili[25]. Sembra invece opportuno riflettere sul rapporto tra gradi di equilibrio raggiuti in costanza di matrimonio e le richieste avanzate in fase di crisi, laddove sembra calzante la considerazione che «ogni carente funzionamento dal punto di vista perequativo del regime patrimoniale durante la convivenza matrimoniale proietta inevitabilmente il soddisfacimento della relativa esigenza sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici in occasione della crisi familiare»[26].

Per vero, sullo sfondo della decisione in parola, si intravede una valutazione di congruità dell'accordo, ove si afferma che soltanto una notevole sproporzione delle prestazioni potrebbe essere indice di un diverso ruolo del divorzio, tanto da far propendere per una nullità dell'accordo poiché diretto ad assumere una funzione dissuasiva allo scioglimento del matrimonio e, dunque, volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi. Viene allora da chiedersi se tra le righe del ragionamento della Corte non si nasconda una valutazione di meritevolezza dell'accordo in ragione del suo equilibrio economico. E la risposta sembra che debba essere positiva ove si consideri che, nel caso di specie, le spese sostenute da uno dei coniugi, lungi dall'essere esborsi diretti ad esaurire il loro valore nel semplice atto di consumo, avevano contribuito ad incrementare il valore di un bene che all'atto della separazione dovrà essere assegnato all'uno o all'altro coniuge.

Certo, il controllo di meritevolezza, in queste ipotesi, assume connotati peculiari e non può prescindere dalle caratteristiche proprie indotte dalla presenza del vincolo matrimoniale [27].

---

cfr., C. RIMINI, *Commento agli articoli 1, 2, 3, 5, 6, 9, 9*-bis*, 10, 12, 12-bis, 12*-ter*, della legge 1° dicembre 1970, n. 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in L. BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli*, vol. IV, Torino, 2010, 659 ss.; E. QUADRI, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. e fam*., 2005, 1302 ss.; E. AL MUREDEN, *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse della famiglia fra legge e autonomia privata*, in FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, Tomo I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, 1024 ss.; G. BONILINI, *L'assegno post matrimoniale*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, nel *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2004, 528.

[25] Sembra invece orientato ad ammettere in linea generale la distinzione, A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., 178.

[26] Così, E. QUADRI, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ*., 2014, 95 ss., spec. 99.

[27] Ad esempio, si evidenzia la necessità di valutare la durata del matrimonio allo scopo di indagare

3. Contenuto degli accordi in vista dello scioglimento del matrimonio ed equilibrio contrattuale

Una seconda decisione[28], anch'essa nota, aggiunge ulteriori spunti di riflessione. Oggetto della questione è la validità di un accordo, concluso in costanza di matrimonio, con il quale un coniuge, dichiarando di aver ricevuto dalla moglie una determinata somma di danaro, si impegna a restituirla, in caso di separazione. La Corte, nel reputare valido il negozio, lo qualifica come riconoscimento dell'esistenza di un debito conseguente ad un mutuo il cui obbligo restitutorio sarebbe sottoposto alla condizione sospensiva del fallimento del matrimonio. Anche in questa ipotesi ciò che viene in rilievo è la liceità della condizione sospensiva e, in particolare, la non contrarietà all'ordine pubblico dell'evento in essa dedotto.

A nulla valgono, peraltro, le ragioni addotte dal ricorrente relative alla vigenza del regime della comunione legale che renderebbe non certa l'attribuzione della somma (almeno per intero) alla titolarità di uno soltanto dei coniugi. Il rigetto di detto motivo di impugnazione (per vero perché non proponibile in sede di legittimità) dimostra una prevalenza dell'autonomia privata anche a fronte di una incoerenza tra le pattuizioni dei coniugi e la disciplina del regime patrimoniale della comunione legale e, in definitiva, la scelta nel senso di una sua disponibilità. Dunque, la Corte pur rimanendo nel solco formale della invalidità degli accordi prematrimoniali, apre nuovi spazi di ammissione dell'autonomia dei coniugi in materia matrimoniale lasciando ad essi la libertà di qualificare il trasferimento di una somma di denaro tra coniugi come mutuo o come adempimento del dovere di contribuzione familiare. Dunque, per la decisione sulla validità degli accordi relativi a tali somme e sull'ammissibilità delle eventuali pretese restitutorie[29], problema che non sempre ha avuto risposte

l'effettiva volontà di contribuire a costruire un patrimonio comune. Così, S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniale e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 884 ss. Il rilievo dell'effettiva esistenza della comunione di vita e di affetti inizia ad essere palese anche nelle decisioni della giurisprudenza relative alla determinazione dell'assegno postmatrimoniale. Si v., ad esempio, di recente, Cass., 10 gennaio 2018, n. 402 (ord.), in *www.laleggepertutti.it*, ove si nega la corresponsione dell'assegno di mantenimento a causa della brevità del matrimonio (28 giorni) «rilevando la ricorrenza nella specie di quell'ipotesi eccezionale (cfr. negli stessi termini Cass. civ., sez. VI-1, ord. n. 6164 del 26 marzo 2015) in cui non si è ancora realizzata, al momento della separazione, alcuna comunione materiale e spirituale tra i coniugi».

[28] Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, II, 13 ss., con nota di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale:* from status to contract?

[29] In ipotesi come questa la dottrina si interroga sull'ammissibilità di pretese restitutorie tra coniugi stante il generale dovere di contribuzione. La dottrina sul punto è scettica. Cfr., G. FERRANDO,

univoche in giurisprudenza[30], sembra che possa dare un contributo proprio l'indagine sulla volontà dei coniugi, sia pure nel rispetto del principio di proporzionalità.

Con l'evoluzione della prassi e anche a seguito della formazione di una folta tendenza dottrinale favorevole agli accordi prematrimoniali[31], è possibile rinvenire decisioni più coraggiose[32] che prendono spunto da casi, per vero non perfettamente corrispondenti alla tematica che ci occupa, per affermare in linea generale la validità degli accordi (sia pure ammonendo che essi devono essere sempre sottoposti ai controlli cui devono soggiacere tutti gli atti di autonomia negoziale come quelli attinenti alla nullità dell'atto o alla capacità delle parti e ai vizi di volontà), o che valutano il caso senza più discutere in merito alla astratta validità degli accordi[33].

Le aperture sono evidenti ove si consideri che, a fronte della tendenza ad ammettere accordi relativi a specifici affari e non coinvolgenti l'interezza dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, nel caso da ultimo ricordato i giudici interpretano l'accordo nel senso che esso intendeva regolare «tutti i rapporti patrimoniali ancora pendenti tra i coniugi al fine di pervenire alla separazione

Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento, in *Contratti*, 2015, 722 ss.; A. FUSARO, *La restituzione degli arricchimento tra coniugi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 477 ss.

[30] Cfr., Cass., 17 settembre 2004, n. 18749, in *Dejure*; Trib. Napoli, 8 gennaio 2001, in *Gius.*, 2001, 2779. In senso contrario, Trib. Brindisi, 26 maggio 2014, in *ilcaso.it*; Cass., 9 giugno 2009, n. 13259, in *Dejure*; Cass., 13 maggio 1989, n. 2199, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2057.

[31] Cfr., tra i tanti, F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, 1, *Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, 49 ss.; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it.*, 1995, I, 110 ss.; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cassazione del* ménage, Padova, 1999, 154; E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 277 ss.; M.R. MARELLA, *Gli accordi fra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in FERRANDO (diretto da), *Separazione e divorzio*, I, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 2003, 197 ss.; G. FERRANDO, *Crisi coniugali e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, cit., 261 ss.; G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 803 ss.

[32] Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Fam. e dir.*, 2015, 4, 357. Il caso specifico era relativo ad un accordo extragiudiziale, raggiunto in sede divorzile e poi convertito in conclusioni congiunte che oltre a definire la collocazione del figlio minore presso la madre ed a quantificare l'assegno divorzile a favore della coniuge, ed il contributo al mantenimento a favore del figlio minore, prevedeva che il padre si impegnava ad acquistare la casa coniugale dalla società proprietaria e a trasferirla al figlio minore.

[33] Cass., 21 febbraio 2014 n. 4210, in *Dejure*. Il caso era relativo ad un accordo tra i coniugi che prevedeva il pagamento delle residue rate di muto ipotecario relativo all'acquisto della casa

consensuale»[34]. L'impressione, tuttavia, è che la decisione finale, più che una presa di posizione sulla astratta validità della categoria "accordo prematrimoniale", sia ancora una volta una valutazione in concreto della proporzionalità e meritevolezza dell'accordo specifico[35]. Ma ciò, ovviamente, non rappresenta una novità nell'attività giurisdizionale e anzi, proprio con riguardo al tema peculiare che qui ci occupa, le specificità del caso concreto avevano permesso già in un passato oramai abbastanza lontano di reputare valido un patto regolativo dei rapporti tra i coniugi dopo lo scioglimento del matrimonio[36].

In questo *trend* favorevole alla validità degli accordi prematrimoniali, sembra porsi fuori dal coro una recente decisione della Cassazione ove si afferma che «gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti

coniugale attuato tramite la vendita del medesimo immobile, così cristallizzando debiti e crediti pregressi senza che uno dei coniugi nulla possa pretendere in restituzione delle somme versate.

[34] Nello stesso senso Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Dejure*, che ha dichiarato valido l'accordo con il quale i coniugi predisponevano un piano di assegnazione dei beni.

[35] In questo senso non sembra accoglibile il tentativo di trarre dalle decisioni in commento indicazioni che permettano di definire un minimo comun denominatore tale da identificare la categoria. In questo senso, invece, A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione*, cit., 175 ss.

[36] Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Dir. e fam*., 1984, 521, ove, sia pure con le specificità dovute all'applicazione del diritto internazionale privato, si conclude che «l'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico

civili del matrimonio»[37]. A ben vedere, in questa ipotesi il ricorrente intendeva desumere l'esistenza di un accordo relativo alla sostituzione dell'assegno divorzile dalla dazione *una tantum*, in sede di separazione, di una cospicua somma di danaro. Di là dai dubbi in merito all'esistenza stessa dell'accordo, l'impressione è che il giudizio fortemente negativo non debba derivare da una astratta invalidità degli accordi prematrimoniali (come invece afferma la Corte), ma da una valutazione del concreto assetto di interessi nel quale, stanti le condizioni economiche dei coniugi, l'accordo risultava sproporzionato. Ciò è anche palese nello svolgimento della motivazione, ove la censura mossa alla Corte d'Appello è quella di non aver valutato la proporzionalità ed i criteri normativi stabiliti per la determinazione dell'assegno divorzile.
Dunque, ciò che distingue il caso da ultimo riportato rispetto ai precedenti è il contenuto dell'accordo e, cioè, il fatto che esso sia relativo alla determinazione immodificabile dell'assegno di divorzio, o alla sua sostituzione con altri beni patrimonialmente rilevanti (danaro o beni immobili), così non permettendone l'adeguamento a seguito del mutare delle condizioni economiche dei coniugi. In aggiunta, l'accordo è considerato anche fortemente sperequato a favore di uno dei coniugi. Con ciò rafforzando l'idea della necessità di un controllo contenutistico e la non opportunità della definizione di una categoria generale.

4. Equilibrio contrattuale e meritevolezza dell'accordo

È necessario dunque rivolgere l'attenzione all'equilibrio contrattuale, evitando preclusioni generiche anche se categoriali. In questo senso neanche sembra possibile affermare che ogni accordo che abbia ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile debba essere considerato nullo, stante la funzione assistenziale di detto assegno[38], poiché ciò che va valutata è l'adeguatezza nel

interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».

[37] Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, I, 955 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile* una tantum*: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*. Nello stesso senso Cass., 13 gennaio 2017, n. 788, in *www.familia.it*, 16 maggio 2017, ove le parti avevano definito un assegno di divorzio minimo e il trasferimento della parte residua della proprietà di un immobile a favore della moglie.

[38] La quale è affermata, non da ora, in giurisprudenza, Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11489, 11490, 11491, 11492, in *Foro it*., 199, I, 67; Cass., 17 luglio 2009, n. 16789, in *Fam. e dir*., 2010, 700; Cass., 19 ottobre 2006, n. 22500, in *Fam. e min*., 2006, 65; Cass., 16 maggio 2005, n. 10210, in *Fam. e dir*., 2005, 664; Cass., 17 marzo 2000, n. 3101, in *Gius*., 2000, 1440;

caso concreto[39]. In questo senso, sembra significativa una vicenda, giudicata dal Tribunale di Milano[40], nella quale i coniugi avevano definito con un patto negoziale le attribuzioni degli immobili in comunione creando una situazione più favorevole per il coniuge economicamente più debole. In questo caso, il Tribunale, non dubitando della validità dell'accordo, afferma che «non sussistono i presupposti per un assegno divorzile» poiché «in sede di separazione i coniugi hanno completato una scheda negoziale avente la finalità di mettere entrambi i *partners* nella posizione di poter provvedere, con adeguatezza e anche per il futuro, a un sostentamento tendenzialmente analogo a quello goduto in costanza di matrimonio»[41].

Sembra, in tal caso, che sia stato seguito un criterio di «di maggiore o uguale rispondenza all'interesse tutelato»[42] nel senso che l'accordo raggiunto dai coniugi rappresenti una composizione di interessi da essi stessi reputata migliore rispetto a quanto poteva essere definito dal giudice in sede di divorzio.

Ovviamente ciò non significa definire in modo immodificabile i rapporti patrimoniali tra i coniugi perché, come anche i giudici ricordano, al mutare delle condizioni patrimoniali potrebbe essere necessaria una rivalutazione

Cass., 22 giugno 1999, n. 6307, in *Dejure*; Cass., 15 gennaio 1998, n. 317, in *Gius*., 1998, 971; Cass., 4 novembre 1997, n. 10791, in *Dir. fam. e pers*., 1998, 891; Cass., 8 ottobre 1997, n. 9758, in *Gius*, 1998, 344.

[39] Del resto, anche nei Paesi dove tali patti sono disciplinati, è sempre richiesta una forma di controllo giurisdizionale. Per queste riflessioni e per una rassegna critica della legislazione dei diversi Paesi, cfr., E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir*., 2005, 543 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, tomo II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2007, 40 ss.

[40] Tribunale Milano, sez. IX, 02 aprile 2015, in *Dejure*.

[41] Nello specifico i giudici operano una attenta valutazione del contenuto degli accordi stipulati tra i coniugi concludendo che «nel caso in esame, all'esito dei patti di separazione, la moglie ha ottenuto: l'intera proprietà della casa familiare (dove ora abita), mediante cessione gratuita della proprietà del marito al 50%; l'intera proprietà del solaio, mediante cessione gratuita della proprietà del marito al 50%; un controvalore economico netto pari ad euro 100.000. Si tratta di persona che è stata pienamente inserita nel mercato del lavoro e che ne è uscita in modo fisiologico, con un trattamento pensionistico che conserva. È vero che il matrimonio ha avuto una durata consistente (28 anni), ma è anche vero che non ci sono stati figli. In merito alla situazione soggettiva della moglie – in particolare il fatto che debba sostenere cure per una patologia ... – essa non giustifica *ex se* l'assegno di divorzio, poiché non si tratta di evento tale da porre la moglie in una situazione di bisogno, già solo considerando gli oneri che gravano sul sistema sanitario pubblico. Peraltro deve tenersi conto di una sopravvenienza di favore per la moglie stessa: in costanza di accordi e sino al 2013 era gravata del mutuo che ora non deve più pagare».

[42] Per queste riflessioni v., M. GILIBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, *Dir. fam. e pers*., 2014, 476 ss.

della questione. Dunque, neanche può affermarsi che l'assegno divorzile sia in assoluto indisponibile poiché ciò che è indisponibile è il principio di solidarietà[43] e, ove i coniugi riescano tramite l'accordo ad attuare detto principio, *nulla osta* a che anche la quantificazione di esso rientri nell'accordo.

[43] Del resto il carattere di indisponibilità dell'assegno divorzile, che pure la dottrina afferma esistente, deriva proprio dal fatto che esso sia reputato strumento di attuazione della solidarietà coniugale. Cfr., M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 230 ss.; L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 2001, 13 ss. Quest'ultimo autore apre alla possibilità di una maggiore disponibilità dell'assegno ove abbia anche una funzione risarcitoria e compensativa.

L'autonomia negoziale nel governo della crisi familiare: spinte evolutive e persistenti resistenze

Rosario Franco
Notaio in Sesto San Giovanni

Il contributo si propone di tracciare una comune linea individuativa delle condizioni di ammissibilità e recepimento, nel nostro ordinamento, degli accordi patrimoniali tra i coniugi in previsione degli eventi della separazione personale e del divorzio. Nel prendere atto del – recentemente acquisito – pluralismo familiare e nel superamento di ogni necessità giuridica del binomio matrimonio-famiglia, in una alle tensioni verso un rinnovamento dell'intero impianto etico sotteso al sistema-famiglia, si procede nell'analisi critica, e con un ripensamento metodologico, alle principali argomentazioni addotte, primariamente da una (sempre meno) monolitica giurisprudenza di legittimità, a sostegno di un orientamento al riguardo (retrospettivamente) negazionista; per provare a giungere, con l'esortazione ad un rinnovato impegno valoriale per l'interprete, ad una conclusione condivisa che nell'autonomia privata familiare-procedimentalizzata rinvenga la cifra assiologico-fondativa della piena ammissibilità dei divisati accordi coniugali.

The contribution aims to draw a common identifying line of the conditions of admissibility and implementation, within our legal system, of the patrimonial agreements reached between spouses in preparation for the events of personal separation and divorce. In acknowledgement of – recently acquired – family pluralism and in satisfying any legal necessities of the marriage-family combination, in line with one of the current trends towards a renewal of the whole ethical apparatus underlying the family system, the book begins with a critical analysis, and with a methodological rethinking, moving on to the main arguments put forward, primarily by an (increasingly less) monolithic jurisprudence of legitimacy, in support of a (retrospectively) negationist orientation; it tries to reach a shared conclusion in which, in private family-proceduralized autonomy, the founding-axiological reference of full admissibility of the stipulated conjugal agreements can be found, while calling for a renewed commitment of values from those who are required to interpret it.

Sommario: 1. La famiglia: dalla morte annunciata alla moltiplicazione, passando per la frantumazione. – 2. La famiglia: dalla fissità alla mutevolezza. – 3. Le linee tendenziali dello sviluppo dell'autonomia negoziale. – 4. L'autonomia negoziale e gli accordi in vista del divorzio: enunciazioni di principio e soluzioni applicative. – 5. La (più volte) confermata chiusura della giurisprudenza agli accordi in vista del divorzio e le aperture delle soluzioni applicative. -– 6. Primi esiti della ricerca: l'autonomia privata e le modalità concrete del suo esercizio, nell'orizzonte del controllo giudiziale. – 7. Conferme e acquisizioni in tema di autonomia nel rapporto familiare. –8. Le principali repliche alla giurisprudenza di legittimità. – 9. La clausola *rebus sic stantibus* e la rinunzia preventiva all'assegno di divorzio. – 10. Spazi e aperture per la diffusione degli accordi in vista del divorzio nella contemplazione del controllo giudiziale.

1. La famiglia: dalla morte annunciata alla moltiplicazione, passando per la frantumazione

L'*incipit* di queste considerazioni potrebbe apparire se non funesto, almeno inappropriato o, ancor più gravemente (non solo *falsificabile*, ma addirittura) *falso*, se immediatamente non si precisasse che le morti nel diritto e del diritto sono state tutte, più o meno e per quanto suggestivamente evocate, soltanto proclamate e mai seriamente accertate. Invero, gli annunci della «morte del contratto»[1], della «morte della famiglia»[2]; la constatazione delle «ceneri del diritto»[3], della «fine del diritto»[4] (sia pure seguita da un punto interrogativo), dell'«eclissi del diritto civile»[5], «del diritto inesistente»[6], ovvero delle (non tanto) meno allarmanti voci che preconizzano la «crisi del diritto»[7] o la «metamorfosi del diritto»[8] si sono (non quasi, ma) sempre riconvertite, pur prendendo abbrivio da diverse prospettive d'analisi per giungere a differenziati esiti ermeneutici, nella proposizione di una rinnovata impostazione metodologica, assiologica e

[1] G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. it. di A. Fusaro, Milano, 1988. In realtà la morte del contratto non è celebrata neppure dal suo autore come emerge dalla lettura delle appassionate pagine del contributo e come conferma, nel saggio introduttivo al volume, G. ALPA, *Il contratto tra passato e avvenire*, ivi, XI ss.; nonché R. SACCO - G. DE NOVA, *Un passaggio obbligato: il declino del contratto*, in ID., *Il contratto*, Torino, 2004, I, 42 ss.

[2] D. COOPER, *La morte della famiglia*, trad. it., Milano, 1972.

[3] M.L. GHEZZI, *Le ceneri del diritto. La dissoluzione dello Stato democratico in Italia*, Milano, 2007.

[4] AA VV., in ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009.

[5] C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

[6] M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010.

[7] G. BALLADORE PALLIERI - CALAMANDREI - G. CAPOGRASSI - F. CARNELUTTI - G. DELITALA - A.C. JEMOLO - A. RAVÀ - G. RIPERT, *La crisi del diritto*, Padova, 1953.

[8] A. CATANIA, *La metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008.

culturale dell'approccio allo studio del diritto, sì da potersi ribadire che la «fede nel diritto»[9] ed il «ritorno al diritto»[10] rappresentino il risultato ultimo, sia pure senza ingenui sincretismi dei diversi e molteplici pensieri al riguardo, di ognuna di quelle annunciazioni.

Sì che alla previsione della 'morte della famiglia' anche mercé il trascorrere dei tempi ed il mutamento dei modelli di riferimento culturale della società (particolarmente incidenti nel tema familiare), sempre più pluralistica e perennemente mutevole (e non più immutabile nella sua trascendente fissità *valoriale*), si è potuto replicare, contestandone i fondamenti argomentativi addotti a supporto, che essa è stata «soltanto una morte annunziata; e la tesi della non-famiglia è rimasta [soltanto] nei libri»[11].

E ciò in un settore, peraltro, ad alta densità assiologica[12] e nel quale le precomprensioni degli interpreti (se non i pre-giudizi ideologici) finiscono talvolta per inquinare un'analisi rigorosa e oggettiva dello stesso fenomeno sociale, in cui – nel non raro conflitto tra i precetti comunitari e i principi

[9] CALAMANDREI, in S. CALAMANDREI (a cura di), *Fede nel diritto*, con saggi di Guido Alpa, Pietro Rescigno e Gustavo Zagrebelsky, Roma-Bari, 2008.

[10] P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015

[11] F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 509 ss., spec., 512; il quale successivamente, in esito alla promulgazione della legge Cirinnà, in ID., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Juscivile*, 2017, 157 ss., afferma che «la disintegrazione della famiglia, spogliata del suo ancoraggio istituzionale, appare nella sua drammatica nudità»; V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 211 ss.

[12] Valori e principi della Carta Costituzionale, della Convenzione ei diritti dell'Uomo e di quelli della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (c.d. Carta di Nizza).

Lo rilevano, altresì, C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Riv. dir. civ*., 2007, 535 ss., spec., 543, il quale, difatti, afferma: «non si può pensare, e io personalmente non penso, che si possano affrontare temi come quelli della famiglia, delle unioni civili, dei diritti dei bambini (un profilo, quest'ultimo, davvero trascurato nel dibattito di queste settimane) senza un aperto confronto sui valori»; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 213 ss., spec., 224: « [n]on può dubitarsi, credo, che in questa materia le scelte dell'interprete siano profondamente condizionate dalle convinzioni culturali ed ideologiche di ciascuno, delle quali mi pare preferibile fare aperta professione, piuttosto che cercare conferme nelle pieghe del dettato normativo e nell'esegesi letterale»; P. ZATTI, Familia, familiae - *Declinazioni di un'idea*. *I*. *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9 ss., spec., 16, ove si afferma che il diritto della famiglia non può rinunziare ad una precisa connotazione assiologica; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 515 ss.

Di «crisi morale» discute F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 514; dell'esigenza di una «rinnovata fondazione etica del diritto» discute C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 544.

fondamentali del nostro ordinamento (con gli annunci della Corte di giustizia «che si autoproclama garante dell'osservanza delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri elevate a principi fondamentali del diritto comunitario»[13]) – «perfino lo scenario costituzionale di riferimento risulta frammentato, poiché le convivenze e le unioni di fatto – e deve ritenersi anche le famiglie che da esse traggono origine – si vanno a collocare nella sfera di tutela apprestata dall'art. 2 Cost. alle formazioni sociali»[14], nel quale si sarebbe da tempo dovuto acquisire che «non si può prescindere dalla consapevolezza della storicità e della relatività della nozione di famiglia»[15] (così come di ogni categoria ordinante del diritto). Non prendere atto dei (o perdere contatto coi) profondi mutamenti in corso nella società civile e dell'evoluzione della cultura sociale nazionale, come già s'ammoniva oltre cinquant'anni fa, «darebbe luogo a soluzioni ripugnati alla coscienza»[16], così come lo «sfuggirvi sarebbe ipocrita»[17]. Senza perciò stesso correre il rischio, per un verso, di appiattirsi neutralmente sulla società specchiandosi in essa[18], con una censurabile *indifferenza* normativa o, per l'altro, di imporre, a livello europeo (nell'apprezzabile fine di ricostituire una comune unità sovranazionale anche per le *persone*, oltre che per i *mercati*), enunciati normativi «che toccano modelli culturali fortemente radicati nelle realtà nazionali o che comunque incidono su indici assiologici che [essi] non possono certamente modificare»[19] (almeno se il tentativo procede dall'alto senza avere in cura l'ascolto del continuo fluire dell'esperienza sociale e giuridica), nella consapevolezza dell'*originarietà* della famiglia[20].

Anzi, sia pure con esiti opposti a quelli evocati dalla dottrina più avanti

---

[13] N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nella costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 431 ss.

[14] SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2010, 845 ss., spec., 846.

[15] U. MAJELLO, *Relazione introduttiva*, in *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. Atti di un convegno di studi*, Napoli, 1975, 8; adesive e dense le riflessioni di C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 535 ss., 544, al quale si rinvia anche per i riferimenti critici al relativo dibattito.

[16] A.C. JEMOLO, *Convivere come coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, 398 ss., spec., 408.

[17] C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 543.

[18] L'immagine dello specchio è tratta da P. ZATTI, Familia, familiae - *Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 39; e, in senso, opposto, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 517.

In tema, altresì, V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 224 ss.

[19] N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 434.

[20] G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 69 ss.; ora ribadita da M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss., spec., 1311.

menzionata, della stessa idea (o *istituzione*) di famiglia si è – recentemente e *positivamente*, in esito ad un accidentato e controverso percorso, tra opposte tendenze alla *deregulation* e alla legificazione[21] ed in seguito a numerosi solleciti[22] e richiami[23] – celebrata (non senza eccezioni[24]) una conferma

[21] Ad esempio si cfr., A. FALZEA, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 53 ss.; e P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, ivi, 147.

[22] Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Giur. cost*., 2010, 1605 ss.; Corte cost., 11 giugno 2014, n. 70, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, 1139 ss., con nota di commento di A. LORENZETTI - A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans* (1152 ss.); Cass., 21 aprile 2015, n. 8097, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, I, 777 ss., con commento di M. AZZALINI, *Dal "divorzio imposto" al matrimonio "risolutivamente condizionato": le bizzarre ed inique sorti del matrimonio della persona transessuale* (780 ss.); Cass., 9 febbraio 2015, n. 2400, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, I, 629 ss., con commento di T. AULETTA, *Ammissibilità nell'ordinamento vigente di un matrimonio fra persona dello stesso sesso* (654 ss.).

[23] Corte EDU, 24 giugno 2010, n. 30141/04; Corte EDU, 21 luglio 2015, ric. 18766/11 e 36030/11, in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, 918 ss., con nota di L. LENTI, *Prime note a margine al caso Oliari c. Italia* (983 ss.), ove si sanziona espressamente l'Italia per non aver accolto i numerosi richiami a legiferare in materia

[24] F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit., 157 ss., il quale riconosce alla «nascente riforma del diritto italiano della famiglia» l'aspirazione «ad affrontare organicamente e, finalmente, risolvere il problema della difficile integrazione delle fonti» e, nel condividere il pensiero di autorevole insegnamento (V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 1307 ss. (seconda parte), spec., 1317 del successivo virgolettato riportato nel riferire il pensiero di Busnelli), conviene con «la virtuosa conciliazione tra la conferma della "posizione di particolare privilegio a favore della '*famiglia fondata sul matrimonio*' riservatole dall'art. 29, comma 1, Cost." con le altre 'realtà familiari', che "non sono trattate come *deviazioni*, bensì come situazioni aventi titolo – all'interno dell'appartenenza al comune *genusfamiliae* … all'attribuzione di corrispondenti e diversificati effetti a seconda della particolare e specifica situazione familiare di che trattasi"» (183, con corsivi e virgolettati originali); ma con riferimento al prefigurabile «definitivo abbandono delle "architetture costituzionali" che hanno fatto della famiglia disegnata dalla nostra Costituzione *un unicum* nel panorama europeo» auspica «che una così significativa vicenda storica – che sancirebbe apertamente il passaggio dal personalismo-solidarismo al "soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo" … fosse contrassegnata dal ricorso allo strumento legislativo della revisione costituzionale»; il quale, ancora, sia pure in un tempo anteriore alla novella del 2016 (F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 515 ss.) pure scriveva: «[s]arebbe un falso controllo – o, meglio, un non controllo – quello di un diritto (scritto o anche solo "vivente") che delegasse all'esperienza una sorta di legittimazione sociale all'autocontrollo, per poi recepirne supinamente le risultanza e le conseguenti tipizzazioni. Ridurre il proprio compito a "confermare la realtà sociologica attraverso la duplicazione pura e semplice della stessa" significa, in ossequio al c.d. principio della neutralità del diritto, rifugiarsi in quella che ben è stata definita "una ideologia dell'indifferenziato"» (le virgolette riportano

'sociologica'[25], una (per continuare nella metafora) rinascita o resurrezione con l'approvazione definitiva della c.d. legge Cirinnà[26] che ha contribuito finanche a moltiplicarle (o a 'frantumarle'[27]), evolvendosi dal modello unico della famiglia fondata sul matrimonio[28] (art. 29 Cost., ma già seriamente contestata dal fenomeno sociale della c.d. 'famiglia di fatto'[29]) alla famiglia che si scioglie dal (necessario presupposto costitutivo e qualificatorio, oltre che politico ed ideologico, del) matrimonio[30] (art. 2 e 29 Cost.), finanche individuandosi un ossimoro in quella formulazione[31] e finendo, allora, per risultare «perdente l'idea che la famiglia, in quanto istituto "di diritto naturale", fosse immutabile nei tratti giuridici ereditati dalla tradizione»[32]. O, in altri autorevoli termini, trascorrendosi dalla 'famiglia' alle 'famiglie'[33], dal 'modello unico'[34] al 'non-

---

nell'originale il pensiero di L. MENGONI, *La famiglia nelle delibere del Consiglio d'Europa e nelle recenti riforme: principi e orientamenti*, in VOLONTÈ (a cura di), *La famiglia alle soglie del III Millennio*, Lugano, 1996). Ai due scritti si rinvia anche per una trattazione puntuale dello stato attuale del pensiero della dottrina, non solo, italiana; cfr., altresì, SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, cit., 845 ss., il quale osserva come si riveli «attuale l'immagine più volte e con varie formule descritta – si pensi per tutti a Jemolo – di un diritto positivo perennemente costretto, in questa materia, a seguire il procedere discontinuo e non lineare, ma non arginabile dall'atto di volontà del legislatore, dei fenomeni sociali».

[25] R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere delle negozialità*, in *Contratti*, 2016, 582 ss., spec., 584.

[26] Legge 20 maggio 2016, n. 76.[27] V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 211 ss.

[28] F.D. BUSNELLI, *Unicità o pluralità dei modelli familiari?*, Relazione al Convegno di Verona del 1996.

Sul punto le importanti riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 933 ss.

[29] Sulla quale la significativa sintesi di M. DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 868 ss.; la cui capacità semantica ora, in seguito alla riforma della filiazione, è maggiormente ridimensionata, in accordo con M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 295 ss.

[30] P. ZATTI, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea. I. la privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 9 ss.; ID., *La famiglia: alle radici di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.; S. RODOTÀ, *Presentazione*, in GRILLINI - MARELLA (a cura di), *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra* status *e contratto*, Napoli, 2001, XIV, il quale discute di «polisemia degli stessi termini "sposarsi" e "famiglia", prima strettamente associati»; U. MATTEI, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 223 ss., il quale rileva come la relazione di cui nel testo sia «un modello culturale assolutamente contingente e assai minoritario nell'organizzazione umana»; V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 211 ss.

[31] R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 10, 1066 ss.

[32] C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 537.

[33] È formula che l'autorevole allievo V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 211 ss.,

modello', dall'immagine (oltrenota) dell'«isola che il mare del diritto può solo lambire, ma lambire soltanto»[35] a quella, parimenti suggestiva (ma, qui, senza alcuna gerarchia assiologica) dell'«arcipelago familiare»[36], nella quale l'isola *maggiore*, «che c'era fino a ieri, non si scorge più all'orizzonte»[37]. Prendendosi atto, per un verso, della pluralizzazione dei modelli familiari (o 'statuti normativi') e riscontrandosi, dall'altro, che anche per la famiglia, sottoposta (non in linea tendenziale, ma, ora, positivamente) alla *storicità* dell'ordinamento ed alla mutevole evoluzione (prima dei *valori* e poi) dei modelli sociali di riferimento, risulta così accertata la «crisi della fattispecie»[38] e la promozione delle ragioni dell'*effettività* nella costante *materializzazione* della *legalità*; ovvero, il che è lo stesso (ma con nomenclatura tradizionale), il declino dell'atto e l'esaltazione (funzionale) del rapporto[39], nell'esortazione a «capovolgere il profilo di rilevanza dell'autonomia privata nel diritto di famiglia [trascorrendo] *dalla fattispecie agli effetti*»[40]. Convenendo, altresì, con

spec., 222 ss., prende a prestito dal pensiero del Maestro Salvatore PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

[34] O, in altro insegnamento, «*modello-modale*»: V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 217 ss., ove l'altresì si legge che la famiglia *legittima* «ha cessato di porsi quale indice automatico o criterio per sé stante di *disvalore* di situazioni o rapporti di tipo familiare costituitisi al di fuori dello [suo] schema o del [suo] modello».

[35] A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto, in Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, n. 38, 1948.

[36] F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, cit., 529, sebbene nella prospettiva sostenuta dall'autore l'isola centrale dell'arcipelago rimane il modello di famiglia fondato sul matrimonio.

[37] Come emerge anche in M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1317 ss.

[38] N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 987 ss.; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2015, 17 ss.; ora raccolti in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

[39] V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 215 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, cit., 1061, il quale, in seguito all' «impostazione pluralista e funzionale alla base delle più recenti prese di posizione della Corte di Strasburgo e Lussemburgo», individua nel rapporto «il fulcro gravitazionale» della famiglia, «il nuovo principio di rilevanza e il criterio stesso di legittimazione e qualificazione giuridica della formazione-sociale famiglia»; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1312 ss. il quale esorta a prendere atto della crescente «attenzione alla "causa funzionale" rispetto alla "causa genetica"».

[40] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 230 (corsivo originale); ID., *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione persone dei coniugi*, in *Giur. it*., 1990, I, 1, 1320 ss.; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1312 ss.

il rilievo che alla diffusa *moltiplicazione* della famiglia contrappone (*melius*: si tratta di un «ribaltamento dell'assetto complessivo»[41]) la riduzione all'«*unicità dello stato di figlio*»[42].

E se sarà improcrastinabile interrogarsi sull'«essenza del principio di "famiglia"»[43] o dell'«istituzione familiare»[44] la cui *quidditas* si esprime, in una «al nesso di necessaria coappartenenza tra *Sein* e *Sollen*», in un «comunitario e solidaristico rapporto di alterità … fondato … essenzialmente ed esclusivamente su ciò che è il *proprium* dell'"*humanum*", ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegarsi di ogni strutturale relazionalità», si dovrà all'un tempo prescindere da un modello astratto ed apriori di famiglia e rispondente ad una profilatura assiologica di una società che (nei tradizionali tratti qualificatori) ormai non esiste più, per esaltare e prendere atto dei numerosi e fondamentali eventi e fenomeni socio-culturali che, nel loro accadere, hanno (e stanno) conformato(ndo) la *storicità* della società di riferimento e le specificità dei singoli componenti della famiglia, nella peculiarità del contesto di appartenenza ed in ragione della massima realizzazione e tutela dei loro interessi[45], continuando a testimoniare «che *il bisogno di famiglia resta sempre vivo*»[46].

Si riavvicinerà la disciplina giuridica (nella sua rigidità) alla realtà pratica (nella sua costante mutevolezza), la legge alle esigenze della persona, il *discontinuo* (del diritto) al *continuo*[47] (della società), elaborando i relativi «statuti delle differenze»[48], sì da costituire, con nuovi principi, modelli assiologici e la diffusione del principio costituzionale di sussidiarietà[49], un più attuale *diritto*

[41] Sul punto le ficcanti considerazioni di M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1306 ss.

[42] Ancora, M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1306, corsivo originale; cui *adde*, M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, 93 ss.

[43] Così, sia pure scetticamente, N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 435 ss. nel replicare allo stimolante, provocatorio interrogativo posto da V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, cit., 3 ss., spec., 8 ss.

[44] Ancora V. SCALISI, *Il nostro compito nella nuova Europa*, cit., 9, anche per i successivi virgolettati (corsivi originali), il quale aggiunge che è necessario «recuperare quell'indispensabile tratto unitario, comune ai diversi modelli»; diversamente, «la pluralità è destinata a divenire solo atomizzazione dispersiva e varietà dissolvitrice» (pagina 9).

[45] V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 224 ss.

[46] M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1318.

[47] S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89 ss.

[48] V. SCALISI, *La «famiglia» e le «famiglie»*, cit., 225.

[49] R. GIAMPIETRAGLIA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia*, in NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, 329 ss.

delle famiglie. In una rinnovata stagione che, acquisita la trasformazione dell'*uno* nel *molteplice*, consenta il più fecondo sviluppo non soltanto del diritto *di* famiglia, ma anche del diritto *alla* famiglia[50] e ribadisca il «[p]rimario interesse della persona … ad essere parte di una famiglia»[51], senza perciò stesso dover approdare[52], pur se per altre vie, ad esiti che rinneghino la manifestazione dell'autonomia negoziale[53] e dispositiva dei coniugi.

2. La famiglia: dalla fissità alla mutevolezza

Si tratta di prendere atto – positivamente – che la materia familiare, rimasta effettivamente per decenni ai margini degli interventi del legislatore ha subito – negli ultimi cinquant'anni, mercé l'acquista consapevolezza in essa della diffusione dei valori costituzionali e di una maturazione della cultura giuridica[54], tale da invertire[55] quell'idea dell'*isola* soltanto lambita dal mare

[50] G. FURGIUELE, *L'art. 2 e il diritto alla famiglia*, in *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, 203 ss.; o anche a «più famiglie legittime»: M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 295 (corsivo originale).

[51] C.M. BIANCA, *Il familiare debole: l'impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, in *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., 87 ss., spec., 90.

[52] Così, invece, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 221, là dove ritiene incompatibile una visione che esalti la dimensione del 'consorzio' familiare con la promozione in esso dell'autonomia privata dei coniugi, imputando alla impostazione censurata di trarre «dall'interpretazione sistematica … un divieto preterlegale, presidiato, con la tecnica della nullità virtuale, dall'invalidità degli accordi conclusi al di fuori delle fattispecie tipiche»; discute di «ribaltamento dell'assetto tradizionale della materia a proposito del *ruolo dell'autonomia privata*»: M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è,* cit., 1307 (corsivo originale).

[53] Nel testo si farà, anche per comodità espositiva, riferimento indistintamente alle formule 'autonomia privata' e 'autonomia negoziale', consapevoli delle distinzioni che in dottrina tra esse si sono acutamente messe in rilievo: C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 497 ss.

[54] Una densa sintesi e la proposizione di stimolanti riflessioni in G. CATTANEO, *La Costituzione e il diritto familiare nella dottrina civilistica italiana dell'ultimo quarantennio*, in *La civilistica italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., 95 ss.; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit., *passim*.

[55] Diversamente, M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale in bilico tra le istanze di conservazione e la tutela dell'autonomia dei coniugi*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 476 ss., ove si sostiene che «il nostro legislatore resta ancorato all'atavica, seppure autorevolissima impostazione dello Jemolo, secondo la quale "il diritto di famiglia è quell'isola che il diritto può solo lambire"».

del diritto (cui era sottesa la prospettiva di «un diritto di famiglia statale [che] costituisce un elemento eterogeneo, destinato a venire, sia pure lentamente, eliminato»[56]) – una serie continua di innesti e modifiche al fine di adeguarne, in termini generali, il contenuto (e la stessa linea assiologica) al correre dei tempi ed alle conseguenze che questa corsa (ha prodotto e) produce in termini sociali ed economici, oltre che culturali ed etici, (più che sulla semantica) sulla stessa *semiotica* del termine 'famiglia' (scissa, ormai definitivamente, dalla invadente sineddoche del matrimonio). Come, con sottile puntualità non s'è mancato di riferire[57], persistere nell'interrogarsi sulla possibile relazione tra essi (famiglia e matrimonio) significa incamminarsi nel più diffuso degli errori prospettici del giurista che il filosofo individua nella c.d. fallacia naturalistica, finendo per sovrapporre fatto e valore (*id est*: valutazione), atto e rapporto.

Si è così trascorsi dall'introduzione (preceduta da un asprissimo dibattito nella società civile e nella politica) dell'istituto del divorzio[58] alla riforma generale del diritto di famiglia[59], dalla promulgazione della legge sull'interruzione volontaria della gravidanza[60] a quella sulla fecondazione eterologa[61] (sia pure nel costante *smembramento etico* operato dalla Corte costituzionale negli anni successivi) passando attraverso la disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori[62] (aggiornata con la modifica[63] del 2001), dell'affido condiviso dei figli[64] e del riconoscimento dei figli naturali[65] (ora soltanto 'figli', nell'*unicità* dello *stato*, senza ulteriori discriminatorie predicazioni); dalla nuova regolamentazione del matrimonio concordatario[66] (la cui precedente disciplina risaliva all'11 febbraio 1929 – con i c.d. *patti lateranensi*) alle misure contro la violenza nelle relazioni

[56] A.C. JEMOLO, *Sul diritto di famiglia (pensieri di un malpensante)*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, I, Padova, 1970, 564.

[57] N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 438 ss., il quale prosegue: «[c]erto, se il parametro di raffronto è quello offerto dallo schema culturale che appartiene alla nostra storia personale, la risposta può essere tranquillamente negativa. Ma se invece il criterio di giudizio è legato alle modalità concrete di svolgimento dei rapporti, al paradigma di famiglia così come ci appare, al di là di ogni riscontro presso i registri dello stato civile, nella concretezza delle relazioni sociali, la risposta non può che essere positiva».

[58] Legge 1° dicembre 1970, n. 898 poi modificata dalla legge 6 marzo 1987, n. 74.

[59] Legge 19 maggio 1975, n. 151.

[60] Legge 22 maggio 1978, n. 194.

[61] Legge 19 febbraio 2004, n. 40.

[62] Legge 4 maggio 1983, n. 184.

[63] Legge 28 marzo 2001, n. 149.

[64] Legge 8 febbraio 2006, n. 54.

[65] Legge 10 dicembre 2012, n. 219, poi innervata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

[66] Legge 25 marzo 1985, n. 121.

familiari[67]; dalle istanze di degiurisdizionalizzazione dei processi civili[68] al c.d. *divorzio breve*[69], fino a giungere alla recente sentenza della Cassazione[70] (immediatamente seguita da alcune Corti di merito[71]) che ha operato un autentico *revirement*, pur ampiamente e diffusamente auspicato da ampi schieramenti della dottrina, in margine alla natura ed ai parametri determinativi dell'assegno divorzile (che, nella persistente natura assistenziale, non è più astretto dal vincolo economico-quantitativo del 'tenore di vita'). Resta, per quanto qui interessa, ancora da scalfire la posizione giurisprudenziale di (per la verità non più così) netta chiusura verso i c.d. accordi (pre-)matrimoniali in vista del futuro scioglimento della relazione coniugale, sebbene, come si crede, i tempi siano ormai maturi perché la stessa giurisprudenza, in scia alla più pensosa ed accreditata dottrina, scacci (definitivamente) la pretesa nullità (*melius*: illiceità) dei predetti accordi e schiuda – in condivisione con la funzionale impostazione legislativa che dalla decisione unilaterale si evolve nel principio dell'accordo (artt. 144 e 145 c.c.) – ad una rinnovata stagione dell'autonomia coniugale[72] anche in questa materia. Senza che ciò debba far gridare alla (o temere per l') eccessiva *privatizzazione*[73] del diritto di famiglia, se si condivide che l'autonomia dovrà sempre esercitarsi nei limiti[74] delle (e conformarsi *non soltanto* alle) indicazioni

[67] Legge 4 aprile 2001, n. 154, poi aggiornata dalle legge 6 novembre 2003, n. 304.

[68] D.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito in legge, con modifiche, nella legge 10 novembre 2014, n. 162.

[69] Legge 6 maggio 2015, n. 55.

[70] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in seguito citata.

[71] Sulle quali in seguito.

[72] Per tutti l'ampio ed approfondito contributo di G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 37 ss., 197 ss.

[73] Per una conferma, RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, 439 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 214; ma in senso (solo apparentemente) diverso R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 582 ss.; cfr., altresì, le riflessioni dense di P. ZATTI, *La separazione personale*, in RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, III, 2, 2a ed., Torino, 1996, 135 ss.; M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 57 ss.; in senso più cauto, C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 494 ss. il quale invita a non sovrapporre la «fase di indubbia marcata evoluzione del diritto di famiglia nel senso dell'auspicata "privatizzazione"» a quella «di drastica involuzione, culminante … nella sua "mercantilizzazione"» ed evitare così (nell'ipotesi in cui questa dovesse prevalere su quella) una «sorta di "metamorfosi regressiva" dell'istituto familiare».

[74] Che il diritto di famiglia costituisca un «banco di prova» per l'autonomia privata è opinione di E. CAPOBIANCO, *Crisi familiari e autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 809 ss.; l'indagine, al riguardo, è approfondita in G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 94 ss.

positive della disciplina che gli è propria, ma primariamente dei valori-guida emergenti dall'ordinamento giuridico storicamente e sistematicamente inteso, individuando (e riponendo) nel controllo (non soltanto) giudiziale (ed *ex post*[75]) del suo esercizio[76], verificato nelle trame delle vicende e degli interessi concreti, l'affidabile certezza che quello sviluppo sia (costituzionalmente) coerente e (proficuamente) ragionevole[77].

D'altra parte, in ossequio al più tradizionale rilievo per cui *adducere incoveniens non est solvere argomentum*, si è convincentemente osservato che «[i]l possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica … la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti»[78], ma, piuttosto, dovrà sollecitare l'interprete ad una più congrua e funzionale attività di controllo della sua concreta esplicazione[79] in ragione

[75] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 504 ss., che richiama espressamente, ed in termini generali, il controllo del notaio sugli atti di manifestazione di autonomia negoziale nel diritto di famiglia; operazione che non dovrà limitarsi ad un primo profilo di mera legalità della pattuizione, ma estendersi al «più impegnativo, e sotto il profilo intellettuale, di certo ben più gratificante liceità, consistente, com'è noto, nell'accertamento in merito alla non "manifesta" contrarietà dell'atto al buon costume e all'*ordine pubblico*» (504, corsivo originale); insistendo, particolarmente, sul controllo che potrà operare la classe notarile, 533 ss.

[76] Di recente il contributo di E. ANDREOLA, *Il controllo giudiziale degli atti di autonomia privata nella crisi del matrimonio*, Pisa, 2016, *passim*; ed in accordo anche con la più attenta giurisprudenza tedesca – in E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ*., 2003, II, 57 ss.; nonché A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio (a proposito della sentenza della Corte Suprema federale tedesca dell'11 febbraio 2004)*, in *Familia*, 2005, 134 ss.) – espressa in una meditata decisione che, nella conferma del ruolo dell'autonomia privata anche in ambito familiare, ribadisce la necessità che il suo esercizio sia sempre conformato ai parametri *protettivi* del buon costume e della buona fede per conseguire un ragionevole equilibrio tra le parti ed un condivisibile risultato in termini di giustizia sostanziale (e non soltanto 'procedurale', come dimostra E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001, 325 ss.); R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, 125 ss., 157 ss.

[77] P. PERLINGIERI - M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, in *Manuale di diritto civile*, 6 ed., Napoli, 2007, 493 ss.; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 501 ss.; F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, in RUSCELLO (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, 1 ss., il quale scrive che la diffusione dell'autonomia privata «non può giustificare scelte "arbitrarie"» (8); T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, 45 ss., 66.

[78] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 227; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 313 ss.

[79] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 530 ss.; aderisce, F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 12 ss.

sia dell'ambito di incidenza sul quale andrà a modularsi, sia delle specificità assiologiche del caso concreto, coerente con gli interessi (non solo economici[80], ma altresì) personalistici ed esistenziali della persona, in una alla consapevolezza che quell'ambito (*id est*: il diritto di famiglia) ormai comprende «tutti quei rapporti caratterizzati da *situazioni esistenziali di convivenza*»[81].

3. Le linee tendenziali dello sviluppo dell'autonomia negoziale

L'itinerario della ricerca (funzionale allo sviluppo di un lavoro monografico di prossima pubblicazione) delle delicate questioni sottese al (mai sopito) tema dell'equilibrio tra le prestazioni nel rapporto di scambio e al più generale tema della giustizia contrattuale, nell'acquisizione della sempre maggiore rilevanza *giuridica* (oltre a quella *fattuale*, mai evidentemente superata) attribuita, non solo mercé il diritto d'ispirazione europea, alle disparate e diverse condizioni di potere contrattuale delle parti in merito alla formazione contrattuale ed alla determinazione del contenuto negoziale, era apparso, non appena si è deciso di interromperlo per dedicarsi alle presenti riflessioni, sufficientemente lontano e distante, per troppe ed evidenti ragioni (che non è dunque il caso di richiamare), da quello che ci si sarebbe apprestato a svolgere. La patrimonialità e lo scambio appaiono costituiti su spazi del tutto indipendenti da quello della famiglia che rappresenta uno dei più elevati profili di sviluppo della personalità umana che in (e con) essa si svolge e si realizza.

Se poi si procedesse ad una verifica delle dinamiche in atto, i due contesti parrebbero dimostrarsi altresì non comunicanti alla stregua di un'analisi che evidenziasse come le tensioni alle quali *da* sempre (e *per* sempre) l'autonomia privata viene (e verrà) sottoposta – tra fatto e valore, tra autodeterminazione e ordinamento giuridico, tra realtà pre-normativa (e non anche pre-giuridica) e disciplina legislativa – si producono in senso esattamente contrario: *i*) nell'ambito del contratto, s'incontra un'autonomia privata sempre più lontana dall'individualismo e liberalismo ottocentesco e da una piena libertà di manifestazione del codice del 1942 per essere sottoposta a limiti funzionali o, in altre prospettive, a conformazioni assiologiche che, nel controllo del giudice e nella *pluralità* ed *effettività* dei rimedi, rinvengono la sede più appropriata per le

[80] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 532, il quale evidenzia, con non poca preoccupazione, il processo «di progressiva "patrimonializzazione" del diritto delle relazioni *familiari*» (corsivo originale).

[81] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 47, 51.

concrete applicazioni, tra *incompletezza* del regolamento privato e *completezza* conseguita mercé il (discusso) ausilio (interpretativo-integrativo-correttivo) della buona fede in senso oggettivo che schiude alla pervasività della solidarietà costituzionale; *ii*) nel diritto di famiglia, di contro, superate le aspirazioni istituzionali alla realizzazione del superiore interesse pubblico e statualistico e le paternalistiche ideologie del passato[82], si è sviluppato, principalmente in seguito alle riforme degli anni '70 ed al diffondersi (proprio in quegli stessi anni) della costituzionalizzazione del diritto civile e, dunque, del diritto di famiglia[83], un consistente orientamento[84], non sempre pacificamente accolto in giurisprudenza, diretto a promuovere, in una linea di ideale continuità[85], un più diffuso ricorso all'autonomia (funzionale) dei coniugi nella (auto-) regolamentazione dei loro (talvolta convergenti, talaltra contrapposti) interessi. Nella consapevolezza che la famiglia (nei suoi tratti essenziali) è *valore* da tutelare «non come ente a sé stante … ma …, alla stregua degli artt. 2, 3 e 29 Cost., in esclusiva funzione dello sviluppo della personalità dei singoli appartenenti»[86], tra 'persona e comunità'[87], in una «dimensione associativa»[88],

[82] Così acquisendo il definitivo «tramonto della concezione istituzionale» a favore di «radicale contrattualizzazione del matrimonio»: N. LIPARI, *Il matrimonio*, in BELVEDERE - GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Padova, 1996, 8.

[83] Concezione che, soppiantando quella antica dell'interesse superiore della famiglia in una impostazione paternalistica e statualistica, s'avverte che la tutela della famiglia si svolge nella dimensione funzionale della più piena realizzazione degli interessi di ciascuno e nella contestuale promozione della personalità di ciascuno dei suoi componenti. C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 494 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 933; F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 1 ss.

[84] P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it*., 1978, IV, 113 ss.

[85] Lo rileva A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 213 ove si legge, con riferimento al noto (e in appresso citato) contributo di Francesco Santoro Passarelli, che «[q]uelle pagine, intitolate a *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, consentono, nella costruzione dogmatica e nelle scelte sistematiche, di misurare una distanza, e così inevitabilmente di registrare una cesura, ma al contempo di guadagnare qualche ragione di *continuità*» (corsivi originali).

[86] G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ*., 2004, 3 ss.; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 494 ss.; C.M. BIANCA, *Il familiare debole: l'impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 87 ss.; U. MAJELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona: evoluzione dell'esperienza giuridica in materia di rapporti familiari*, in *La civilistica italiana degli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, cit., 107 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 963 ss.; F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000, 48 ss. E. CAPOBIANCO, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., 811.

con la prima che «diventa valore centrale dell'ordinamento»[89]; per precisarsi – nel superamento dell'impostazione che individuava l'esistenza di interessi superiori – che essa «va intesa … quale istanza di tutela di interessi generati all'interno di tale comunità, ma riconducibili comunque nella titolarità delle persone fisiche che la compongono»[90] e che «[l]a persona, in una parola, si affranca da una visione assolutizzata e sacrale della famiglia per assumere un ruolo centrale anche con riferimento ad essa»[91].

E, tuttavia, una prima incrinatura all'impressione ora formulata potrebbe già rilevarsi nelle più attente evoluzioni della letteratura[92] che si è occupata *ex professo* dei diversi contesti giuridici sopra rappresentati se è vero che, nell'ambito del contratto, conquistano sempre più spazio, mercé l'innervatura assiologica che la Costituzione ed il diritto europeo lasciano trasparire, i criteri di valutazione cui sottoporre l'autonomia privata tra buona fede oggettiva (ed i connessi principi di correttezza, cooperazione, protezione e salvaguardia dell'altro contraente) e proporzionalità (con i connessi principi dell'equità, eguaglianza ed equilibrio) nell'orizzonte includente della solidarietà costituzionale e dell'interpretazione condotta alla stregua della ragionevolezza, e, per contro, in quello delle relazioni familiari, in esito al continuo modificarsi dei riferimenti socio-economici-culturali, oltre che normativi (con la *costituzionalizzazione* della famiglia) e che inevitabilmente su quello finiscono per refluire, i soggetti coinvolti manifestano sempre più l'esigenza di *auto*-regolare i loro rapporti personal-patrimoniali, con modalità e tecniche differenti da quelle tipicamente previste, segnando l'inizio della *funzionalizzazione* dell'istituto familiare, in un sapiente contemperamento tra l'interesse del singolo e la piena realizzazione della famiglia, non come ente superiore, di interesse pubblico o altro dai suoi componenti, bensì come *comunità* nella quale si promuove la massima realizzazione della persona.

[87] Il riferimento evidente è a RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999

[88] P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali, in Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 17 ss., spec. 18.

[89] U. MAJELLO, *Dalla tutela dell'interesse superiore a quella della persona*, cit., 107.

[90] E. CAPOBIANCO, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., 811.

[91] F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 8.

[92] Cfr., A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 229, ove si osserva come «svolgere una verifica sulla 'giustizia' del contratto nella prospettiva delle relazioni familiari possa offrire un duplice contributo: alla teoria generale del contratto, per apprezzare, in un settore determinato dell'ordinamento, la forza espansiva delle regole non ancora assurte a principio del sistema; alla teoria generale del diritto di famiglia, al fine di precisare gli spazi e la conformazione normativa che consente in questo campo all'autonomia negoziale di spiegarsi».

Se poi si getta lo sguardo di là dalla prima immagine e si consegna definitivamente al passato quell'animoso dibattito svoltosi nella prima metà del secolo scorso sulla valenza pubblicistica, istituzionale e super-individuale della famiglia[93] – che inevitabilmente avrebbe finito per incidere anche sul *riconoscimento* dell'azione privata e sulla configurabilità di «negozi giuridici familiari»[94],

[93] A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, *passim*, spec., 131 ss., 160 ss.: è « [n]ecessario … costruire un sistema del diritto di famiglia nettamente distinto dal sistema del diritto privato»; ma *contra*, per una lettura privatistica, L. BARASSI, *La famiglia legittima nel nuovo codice civile*, Milano, 1941, 13 ss., il quale pure conclude per l'inammissibilità della disciplina contrattuale a governo della crisi familiare (153); A. FALZEA, *La separazione personale*, Milano, 1943, *passim*; ID., *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ*., 1977, 609 ss.

Per quanto il dibattitto, nel suo svolgimento dottrinale, appartenga al passato, esso, nondimeno, continua a serpeggiare (implicitamente, s'intende) nelle motivazioni della Corte di Cassazione dirette a negare l'ammissibilità degli accordi in vista del divorzio.

[94] Il primo compiuto – dogmaticamente rigoroso – tentativo a tal riguardo è quello di F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur*., 1945, 3 ss. (poi in ID., *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381 ss.): «condividiamo … la prevalente opinione che l'autonomia privata abbia una sfera di applicazione nel diritto di famiglia sebbene questa sfera sia per molti aspetti più ridotta che nel diritto patrimoniale» sì che in quest'ambito «importa non già che debba negarsi l'autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, [bensì] che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli *adattamenti*, dipendenti dal modo particolare in cui l'autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia»; e, in ogni caso, favorevoli ad una più convinta diffusione dell'autonomia dei coniugi nella regolamentazione dei rapporti familiari, sovviene, sia pure con diversi accenti, da N. PULEO, voce *Famiglia*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 7 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 64 ss.; E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2001, II, 277 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 213 ss. ove si osserva come la predicazione 'familiare' se, per un verso, è funzionale alla specificazione del contesto in cui l'autonomia privata sarà destinata a manifestarsi, per l'altro, segna il tratto comune con la negozialità generale emarginando ogni residua perplessità sulla loro possibile assimilazione ad atti giuridici in senso stretto, con il che si impone all'interprete di verificare «quale sia il regime di disciplina coerente con l'autoregolamento di interessi in materia familiare» e di «appurare in che misura … debba (*dis*)applicarsi la disciplina generale del contratto e quale sia il processo interpretativo nella ricostruzione dello statuto normativo che trova applicazione» (corsivo originale); F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 19 ss.; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 303 ss.; G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (diretto da) e SCHLESINGER (continuato da), *Tratt. dir. civ. comm*., Milano, 2002, 83 ss.; nonché, sia pure in termini critici verso la possibilità di ricostruire una categoria unitaria, C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 520 ss. Cfr., altresì, la precipua notazione di P. PERLINGIERI - M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, cit., 493 ss. ove si

sia pure specificati in ragione delle peculiarità del contesto operazionale di riferimento, e che, talvolta, con in un'inconsapevole precomprensione[95], emerge ancora nel periodare implicito di certa parte della giurisprudenza – si apprende che i medesimi criteri individuati, nell'ambito contrattuale, al fine di esercitare un controllo sul *corretto*[96] esercizio dell'autonomia negoziale, sono richiamati anche (e sia pure in senso opposto[97]) nel contesto del diritto di famiglia al fine di promuovere una più convincente diffusione del ricorso all'autonomia privata. Criteri che in questo contesto come in quello si identificano[98] nella verifica: *a*) della strutturale disparità di potere tra le parti, specialmente nelle sue manifestazioni negoziali; *b*) dell'evidente ('significativo', 'eccessivo') squilibrio (originario o sopravvenuto) che potrà emerge dal contenuto contrattuale inteso nella sua complessità (di là dalla fattispecie e nel più ampio orizzonte dell'operazione giuridica). Registrandosi, nel settore indagato, una più accorta ricalibratura[99] della linea d'indagine che, in una conseguita sedimentata maturazione, ha consentito

afferma che la *patrimonialità* e la *negozialità* individuano due piani di indagine differenti e non necessariamente debbono intersecarsi per potersi rilevare la seconda; invero, la patrimonialità è un carattere della negozialità, ma non l'esaurisce, sì che questa potrà darsi anche senza quella, come si può agevolmente verificarsi nell'ambito familiare; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 21.

In tema la compiuta e mediata pagina di E. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2013, 77 ss.; E. DEL PRATO, *L'autonomia nei rapporti familiari*, Milano, 1999, *passim*; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, *passim*; F. CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Milano, 2011, *passim*; D.G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, *passim*.

[95] Di «precomprensione antidivorzista» discute G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in Onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1321 ss., spec., 1329.

[96] Anche G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1334.

[97] Nell'ambito dei contratti, per limitare e conformare l'autonomia privata; nell'ambito familiare, per promuovere una più convincente e congrua diffusione dell'autonomia privata.

[98] Così anche, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 313 ss., 327, 330 ss.; ID., *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 60 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 233 ss.; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 125 ss., spec., 152 ss.; A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio*, cit., 133 ss.; sulla possibilità che un coniuge sia sottoposto alle 'pressioni' (nelle quali l'aspetto personalistico s'intride di quello economico) dell'altro, anche C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 529.

[99] Così anche E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 313 ss.: «tanto il diritto applicato quanto la dottrina si sono poste alla ricerca di un equilibrio soddisfacente fra l'esigenza di favorire soluzioni concordate del conflitto ed il bisogno di garantire doveri di solidarietà fra i coniugi anche oltre la cessazione del vincolo matrimoniale».

di convertire quel dibattito antico sui *margini* di ammissibilità dell'autonomia privata nella famiglia (ormai decisamente acquisita) in un rinnovato (quanto delicato) dibattito sui *margini* della sua incidenza (e dell'individuazione dei mutevoli criteri alla cui stregua declinarne le corrispondenti limitazioni) nella disciplina delle relazioni familiari, tra interessi privati e esigenze della persona, sviluppo della personalità del singolo e realizzazione piena della costituita comunità di convivenza. Con l'avvertenza che, nella specificità dell'ambito familiare, la *disparità* si declina, oltre che in termini patrimoniali e sociali, anche in termini più intimamente personalistici ed esistenziali; là dove lo *squilibrio* trascenderà il momento storico (*genetico*) del patto, per inserirsi (e valutarsi) nel fluire (dinamico) degli eventi familiari, tra alternanze economiche e possibile mutamento dei presupposti di fatto e delle condizioni personali dei componenti della famiglia (dei quali non può neppure trascurarsi una naturale «incapacità predittiva»[100] ed una razionalità limitata[101]); con il che la prospettiva dell'interprete, come nella impostazione culturale sottesa allo studio dell'intero fenomeno giuridico, dalla fattispecie dovrà trascorrere all'effetto, dovendosi guardare al «programma contrattuale nella sua dimensione effettuale, quale vicenda costitutiva o estintiva di situazioni giuridiche, al momento in cui la regola è in concreto invocata»[102].

Se, infine, si mette più a fuoco l'ambito nel quale le presenti riflessioni si svolgeranno, ci s'accorge che quella – pur icasticamente, quanto comunemente, rilevata – distanza tra le diverse impostazioni in margine alla penetrazione dell'autonomia privata nelle relazioni familiari illanguidisce nelle curvature argomentative degli interpreti che, spesso, avvinti dalle enunciazioni di principio, faticano a percepire che nelle soluzioni applicative l'ammissibilità dei patti (a contenuto non soltanto patrimoniale) in vista della crisi matrimoniale, se *ragionevolmente* acquisita, in una alla congruità ed alla proporzionalità (oltre che alla "progressività"[103]), non si pone in contrasto con alcuno dei diritti e dei doveri o, in senso ampio, delle situazioni soggettive (esistenziali e personalistiche, oltre che patrimoniali, funzionalmente originanti o anche solo occasionalmente) derivanti dal matrimonio: si procederà alla costruzione della *regola*, non alla pianificazione della *deroga*.

---

[100] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 234.

[101] R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 157 ss.

[102] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 234.

[103] E. BARGELLI - F.D. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000, 436 ss., spec., 457, richiamando, sul punto, il pensiero di S. MAIORCA, *Regime patrimoniale della famiglia (Disposizioni generali)*, in *Nss. D.I.*, Appendice, VI, Torino, 1986, 452 ss., spec., 465 ed in nota 10.

4. L'autonomia negoziale e gli accordi in vista del divorzio: enunciazioni di principio e soluzioni applicative

Invero, affermare che gli accordi aventi ad oggetto la regolamentazione delle vicende tra i coniugi per epoca *eventuale* e *successiva* allo scioglimento del matrimonio, sarebbero nulli, per palese violazione del «dato sicuro di un divieto legale»[104] (e, dunque, non per illiceità della causa[105], ma «per contrarietà alla norma imperativa dell'art. 160 c.c.»[106]) individuato nel «potere [e nella sua conseguente indisponibilità negoziale] di provocare una pronuncia giudiziale sui rapporti patrimoniali che debbono eventualmente persistere pur dopo lo scioglimento del vincolo»[107] ovvero ribadirne, nel condividere la «serrata critica»[108] alla linea ricostruttiva della giurisprudenza, «la nullità ove … implichino la violazione del principio della indisponibilità degli *status familiari* e del diritto di difesa ovvero … siano preordinati dalle parti al conseguimento *in fraudem legis* del provvedimento giudiziale» è solo un altro modo (probabilmente, almeno nel primo caso, troppo definitivo e rigido nell'indicazione del *rimedio*) per affermare che quei medesimi accordi manifestano la «disponibilità delle parti per quanto concerne la regolamentazione dei loro rapporti economici»[109] e

[104] Così G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ*., 1996, 695 ss., spec., 700.
[105] Sì come afferma costantemente la giurisprudenza di legittimità Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it*., 1981, I, 1, 1553 ss., con nota di A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 ss.
[106] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699; in senso contrario E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166*-bis, in BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm*., fondato da Schlesinger, Milano, 2004, 93 ss., 367 ss.
[107] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699, il quale individua il «fondamento politico» della divisata indisponibilità preventiva «nell'inopportunità evidente di assecondare l'intento di dare luogo ad assetti economici postmatrimoniali che non tengano conto delle condizioni effettivamente esistenti, sotto ogni profilo, nel momento stesso dello scioglimento»; similmente, anche se con argomentazione diversa, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 230, che spiega la nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio «in ragione dell'indeterminatezza dell'oggetto, in quanto gli effetti economici che gli accordi preventivi vorrebbero regolare non sono valutabili prima che vengano in essere i presupposti del se e del quanto». In senso critico, F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio:* distinguishing *o* prospective overruling?, in *Contr. impr*., 2000, 1136 ss., spec., 1144 ed ivi nota 23.
[108] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 517 ss., anche per il successivo virgolettato (corsivi originali).
[109] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, divorzio e di*

dovranno sempre essere sottoposti – sia se destinati a svolgersi quali *rapporto di durata* (anche sul fondamento del principio di solidarietà e della clausola di buona fede sottesi alla configurazione dell'obbligo generale di *rinegoziazione*[110] o del principio della *revisione*[111]), sia se esaurentisi in una prestazione *una tantum*[112] – al controllo giudiziale[113] per verificarne i «presupposti … stabiliti

annullamento del matrimonio, in *Foro it*., 1995, V, 105 ss., spec., 114 anche per il successivo virgolettato.

[110] Specificamente, sul punto, RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ*., 1988, 109 ss., spec., 113; in generale, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr*., 2002, 774 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, *passim*.

[111] R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104 ss.; F. MACARIO, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 1026 ss.; recentemente, con lucidità d'analisi, S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr*., 2016, 179 ss.; C. DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, in CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali. Profili teorici e applicativi di clausole tipiche e atipiche*, Milano, 2017, 1443 ss.

[112] In tema l'analisi specifica di A. LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione* una tantum, in *Riv. dir. civ*., 2010, II, 435 ss.

[113] In dottrina, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 330 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 230 ss., anche per una condivisibile individuazione del fondamento sotteso all'idea del controllo; I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ*., 2015, 256 ss., 258 ss.; spec., 283 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ*., 2014, 459 ss. Per la precisazione che il controllo giudiziale potrà e dovrà svolgersi non solo in occasione della richiesta dell'assegno divorzile nell'ambito di un procedimento di divorzio contenzioso, ma altresì anche in un c.d. divorzio congiunto: App. Bari, 19 ottobre 1999, in *Fam. e dir.*, 2000, 261 ss., con commento di G. DE MARZO, *Divorzio su domanda congiunta e equità degli accordi patrimoniali*; critico F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 419 ss., ID., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*: distinguishing *o* prospective overruling?, cit., 1146. In senso contrario, al fine di negare ogni possibile controllo giudiziale sull'esplicazione dell'autonomia privata dei coniugi nel momento della crisi familiare, G. OBERTO, *Commento all'art. 160*, in GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, BALESTRA (a cura di), *Della famiglia*, Torino, 2010, 977 ss., spec., 985 ss., adducendo, principalmente, dall'argomentazione basata sulle disposizioni che espressamente prevedono detto controllo: art. 158 c.c. e art. 4, comma 16, l. div. e che, di contro, tacciono per l'ipotesi del divorzio consensuale; sì da affermare che deve prendersi atto «della universalmente riconosciuta tassatività delle fattispecie in cui al giudice è consentito intervenire sugli effetti della volontà negoziale; d'altro canto, per quanto attiene ai poteri del giudice in sede di vaglio degli accordi conclusi dai coniugi, nessuna disposizione del vigente

dalla legge», alla stregua del canone della buona fede (a sua volta espressiva della clausola *rebus sic stantibus*[114]) «quale fonte integrativa ed eventualmente correttiva [in funzione protettiva] del programma contrattuale in tutti i casi in cui, nel momento in cui la regola che dev'essere applicata, [si dimostrasse] oggettivamente sproporzionata ovvero determina[nte] un'anomala ripartizione dei rischi e degli oneri tra le parti»[115].

---

ordinamento attribuisce all'intervento giurisdizionale siffatta asserita funzione integrativa»; ID., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 806 ss., spec. 809 ss. Sia consentito sommessamente chiosare che tale affermazione parrebbe trascurare, con non poca sorpresa, tutto il dibattito, a volte aspro e serrato, che trasversalmente, anche diacronicamente, attraversa tutta la letteratura giuridica (non solo italiana) sul tema della giustizia: sia di quella in tema di teoria generale del diritto, sia di quella che si occupa della teoria generale del contratto nelle complesse intersezioni di autonomia privata, abuso della libertà contrattuale e della posizione dominante, giustezza del contratto, (dis)equilibrio delle prestazioni, proporzionalità e ragionevolezza, equità, ecc.; F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., 1148; E. QUADRI, *Rapporti patrimoniali nel divorzio*, Napoli, 1986, 80 ss.

[114] Una informazione generale in T. GALLETTO, voce *Clausola* rebus sic stantibus, in *Dig. civ.*, Torino, II, 1988, 383 ss., spec. 396 ss.; nonché, A. GENOVESE, *Clausola* rebus sic stantibus, in *Clausole negoziali*, cit., 1357 ss., al quale si rinvia per una completa trattazione e per i riferimenti ivi indicati.

[115] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 228 ss., 235 (corsivo originale), il quale pure (221 ed ivi note) colloca il pensiero di C. DONISI (*Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 494 ss.) in quella linea argomentativa che sottrae al potere dispositivo dei singoli gli interessi che si incontrano nel diritto della famiglia, là dove (nel pensiero di quest'ultimo autore, se non ci s'inganna) le precisazioni semantico-assiologiche sulla perplessità a ricorrere, in questa materia, alla formula dell'autonomia privata (evocante, di per sé, il «potere riconosciuto o attribuito al singolo di autodisciplinare da sé i *propri* interessi», 498), suggerendo di sostituirla con «il prodotto dell'esercizio del potere di autonomia, cioè l'autoregolamentazione degli interessi» (499, 497 ss.) denunciano non un'aprioristica preclusione alla sua ammissibilità, bensì il tentativo di promuoverne una sempre più accorta e meditata riflessione in margine all'acritica trasposizione di concetti e idee proprie del diritto (patrimoniale) dei contratti in un settore in cui gli elementi patrimoniali devono inevitabilmente ed insuperabilmente condividere i (e, se del caso, cedere al cospetto dei) più delicati aspetti personalistici nella sfera di tutela dei componenti del nucleo familiare; sì che «gli interessi che [in tale *formazione sociale*] si regolano non possono di certo esaurirsi in quelli meramente individuali, cioè di pertinenza esclusiva di ciascuno dei suoi componenti, considerati quindi *uti singuli*, essendo coinvolti anche interessi *comuni* a tutti i suoi membri in quanto inseriti in una "società naturale", caratterizzata da un'impronta comunitaria e solidaristica» (corsi, anche fra parentesi, originali; sul punto anche G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., 5 ss.). E ne costituisce riprova quanto affermato dal medesimo C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 499 che si mostra senz'altro adesivo verso l'utilizzo della formula dell'«autonomia *negoziale*» (corsivo originale) così da far apparire almeno non concludente l'osservazione di chi (A. ZOPPINI,

5. La (più volte) confermata chiusura della giurisprudenza agli accordi in vista del divorzio e le aperture delle soluzioni applicative

A conferma, potrà qui utilmente evidenziarsi come quella distanza, pur evidentemente proclamata e sostenuta, decisamente si stemperi nelle linee motivazionali dello stesso (ritenuto) *leading case*[116] dell'inammissibilità, per illiceità della causa, degli accordi pre-matrimoniali in vista della crisi[117], all'un

L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo, cit., 221) ne fa discendere, al riguardo, la prefigurazione di «un divieto preterlegale, presidiato, con la tecnica della nullità virtuale, dall'invalidità degli accordi conclusi al di fuori delle fattispecie tipiche». Sul punto altresì le riflessioni di E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 60 ss. Al riguardo, altresì, l'autorevole voce di P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999, IV, 229 ss., ove si afferma: «temo che la tendenza autoritaria o dirigistica, a lungo prevalente nel nostro Paese, continui a spingere la magistratura ad atteggiamenti di intransigenza che, in sostanza, finiscono col manifestare una preconcetta diffidenza nei confronti della capacità dei privati di regolare da sé i propri interessi e col determinare una eccessiva estensione dei casi di nullità "*virtuali*". Ad esempio è ben nota la vicenda relativa ai patti con cui i coniugi separandi o divorziandi si accordano anticipatamente circa le condizioni della separazione consensuale o del divorzio, sindacati con palese eccesso dalla giurisprudenza, benché in genere riguardino solo interessi propri dei paciscenti, perfettamente disponibili» (corsivo originale). Una notazione assimilabile si rinviene anche in F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 1 ss.

[116] Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit., anche per i successivi virgolettati; confermano la nullità per illiceità della causa degli accordi in vista del divorzio, Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it*., 1985, I, 1, 1456 ss., con nota di DI LORETO; in *Foro it*., 1986, I, 747 ss., con nota di E. QUADRI; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it*., 1992, I, 1, 156 ss.; Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it*., 1991, I, 1, 1078 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur*., 1992, 863 ss., con commento di V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*; in *Giur. it*., 1993, I, 1, 338 ss.; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, con commento di G.M. UDA; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con commento di L. BALESTRA; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, in *Giur. it*., I, 1, 2006, 1826 ss., con nota di M. PELLEGRINO-LISE ed ulteriori riferimenti in G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *La prassi notarile come fonte del diritto. Discussione sulle prospettive di riforma*, Milano, 2017, 7 ss., spec., 27 ss. e L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur*., 2000, 1025 ed ivi nota 8; da ultimo, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Riv. not*., 2017, 503 ss.; Cass. 13 gennaio 2017 n. 788, in *www.ilfamiliarista.it*.

[117] Generalmente ammessi, di contro, dall'orientamento giurisprudenziale diffuso sino a quella pronuncia: Cass., 6 aprile 1977, n. 1305, in *Foro it*., I, 2247, con nota di A. LENER; Cass., 3 luglio 1980, n. 4223; Cass., 18 maggio 1983, n. 3427; Cass., 15 luglio 1986, n. 4556, almeno nella prospettiva che allora era comunemente accettata che distingueva tra le diverse componenti dell'assegno di divorzio: assistenziale, risarcitoria e compensativa, ritenendo indisponibile la prima e disponibile le seconde. Favorevole ai patti si mostrava anche l'insegnamento dottrinale maggioritario (per i dovuti riferimenti, M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 106 ed ivi nota 9).

tempo denunciando una certa incongruenza (se non contraddittorietà) tra le enunciazioni di principio e le soluzioni in concreto adottate, nel pregevole tentativo di conseguire i risultati più conformi possibili alle esigenze di tutela della parte meritevole. Si afferma che «indisponibile è … la componente assistenziale» dell'assegno di divorzio in ragione di «un rapporto *sui generis* di solidarietà economica tra gli ex coniugi» e che gli accordi, che l'assumessero («*contra legem*») ad oggetto di incidenza dell'autonomia privata, sarebbero senz'altro «invalidi per contrasto con l'art. 9 della legge sul divorzio … sia con l'art. 5 della medesima legge», producendo «l'effetto di condizionare … il comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio … prima ancora e soprattutto per quanto concerne la stessa dichiarazione di divorzio in sé», non limitandosi a «meri aspetti patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma» facendosi «oggetto di commercio lo *status* stesso» e rivelandosi «come un vero e proprio "prezzo" del consenso, spinto talvolta al limite del ricatto»; con la conseguenza che «allora la causa di questi accordi economici preventivi non può che essere illecita, perché sempre connessa, esplicitamente o implicitamente, con l'intento di viziare, o quanto meno di limitare, la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, con irreparabile compromissione d'un obiettivo di ordine pubblico». E, nondimeno, nelle ultime righe della decisione – con non poca sorpresa[118] – si scopre che i giudici di merito, ai quali la causa è rinviata, «terranno conto» (*sic*!) di quegli accordi in vista del divorzio[119] (così, inevitabilmente predicandone la piena validità ed efficacia) per verificarne, in concreto ed in esercizio dell'insuperabile potere di controllo giudiziale, il contenuto economico-patrimoniale e, se del caso, in esito alla valutazione, disporre «l'integrazione di quanto già ricevuto, determinando in misura

[118] E, probabilmente, incorrendosi, in quella pronuncia, in una sorta di contraddittorietà tra l'invocata e ribadita illiceità degli accordi in vista del divorzio e la loro assunta validità allorché si chieda, ai giudici di merito, di verificarne il contenuto e se del caso procedere con le dovute integrazioni.

[119] Rigorosa l'analisi di A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, cit., 1553 ss. ove la precisazione che «gli accordi anteriormente conclusi per il regolamento del futuro stato di divorzio hanno valore di puro fatto ma non vincolano le parti o il giudice. Come elementi di fatto, si deve tener conto, non tanto degli accordi conclusi, quanto dell'eventuale esecuzione che gli stessi avessero avuto in concreto, quali versamenti di denaro, costituzione di garanzie, o simili. Le precedenti determinazioni degli interessati, avvenute specialmente nel giudizio di separazione, forniranno anche al giudice del divorzio elementi per le sue valutazioni di ogni ordine; ma il carattere non vincolante degli accordi preventivi si rivela sopra tutto nella negazione del condizionamento, pur ragionevolmente implicito, del risultato patrimoniale concordato con il contegno processuale cui si erano impegnate le parti nei riguardi del procedimento di fondo».

maggiore … l'assegno di divorzio»[120] così, se non assimilandosi, almeno sensibilmente avvicinandosi all'orientamento che, con maggiore pervicacia, afferma la piena ammissibilità di esplicazione dell'autonomia privata anche nella formazione degli accordi pre-crisi coniugale aventi «ad oggetto, esclusivamente, il regolamento dei rapporti patrimoniali tra i coniugi … e/o con riguardo ai figli»[121] e *determinativi* degli obblighi legali, intrinsecamente e per loro stessa natura[122] (al pari di ogni provvedimento giudiziale al riguardo)

---

[120] Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.

[121] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 105 ss., spec., 110.

Sul punto, per la esplicita affermazione della validità degli accordi in vista della crisi familiare, è intervenuto Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803 ss. con commento di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*. In merito, con riflessioni sulle quali si tornerà in seguito, preme immediatamente avvertire come i giudici – in questa pronuncia di merito, al pari di quella di legittimità menzionata nel testo – di là dalle affermazioni di principio (la prima statuisce la validità degli accordi pre-matromoniali, la seconda la loro inesorabile nullità per illiceità della causa), siano sempre (com'è doveroso che sia) attenti ascoltatori delle dinamiche dello svolgimento dei fatti in giudizio e dell'assiologia che il caso concreto, con tutta la sua irripetibile specificità, reca seco ed alle istanze di tutela che i soggetti, che ai giudici si rimettono, chiedono di verificare per riceverne soddisfacimento (conducendo ad esiti solutori che finiscono se non per contraddire, almeno per revocare in dubbio la definitività di quelle affermazioni). Invero, Trib. Torino, nelle battute finali dell'ordinanza, afferma che, di là dalla questione della validità dell'accordo, in ogni caso un assegno divorzile non sarebbe stato riconosciuto al coniuge che l'invocava (per il tramite della nullità dell'accordo preventivo), in quanto lo stesso versava in una situazione sia «sotto il profilo reddituale quanto sotto quello patrimoniale» tale da poter ampiamente far fronte (con le sue «concrete e piene risorse») alle esigenze di vita (in termini non solo di *alimenti*, bensì di *mantenimento*). Spontaneo, allora, nasce l'interrogativo: come avrebbe valutato – in termini giuridici – quell'accordo preventivo il Trib. Torino qualora, nei riscontri concreti, il coniuge che invocava la corresponsione dell'assegno non fosse stato in grado di provvedere, con le proprie sostanze, al suo mantenimento? La risposta potrebbe essere agevole: il Tribunale avrebbe, nel ribadire la legittimità dell'accordo preventivo, disposto (o, almeno, *suggerito*) – e, dunque, assegnandolo al coniuge 'debole' – un assegno supplementare (*id est*: integrativo delle prestazioni oggetto di quell'accordo) per ricondurre (o meglio: conformare) l'intera pattuizione tra i coniugi ai principi dell'equilibrio e della proporzionalità, anche in una condivisibile applicazione della clausola generale della buona fede. Così finendo per avvicinarsi sensibilmente all'esito cui giungono (come riferito nel testo) i giudici di legittimità nel procedimento richiamato dagli interpreti come il *leading case* dell'orientamento giurisprudenziale che afferma l'invalidità dei patti in vista del divorzio.

[122] E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, 2001, I, 1319 ss., spec., 1326 s.; ID., *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 421 ss., alle cui pagine si rinvia per un'approfondita e lucida trattazione della questione; G. ALPA - E. BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in ZATTI (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, I, t. 2, *Separazione-Divorzio*, 2 ed., Milano, 2011, 912; E. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 87.

sottoposti alla clausola *rebus sic stantibus*; significativamente precisando che «[s]e i comportamenti sono … difformi quantitativamente dal modello legale, si farà luogo ad una operazione di integrazione del contenuto degli atti negoziali fino a ricondurli al modello legale»[123].

Come del pari si potrà accertare analizzando, come è sempre utile fare, le argomentazioni cui ha ritenuto di poter far ricorso altra giurisprudenza di legittimità[124] che, nell'evidente tensione[125] tra la ribadita assunzione dell'illiceità degli accordi stipulati in vista del divorzio per l'incidenza negativa che gli stessi producono sulla libera determinazione dei coniugi (e sulla libertà di difendersi in giudizio, oltre che in ragione del divieto di 'fare commercio' dello *status*) e l'esigenza di esprimere la massima tutela del coniuge *economicamente* debole con la validazione dell'accordo[126] *transattivo* che favorevolmente lo riguardava,

[123] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 442, ma anche, 438, 439 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 162 ss. ed ivi anche nota 221, 258 ss.; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica dell'integrazione*, in *Contratti*, 2001, 50; I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, cit., 284; in senso critico, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 321 ss.

[124] Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. e dir.*, 2000, 429 ss., con commento di V. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, il quale rileva come di «fronte a casi così sorprende che la Corte non riesca a riconoscere – come il bambino nella favola di Andersen – che il re è nudo e che il principio dell'indisponibilità, nella sua assolutezza, non sussiste senza dover ricorrere ad ambiguità o sotterfugi per riconoscere la validità di un contratto tipico della crisi coniugale»; in *Corr. giur.*, 2000, 1021, con commento di L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione con-ferma il proprio orientamento*; in *Foro it.*, 2001, I, 1318 ss., con commenti di E. RUSSO, Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale e G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio: regole operative e limiti di liceità*; in *Giur. it.*, 2000, I, 1, 2229 ss., con commento di L. BARBIERA, *Un incerto revirement della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*; in *Contratti*, 2001, 45 ss., con commento di M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 704 ss., con comento di E. BARGELLI, *«Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione»*; nonché i contributi di F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., 1136 ss. e G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1326 ss.

Cfr., altresì, Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, *Fam. e dir.*, 1994, con commento di L. CEI, *Transazione stipulata tra i coniugi in vista della separazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 882, con commento di D. BUZZELLI, *Contratto di transazione e rapporti di famiglia*.

[125] Di «netto divario» discute E. BARGELLI, *«Accordi in vista del divorzio: il* revirement *incompiuto della Cassazione»*, cit., 707.

[126] Del quale si precisa, nella continua attività del distinguo della giurisprudenza, la non illiceità della causa in quanto «volto a porre transattivamente fine a controversie patrimoniali tra i

non può evitare di incorrere (emarginando il relativo *disagio*[127]) in rilevanti contraddizioni[128], non solo giuridiche, per il fondamento di una coerente conduzione logica del ragionamento.

Invero, per un verso si asserisce la nullità delle intese prematrimoniali per l'illiceità della causa alla quale si conviene la più grave tra le sanzioni civili (nullità assoluta: quindi, rilevabile da chiunque ed imprescrittibile, e, dunque, anche da ciascuno dei coniugi) ma, per l'altro, avvertita dell'esercizio (non solo per una più conducente strategia processuale, ma anche sostanzialmente) abusivo che dell'avanzata istanza di nullità potrebbe fare (come nel caso sottoposto al suo vaglio aveva proprio fatto) il coniuge, il quale dalla declaratoria di questa avrebbe tratto beneficio (per sottrarsi ai precedenti accordi

---

coniugi, senza alcun riferimento al futuro assetto dei rapporti economici tra i coniugi medesimi conseguenti alla eventuale pronuncia di divorzio» (Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.). Dunque, a dispetto dei proclami giornalistici, la validità del patto è riconducibile proprio alla sua natura transattiva (sebbene dai fatti in causa non emerga con sufficiente chiarezza la questione su cui si doveva transigere; anzi, consentendo di poter supporre che quella ipotesi transattiva riguardava proprio l'accordo diretto a disciplinare il futuro, ma ormai imminente, divorzio) che consente alla Corte di escludere che esso sia riconducibile agli accordi in previsione della crisi familiare. Sul punto il Tribunale aveva qualificato l'accordo come rendita vitalizia e la Corte d'Appello come mantenimento, per poi giungere in Cassazione dove si è fatto riferimento alla 'convenzione transattiva'. Vigorosa la critica anche di L. BARBIERA, *Un incerto* revirement *della Cassazione*, cit., 2229 ss.

[127] Che emerge evidente dall'esigenza di tutelare accordi meritevoli di tutela a favore del coniuge debole; cfr., in tema, F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 12; ID., *I rapporti personali tra coniugi*, cit., 86 ss.

[128] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 421 ss.; ID., *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1323; E. BARGELLI - F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 462 ss.; G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, in *Fam. e dir.*, 324 ss.; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 30 ss., il quale scrive di «contraddizioni e contorsionismi nella giurisprudenza» e di «risultato paradossale»; G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 1331 ss.; E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 66 ss.; V. CARBONE, *Accordi prematrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., 431, 434; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 47 ss., che discute di 'elusione' dell'indirizzo consolidato in giurisprudenza, ed in critica al medesimo rileva, tra le altre notazioni, che nella vicenda concreta l'assegno al coniuge era immediatamente efficace, non risultando subordinato alla pronuncia di divorzio.

In senso contrario all'indirizzo giurisprudenziale: M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 114 ss.; E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 71 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 431 ss.; G. OBERTO, I *contratti della crisi coniugale*, Milano, I, 1999, 592 ss.; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del* «Ménage», Padova, 1999, 140 ss.

favorevoli al coniuge 'debole', una volta accortosi che disponevano in senso più vantaggioso di quanto la legge avrebbe prescritto), giunge sia a negare ogni relazione, rilevante dal profilo *formale-funzionale*, tra l'accordo transattivo e la successiva futura regolamentazione tra i coniugi in sede di divorzio[129] (sì da escludere[130] la qualificazione di quello come patto in vista della – e, dunque, causalmente collegato alla – crisi familiare), sia a configurare (anche in accordo con l'esigenza di salvaguardare la solidarietà familiare[131] e la posizione[132] del coniuge 'debole') una nullità *relativa* o di *protezione*[133] (finanche limitata nei

[129] Che pure è affermazione che si fatica a condividere se solo si approfondisce l'analisi della vicenda concreta (che veicola «una compenetrazione inscindibile fra la patrimonialità della prestazione e la sua valenza personale o esistenziale»: E. BARGELLI, *«Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione»*, cit., 707), con sguardo attento alla sostanziale regolazione degli interessi dei coniugi; l'erogazione mensile a favore del coniuge è convenuta 'vita natural durante' e, quindi, senz'altro anche per la fase successiva allo scioglimento del matrimonio (che la Cassazione ridimensiona – discutendo di «interferenza» – nell'affermare che «il rapporto nascente dalla transazione era, di per sé, idoneo ad avere un qualche rilievo sui rapporti economici conseguenti alla pronuncia di divorzio, ma solo nel senso che … il giudice del divorzio non potrebbe non tenere conto del credito già spettante a … e del corrispondente debito del …»), discutendo al riguardo di un «mero *escamotage*»; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1327, discute di «espediente argomentativo»; L. BARBIERA, *Un incerto revirement della Cassazione*, cit., 2229 ss., il quale convincentemente rileva la «genericità dell'espressione *tenere conto*» che «o significa perdurante impegnatività del negozio "transattivo", nel qual caso travolge il consolidato indirizzo della nullità, o afferma solo che il giudice investito della domanda di assegno divorzile può tener conto della determinazione negoziale quale puro indice presuntivo delle rispettive situazioni economiche delle parti, e così non fa che ripetere una massima di esperienza»; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 49.

[130] Come potrà verificarsi anche nella vicende rispettivamente indagate da Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 94 ss., con commento di E. TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale:* from status to contract e da Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm*., 2002, I, 345 ss., con commento di M. GRONDONA, *Accordi patrimoniali tra ex coniugi e assegno di divorzio: un precedente?*, nelle quali i giudici di legittimità hanno escluso la natura di accordo pre-crisi – con il relativo coinvolgimento delle note questioni – al patto tra i coniugi in base al quale si conveniva nella prima che il coniuge restituisse all'altro quella somma precedentemente anticipata a titolo di mutuo, nella seconda che l'eventuale integrazione dell'assegno divorzile, rispetto alla cui richiesta nessun ostacolo quel patto finiva per configurare, fosse compensata (e fino alla sua concorrenza) con la somma già anticipata a favore del coniuge-debole.

[131] Che, peraltro, come rilevato (F. RUSCELLO, *Relazione conclusiva, in Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 219), «non si estingue con la crisi familiare».

[132] G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 1337; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1328 ss.

[133] Per E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1320 si tratta di una «proposizione giuridica … per più versi sconcertante …

termini di rilevazione[134]) che, nondimeno, finisce per stridere evidentemente con il prefigurato grave motivo di nullità sotteso ai medesimi accordi (la cui illiceità non può non estendersi alla causa[135] dei medesimi). Esito che non potrà essere in qualche modo ricomposto provando a richiamare l'ampio e

---

Se la causa è illecita, essa affetta tutto il negozio, il negozio non può essere illecito nei confronti di una parte, e lecito nei confronti dell'altra, perché l'illiceità della causa pone l'intero negozio al di fuori dell'effettualità giuridica»; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1328 ss.

[134] Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592 ss., ove si ribadisce la natura relativa o di protezione della nullità, ulteriormente precisando che il coniuge legittimato potrà farla valere *soltanto* entro il limite massimo della persistenza del procedimento di divorzio il cui esaurimento costituisce anche il termine a partire dal quale questa nullità non potrebbe essere più invocata, configurandosi un'impropria forma di prescrizione

[135] Severa censura all'argomentare della giurisprudenza in G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 701, il quale invita a non sovrapporre lo scopo delle parti (che sarebbe quello di condizionare la libera volontà di uno dei coniugi) con la causa: «lo scopo soggettivamente – e, come esplicitamente si ammette, non sempre – perseguito dagli sposi che concordano in prevenzione l'assetto economico che conseguirebbe all'eventuale scioglimento del matrimonio non s'identifica affatto con la causa dell'accordo, se di quest'ultima si tiene ferma la nozione oggettiva generalmente adottata dalla stessa giurisprudenza: uno scopo soggettivo ed eventuale è, semmai, motivo dell'accordo, che deve – per provocare nullità, ove illecito – venire provato in concreto, non già presumersi, e deve inoltre essere comune alle parti ed il solo determinante (art. 1345 c.c.)». La dottrina da tempo dibatte in merito all'individuazione della *causa* degli accordi stipulati tra i coniugi: per tutti, l'opera densa di G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 290 ss., 297 ss., 300 ss.

Sia qui solo consentito accennare che alla questione converrà avvicinarsi, prudentemente, nella percepita consapevolezza che la assai variegata tipologia di accordi tra i coniugi (da quelli pre-matrimoniali a quelli durante il matrimonio, fino a quelli in sede di divorzio o anche successivi alla pronunzia di questo) non agevolmente potrà condurre all'individuazione di una causa unitaria, se non al costo di pagare troppo in *intensione* ciò che (solo apparentemente) si recupera in *estensione*. In altri termini, la specificità del singolo accordo e, particolarmente, del contesto e del momento temporale in cui esso viene concluso, oltre alla decisamente ampia molteplicità delle prestazioni che ne costituiscono il contenuto, saranno idonei ad incidere significativamente sulla qualificazione giuridica dell'elemento funzionale. Non trascurando, altresì, che in detti accordi – nel definitivo superamento (se non della *teoria*, almeno della *logica*) della fattispecie della quale, nell'epoca post-moderna, sembrerebbe doversi irrimediabilmente constatare la definitiva *perdita* – la ricerca diretta alla ricostruzione della causa dovrà necessariamente prender contezza, per un verso, dell'intreccio che in essi realizza la tensione costante tra interessi personali ed interessi patrimoniali dei coniugi (dunque tra onerosità, gratuità e solidarietà) e, per l'altro, che con essi possono contestualmente convenirsi rinunzie (a diritti reali e a diritti di credito), transazioni, trasferimenti solutori, generiche attribuzioni patrimoniali, compensazioni, novazioni, delegazioni, espromissioni, accolli, *datio in solutum*, transazioni, donazioni (tra corrispettività e non-corrispettività), clausole premiali, incentivanti, penali, restituzioni e risarcimenti, ecc., le cui rispettive funzioni dovranno condividere (e così riceverne la necessaria incidenza modificativa e qualificatoria) la unitaria funzione compositoria dell'intera operazione giuridica

complesso dibattitto in merito alla ricostruzione dell'intera categoria (non *della* ma) *delle* nullità (rimediali, adattative, conformative, correttive e non più soltanto invalidanti) rispetto alle quali la legittimazione assoluta non costituisce più elemento costitutivo della figura[136], se è vero che, nelle asserzioni della giurisprudenza di legittimità, la nullità viene invocata per la grave illiceità della causa che, richiamando anche profili di ordine pubblico (come non si è mancato di rammentare), non consentirà la *riduzione (teleologica) soggettiva* della legittimazione all'azione. Senza considerare, altresì, che si sarebbe costretti ad immaginare una singolare espressione della nullità di protezione, rispetto alla quale il soggetto debole non sarebbe individuato (o individuabile) *ex ante*, rispetto all'applicazione concreta della relativa disciplina, in riferimento a categorie di soggetti (come avviene per i consumatori, l'imprenditore sottoposto a dominanza economica relativa, ecc.), bensì soltanto in esito allo scrutinio del merito della vicenda concreta, immaginando una nullità, 'virtualmente soggettiva', di protezione che finisce per stridere con ogni appiglio e/o indicazione ricostruttiva che volesse individuarsi nel sistema di riferimento, rivelandosi un assurdo giuridico. Gli è che la nullità per illiceità della causa e la legittimazione relativa (di una possibile nullità di protezione[137]) sono tra esse in insanabile giuridico contrasto.

E, un'ulteriore manifestazione dei (spesso vani) tentativi giurisprudenziali di coniugare le attestazioni di principio con gli interessi concreti della specifica vicenda (in una a quello più generale alla *conservazione* degli effetti degli intervenuti patti tra coniugi) si rinviene anche in quell'argomentare dei giudici di legittimità[138] che, per un verso, ribadiscono la nullità degli accordi patrimoniali in vista del divorzio[139] e, per l'altro, ammettono la riconducibilità – su richiesta espressa delle parti, in sede di divorzio[140] – del riscontrato precedente accordo

(non solo economica) che i coniugi intendono porre in essere; il tutto nell'ontologica limitatezza dell'orizzonte temporale che la presenza della clausola *rebus sic stantibus* getta su di essi.

[136] Le nullità di protezione non saranno necessariamente (e perciò stesso) a legittimazione relativa (potendo essere indicate, ma non anche automaticamente rilevate, dal giudice, alla parte nel cui interesse sono contemplate), ma saranno a parzialità necessaria.

[137] E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 68.

[138] Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Arch. civ.*, 2004, 1335.

[139] Con la conseguenza che «un richiamo fatto dalle parti nel giudizio di divorzio ad una operazione di trasferimento immobiliare non può di per se avere alcuna rilevanza in quanto se il trasferimento in esame ha costituito l'esecuzione di un precedente accordo vietato, volto a predeterminare la corresponsione dell'assegno divorzile in unica soluzione, lo stesso sarebbe privo di effetti ai fini della determinazione dell'assegno in questione».

[140] Così sentenzia la Cassazione: «[è] peraltro, possibile che le parti in sede di divorzio dichiarino espressamente che, in virtù di un già effettuato trasferimento immobiliare, l'assegno di divorzio

tra i coniugi (consistente in un trasferimento immobiliare) alla fattispecie della corresponsione dell'assegno divorzile *una tantum* (sì come consentito dall'art. 5, comma 8, l. div.), successivamente precisandosi che diversa sarebbe stata l'ipotesi in cui i coniugi avessero precedentemente regolato i loro rapporti e, in sede di divorzio, nulla si fossero reciprocamente richiesti in merito alla concessione (ed alla determinazione dell'importo) dell'assegno divorzile: qui all'accordo dovrebbe riconoscersi «validità per l'attualità»[141], senza, quindi, escludersi «che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possano giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra». Non si riesce, invero, a comprendere[142] come l'affermazione per cui «ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio deve ritenersi nullo» si concili con quella per cui se «le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richiede un assegno di divorzio» il medesimo «riveste evidentemente carattere di validità per l'attualità»: delle due l'una, o l'accordo in vista della crisi coniugale è valido, o non lo è. Ammettere la *validità per l'attualità*[143] (*sic*!), sempreché sia possibile una successiva revisione dei medesimi (ai sensi dell'art. 9 l. div.), non può significare altro che affermare, non senza contraddizioni, la piena *validità* degli accordi prematrimoniali, se sottoposti (ma, si badi, nei profili di *efficacia*) al regime della rivedibilità (del contenuto) alla stregua della clausola *rebus sic stantibus*, con pieno riconoscimento dell'autonomia negoziale del coniugi.

è già stato corrisposto *una tantum*. In tal senso, peraltro, occorre una non equivoca dichiarazione delle parti con conseguente richiesta al giudice di stabilire conformemente l'assegno di divorzio. In assenza di tale inequivoca richiesta è infatti inibito al giudice di determinare l'assegno di divorzio sulla base del riconoscimento dell'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa rispetto all'ipotesi in esame è quella in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richiede un assegno di divorzio. Tale regolamento, infatti, non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno *una tantum*, potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive situazioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno. Tale accordo riveste evidentemente carattere di validità per l'attualità ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possano giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra».

[141] Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit., anche per i successivi virgolettati.

[142] G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 32 discute di «profilo … sconcertante».

[143] Così evocando – implicitamente, quanto (sia qui consentito rilevare) forse inconsapevolmente – il dibattuto tema della nullità sopravvenuta.

6. Primi esiti della ricerca: l'autonomia privata e le modalità concrete del suo esercizio, nell'orizzonte del controllo giudiziale

Se non ci s'inganna, la partita tutta si gioca, ma pure si risolve, nel riconoscimento al giudice di un controllo[144] sull'accordo tra i coniugi e, se del caso, del potere di disporne l'*integrazione* al fine di ri-parametrarlo, non solo nel suo contenuto economico, agli obblighi di legge, sempreché: *i*) vi sia una richiesta in tal senso (in accordo con il principio della domanda); *ii*) fermo restando l'insuperabilità convenzionale della rivedibilità dell'accordo ai sensi dell'art. 9, l. div. Né il riferimento all'*integrazione*[145] – nell'ambito dei negozi giuridici d'indole familiare, per le evidenti peculiarità e specificità degli interessi che qui, sulla modulazione della negozialità, finiscono per incidere profondamente, sì conformandola nelle modalità esplicative – deve indurre ad avvicinare l'indagine a quella (solo terminologicamente vicina) del fenomeno dell'*integrazione contrattuale*[146], tra le diverse impostazioni assiologiche e le distinte opzioni culturali, del cui ampio e controverso dibattito, per l'evidente complessità della tematica, non è qui dato accennare, sia per i risvolti di teoria generale del diritto (e non solo del contratto) che esso inevitabilmente finisce per evocare, sia per l'inconferenza che il richiamo evidenzierebbe nei riscontri delle riflessioni che qui si svolgono.

Pertanto, dovrà condividersi il rilievo per cui con l'«assoluta indisponibilità

[144] Come confermato da Corte cost., 17 marzo 1995, n. 87, in Dir. fam. pers., 1996, 13 ss., con nota di G. FREZZA, *Diritto del divorziato alla pensione di reversibilità e convenzioni preventive di divorzio*; G. CECCHERINI, I *contratti tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 1337: «[n]on può ritenersi che, una volta ammessa la validità dei contratti stipulati dai coniugi in vista della cessazione del *ménage*, ogni questione debba considerarsi risolta. Il riconoscimento dell'autonomia negoziale dei coniugi in crisi (arg. *ex* art. 1322, comma 2, c.c.) impone di precisare, al tempo stesso, i principi e le regole che l'ordinamento giuridico prevede per controllare il regolamento privato che viene a sostituire l'intervento del giudice. In altri termini, l'affermazione che i coniugi possano, nell'esercizio della loro autonomia, trasferire diritti o stabilirne l'attribuzione, oppure assumere obbligazioni di natura patrimoniale, in vista della cessazione del *ménage*, è il punto dal quale prendere le mosse per compiere un'attenta riflessione sulla disciplina applicabile a tali atti, nonché sui limiti di liceità che siano "aderenti alla specificità degli interessi in gioco"».

[145] In termini espliciti, Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.; in termini più ermetici, ma evidenti, Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.

[146] Sia qui consentito solo il richiamo ad uno dei primi (S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, ed ora rist. integrata Milano, 2004, *passim*) e ad uno degli ultimi (solo in ossequio allo scadenziario temporale) lavori (AA.VV., in VOLPE (diretto da), *Correzione ed integrazione del contratto*, Bologna, 2016, *passim*) che si sono incessantemente quanto diffusamente prodotti sul tema, decisamente suggestivo.

[alla] determinazione da parte dei coniugi dell'assegno di divorzio, la Corte di Cassazione ha ontologgizzato una esigenza specifica che è a base della legge, sussumendola in un concetto – l'illiceità della causa – che tradisce, per la sua assolutezza, la *ratio* della legge e conduce ad espedienti discorsivi puramente terminologici per realizzare una misura di giustizia del caso concreto»[147]. E, per l'effetto, stimolare una verifica non puramente astratta e di principio, bensì attenta a valutare le modalità di esercizio dell'autonomia privata dei coniugi nelle trame delle esigenze concrete per verificare se esso sia compatibile – alla stregua del criterio di *ragione* – con quegli obblighi legali (anche, ma non necessariamente, arg. *ex* art. 160 c.c.) che i coniugi possono modulare e regolamentare, fino al limite ultimo costituito dall'inammissibilità della *deroga* (che, invero, con il regolare si pone in insanabile incompatibilità[148]), mediante accordi che, sia pure non esplicitamente, conducano ad una sostanziale sottrazione per uno di essi ai predetti obblighi.

A conferma potrà trarsi vigore da ulteriori vicende sottoposte al vaglio dei giudici di legittimità. Pur ribadendosi la generale e tendenziale nullità, per illiceità della causa, di quegli accordi in vista della crisi matrimoniale, «perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio»[149]

[147] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 439; ID., *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1325; lo rileva anche G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., 324; F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in AMRAN - D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali e iniziative dell'Unione europea*, Padova, 2011, XIX, il quale rileva «la irragionevole ritrosia della giurisprudenza di legittimità ad ammettere la validità dei contratti stipulati dai coniugi in vista del divorzio, posto che perfino in un sistema liberale come quello nordamericano "vi sono altri elementi ben più convincenti per poter dire se il contratto è contrario all'ordine pubblico, inteso quale clausola generale diretta a tutelare i diritti fondamentali e le libertà di quel partner che risulti in una posizione di debolezza economica nei confronti dell'altro"».

[148] P. RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, cit., 240; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113 ss.; E. BARGELLI - F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 457; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 223.

[149] Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, anche per i successivi virgolettati, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 442 ss., con commento di B. GRAZZINI, *«Accordi in vista del divorzio; la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto»*; in *www.comparazionedirittocivile.it*, con ampio e documentato commento di F. NADDEO - J. VITERALE, *Accordi* ante nuptias *e limiti all'autonomia privata*; in *Rass. dir. civ.*, 2015, 256 ss., con commento di I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, cit.; sul punto anche le osservazioni di C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione*

ci si cimenta in una – non convincente, sia pure apprezzabile[150] – 'attività del distinguo' per recuperare alla validità (nella regolamentazione degli interessi concreti) alcuni accordi pre-matrimoniali (o in costanza del matrimonio ma) in previsione del divorzio, che i coniugi stipulano al fine di disciplinare l'eventuale fase successiva allo scioglimento del matrimonio. Si è così ritenuto ammissibile, nella persistente[151] vigenza di quel divieto sanzionato con l'illiceità, un patto contenente una *datio in solutum* stipulato (il giorno) prima del matrimonio, per *sistemare* alcune anticipazioni economiche che l'un coniuge aveva effettuato a favore dell'atto, con la previsione di un trasferimento immobiliare[152] sottoposto alla condizione (sospensiva) del (verificarsi dell'evento dedotto in condizione:) divorzio (che, pertanto, non finiva per conformare la funzione genetica del patto), giudicando quell'accordo quale esito della «libera espressione della … autonomia negoziale». Del quale, nondimeno, sia pure con qualche incertezza qualificatoria[153], viene ribadita (per affermarne la validità) l'estraneità «alla categoria degli accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio», con ulteriori singolari riflessioni in margine al requisito della *proporzionalità* tra le prestazioni[154] (delle quali sfugge

assistita per la soluzione delle controversie, in *Studi in Onore di Giorgio De Nova*, Milano, IV, 2015, 2589 ss., 2604.

[150] In termini non strettamente inerenti al ragionamento giuridico, ma in funzione dell'evidenziazione del conseguimento delle tutele in ragione della declinazione del caso concreto.

[151] Osservazione che sembra sfuggire a E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, in *Contratti*, 2013, 223 ss., che forse – presa dalla smania – intravede nella pronuncia in esame una (qui, per vero, non rilevata) apertura della Cassazione al riguardo, là dove si ritiene valida la scrittura privata di (*melius*: solo in quanto) datio in solutum, senza avvedersi che il medesimo organo s'affretta, anch'essa, a precisare quanto riferito nel testo; ed infatti, in questo senso, anche, I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, cit., 260; L. BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1 ss., spec., 5.

[152] Il cui valore, evidentemente stimato come superiore rispetto alla precedente somma sborsata dal coniuge beneficiario del trasferimento, sarebbe stato *compensato* dalla consegna – al coniuge trasferente – di un titolo di stato di valore congruo.

[153] Invero, la Cassazione, da un lato, qualifica come *datio in solutum* l'accordo intervenuto tra i coniugi e, dall'altro, lo ritiene «un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2», tralasciando la circostanza che nei precedenti due giudizi di merito il Tribunale discute di rendita vitalizia e la Corte d'Appello di contratto di mantenimento.

[154] A meno che l'evocata proporzionalità non si riferisca alle prestazioni della *datio in solutum*, al fine di evitare che la stessa sia assoggettata alla scure sanzionatoria del patto commissorio, non mediato (e, dunque, conformato alla proporzionalità) dall'innesto del marciano (sul punto sia consentito rinviare a R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano:*

l'individuazione) che dovrebbe assistere (per decretarne la validità) quel patto. Patto che, all'opposto, «sarebbe sicuramente nullo» qualora dovesse registrarsi una «notevole sproporzione delle prestazioni», idonea a denunciare la «causa genetica [matrimoniale] (e il fallimento)» di quell'accordo, veicolante[155] «una sorta di sanzione dissuasiva volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi anche in ordine all'assunzione di iniziative tendenti allo scioglimento del vincolo coniugale», senza avvedersi dell'esito curioso[156] cui conduce questo percorso argomentativo. Gli è che, infatti, per un verso, s'afferma che l'accordo in vista del divorzio è nullo sia perché incidente sulla libertà di determinazione del coniuge[157], sia perché si farebbe commercio dello *status* (o, in altre vie, si corrisponderebbe il 'prezzo' del consenso al divorzio[158]), ma, per l'altro, in qualche modo, si *sottopone a valutazione economica* questa libertà, sancendo la validità dell'accordo che esprima la proporzionalità tra le prestazioni[159] e la sua nullità se tra queste si rilevasse una «notevole sproporzione», che rappresenterebbe l'indice[160] della (sottesa) pattuizione di una 'abnorme penale'

---

recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi, in *Riv. dir. priv.*, 2018, 275 ss.), ma, all'un tempo, confermando l'estraneità del richiamo alla proporzionalità nelle curvature motivazionali cui la Cassazione ha ritenuto di poter accedere.

[155] Aderisce, G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., 330 ss., 333 ss.

[156] Di «spericolata manovra» scrive G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 37

[157] Argomentare che si rinviene, tra le altre, anche in Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.

[158] Prezzo del consenso che – come non s'è mancato di rilevare (G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 178 ed ivi nota 230) – sarebbe destinato ad acquisire rilevanza giuridica solo nella fase della crisi familiare là dove qualora avesse profondamente (e più decisivamente) inciso nell'autodeterminazione di un soggetto al consenso matrimoniale sarà sempre, sorprendentemente, destinato alla mera sfera della fattualità.

[159] Si rammenti che la proporzionalità, nel caso di specie, sarebbe verificata anche dall'ulteriore presenza di un 'titolo di stato' consegnato dal coniuge beneficiario (a quello autore) del trasferimento.

Così statuendo la Corte si pone in contrasto con altro orientamento che sanziona con la nullità gli accordi in oggetto anche qualora contemplassero una prestazione maggiormente favorevole (rispetto agli obblighi legali) per uno dei coniugi: Cass., 1° marzo 1001, n. 2180; Cass., 11 agosto 1992, n. 9494; Cass., 10 gennaio 2012, n. 1084.

[160] Lo si rileva dall'argomentare della Corte d'Appello di Ancona, 14 marzo 2007, n. 104, della quale si è appreso notizia dalla lettura di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., 323 ss.

Evidentemente il periodare della Corte sarebbe stato diverso se la notevole sproporzione fosse stata favorevole al coniuge debole; non è difficile immaginare che, al cospetto di una siffatta ipotesi, la Corte si sarebbe cimentata in un ulteriore sviluppo dell'attività del distinguo per poter salvare la convenzione tra i coniugi.

per coartare la libera determinazione del coniuge 'debole' (economicamente) nella possibile iniziativa intesa a richiedere lo scioglimento del matrimonio[161]. Per, infine, rilevare – dopo aver chiarito che il «fallimento del matrimonio» si qualifica quale evento condizionante (in termini sospensivi) dell'intervenuto accordo tra coniugi e, dunque, non incidente sulla colorazione della causa del medesimo – che anche l'affermazione in merito alla non mera potestatività della condizione apposta ai divisati accordi, non dipendendo l'evento in essa dedotto «dalla mera volontà di uno dei contraenti» e «considerando … le parti [il divorzio] come fattore oggettivo», si dimostra poco convincente se è il diritto positivo (artt. 1, 2 e 31. div.) – negando l'indissolubilità del vincolo – ad attribuire al coniuge un vero e proprio (quanto *mero*) diritto potestativo[162] (irrinunciabile e indisponibile[163]). Non condizionando *ça va sans dire* in alcun modo la libera iniziativa di un coniuge nel procedere con l'istanza per lo scioglimento del

[161] Non è neppure il caso qui di formulare ulteriori rilievi che mirassero a chiarire, per un verso, come la più attenta dottrina nega ogni interferenza tra i problemi della proporzionalità delle prestazioni (o, in questi profili, assimilabile questione della giustizia contrattuale) e la causa del contratto e, per l'altro, come quelle questioni incidono su un'aggiornata prospettiva di lettura dei vizi contrattuali ovvero su una prospettiva costituzionale del determinazione-integrazione del contenuto contrattuale.

[162] L'intuizione, ovviamente per la separazione personale tra i coniugi (e non certamente per il divorzio, inammissibile al tempo dello scrivere), era già A. FALZEA, *La separazione personale*, cit., 127; poi, successivamente, sviluppata da E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 327, 424, 426 ss., il quale giustamente richiama, alla nota 3, già il pensiero preconizzatore di A. FALZEA, *La separazione personale*, cit., 98; ed ancora, E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1320; nonché G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 68 ss., 187 ss., con vigore argomentativo; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 588; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., 1026; M. MORETTI, *Accordi «ora per allora» e nullità del matrimonio*, in *Contratti*, 1993, 137; C. RIMINI, I*l problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1993, I, 965 ss.; ID., *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie*, cit., 2599; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1331; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 50; ma sul punto anche le puntuali notazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 963 ss., il quale rileva come «dovrebbe prevalere il principio di conservazione» della comunità familiare in luogo di un *favor divortii* se in essa la persona realizza il suo sviluppo e così proclamare il divorzio solo allorché fosse «accertato [il] disfacimento della comunione spirituale e materiale» tra i coniugi, anche se il nostro ordinamento «assume come principio la risolubilità dello *status* coniugale»: G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 197.

[163] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 110 ed ivi anche riferimenti.

matrimonio (sì che un eventuale contegno processuale ostruzionistico[164] non potrà che incidere esclusivamente sui tempi, non sull'*an*, di ottenimento del relativo provvedimento), ed escludendosi, al riguardo, qualsiasi valutazione (di merito) rimessa al giudice competente in margine al ricorrere (ed alla valutazione discrezionale) di pretesi presupposti sostanziali[165]. Il matrimonio, allora, finisce per costituire l'unico contratto[166] (la cui efficacia *risolutiva* è) sottoposto(a) al (fisiologico, coestensivo ed inderogabile) esercizio del *recesso ad nutum* di una della parti (esprimendo un'elevata densità assiologica per la funzione *esistenziale* rispetto alla quale è servente[167]), insindacabile anche alla stregua della pervasiva clausola della buona fede, rammentandosi, opportunamente – come s'è detto – che nessuno, neppure il legislatore, può obbligare due persone ad amarsi[168]; con l'aggiunta *premiale* del diritto a conseguire, nel caso delle verificate condizioni di legge, anche «*gli stessi vantaggi economici* che … avrebbe assicurato l'adempimento del contratto»[169].

Se a queste notazioni s'aggiunge che gli sviluppi cui è giunta la dottrina più attenta ha consentito di acquisire: *a*) che altro è la inderogabilità, altro la disponibilità-regolamentare[170] o, in termini più diretti, che i concetti di

[164] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 189 ss.; F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., 1142; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1331.

D'altra parte una rinunzia preventiva a costituirsi nel giudizio contenzioso di divorzio ovvero una rinunzia diretta all'azione di divorzio sarebbe immediatamente fulminate con la nullità: M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 110 ss:, E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1319 ss., F. CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, cit., 93.

[165] Con estrema chiarezza, G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 121 ss.

[166] Per quanto specifica, la negozialità del matrimonio non dovrebbe essere più dibattuta (permane qualche perplessità sulla qualificazione come contratto).

[167] Della costruzione del divorzio «come manifestazione di volontà estintiva dello *status*» discute, E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1320.

[168] A.C. JEMOLO, *Intorno al rispetto dei figli verso i genitori*, in *Giur. it*., 1981, I, 1, 546: «nessun giudice può far nascere l'affetto dove non c'è».

[169] Sul punto la puntualità di M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, cit., 1308 (corsivo originale), ove si aggiunge che, allora, si «scinde il legame tra libertà e responsabilità».

[170] Sulla cui assimilazione si regge gran parte delle motivazioni della giurisprudenza di legittimità che nega l'ammissibilità degli accordi prematrimoniali.

Ma per le dovute precisazioni: L. BARBIERA, *Un incerto* revirement *della Cassazione*, cit., 2229; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., 1026; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 157 ss.; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113; E. RUSSO,

indisponibilità e *inderogabilità* veicolano significati giuridici affatto distinti: se ciò che è indisponibile è anche (e necessariamente) inderogabile, non è vero il contrario, sì che l'inderogabilità ammette, nei confini da essa stessa segnati, che l'azione dell'autonomia privata si manifesti e si espliciti[171]; *b*) che lo stesso legislatore, nella norma-principio-fondamento del diritto familiare (art. 144 c.c.), riconosce la piena esplicazione all'autonomia negoziale dei coniugi[172] nella determinazione e fissazione dell'«indirizzo della vita familiare» individuando con essa «la fonte di legittimazione di ogni manifestazione negoziale dei coniugi»[173], senza, nondimeno, trascurare, nell'evoluzione del dovere di contribuzione (art. 143 c.c.), la necessità che l'accordo venga costantemente adeguato e valutato non solo in termini di liceità, ma anche di meritevolezza[174], con la conformazione che riceve dai valori della solidarietà costituzional-familiare e dell'eguaglianza sostanziale; *c*) che il principio di effettività, nella sua più coerente modulazione non disgiunta dal principio di legalità, consente di eleggere, in ragione delle concrete esigenze di tutela, il rimedio (non solo invalidante) dotato della massima forza performativa in risposta agli interessi che richiedono protezione; *d*) che la buona fede oggettiva, nella registrazione di un'alterazione dei diversi poteri tra le parti, è richiamata al fine di fondare e sviluppare la discrezionalità del giudice alla stregua dei valori costituzionali e dei valori-guida dell'ordinamento storicamente individuato, e la cui decisione sarà, quindi, sottoposta ad una rigorosa valutazione del procedimento argomentativo; *e*) che, in consonanza con autorevole dottrina[175], si deve distinguere l'evento

Le convenzioni matrimoniali, cit., 424 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 223.

[171] G. DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in Onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 259 ss., spec. 263 ove: «vi sono spazi per l'autonomia dei coniugi pur in relazione alla disciplina inderogabile dei loro rapporti patrimoniali»; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113 ss.; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1334: «alla stregua del fondamento della norma imperativa, può individuarsi il limite *in concreto* della disponibilità del diritto, senza un appiattimento *a priori* sull'idea di indisponibilità» (corsivi originali).

[172] Esemplare la pagine di RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, cit., 240; nonché G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 64 ss., 76 ss.

[173] G. DORIA, Autonomia privata e "causa" familiare, cit., 79 ss.

[174] F. RUSCELLO, *Diritti e doveri nascenti da matrimonio*, in ZATTI (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, I, 1, Milano, 2002, 779 ss.; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 504 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, cit., 472, 477.

[175] A.C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1950, 54 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in VASSALLI (diretto da), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1975, 497 ss.;

(*id est*: la futura ed eventuale crisi della famiglia) in ragione delle modalità con cui le parti lo hanno accolto nella modulazione giuridica dei loro interessi, tra la *deduzione in obbligazione* (che, pertanto, farebbe penetrare quel medesimo evento nella causa negoziale, inevitabilmente rendendola illecita) e la *ricezione* (sia pure non acritica ed automatica[176]) *in condizione*[177] (che consente allo stesso

---

poi seguiti da G. OBERTO, «Prenuptialagreements in contemplation of divorce» *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, in Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 169 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., 1026

[176] Ne convengono anche C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rass. dir. civ*., 2008, 1 ss., spec. 43, i quali escludono che il consenso al divorzio possa essere, in qualche modo, incentivato (con le c.d. clausole premiali) o reso più difficile (con clausole c.d. sanzionatorie o penali), sì che la condizione – sia pure dogmaticamente ed in termini di disciplina – ben distinta dal concetto di obbligazione non potrà essere modulata in maniera tale da simulare un vero e proprio elemento coartante la volontà, convertendosi surrettiziamente in un'obbligazione. Non si deve, tuttavia, incorrere in un'ingenua analisi della vicenda e immaginare di tenere nettamente distinti i due profili (personalistico e economico) che possono intercettarsi nella determinazione di un soggetto che si risolve a richiedere il divorzio: una volta che della comunione spirituale e di vita s'è accertata (sia pure nell'intimità del consorzio familiare) l'inevitabile esaurimento, è più che evidente che la questione tra i coniugi si riconverte in una (non sempre agevole) situazione (spesso resa ancor più complessa in ragione di quell'interferenza di profili sopra indicata) in cui i profili economici dei contrapposti interessi prendono decisamente la scena dell'accordo che pur si *deve* raggiungere, lasciando sul terreno attriti sentimentali e sconfitte patrimoniali.

[177] Sul rapporto tra causa, condizione e nullità s'intrattiene nella motivazione Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit., ove si analizza l'eventuale possibile incidenza della prestazione (posta a carico del coniuge) il cui adempimento era condizionato all'evento della separazione sulla libera autodeterminazione del medesimo a richiedere la separazione, concludendosi nel senso di escludere, al pari dei due precedenti gradi di merito, ogni coercizione, limitazione e/o «pressione psicologica» generata dalla prima sulla seconda, perentoriamente affermando: «non c'è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi prima o durante il matrimonio di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinarne la restituzione all'evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale».

Invero, in una agli studi più accorti in tema di condizioni testamentarie, si è accertato, in una più convincente lettura costituzionale del dato codicistico, che la condizione (in luogo dell'obbligazione), non è di per sé idonea (ed automaticamente funzionale) a garantire sempre la validità della disposizione cui accede, se da elemento, in qualche modo, incentivante (o premiale) si traduce, nel caso concreto, in un fattore incidente sulla stessa determinazione della volontà del soggetto, coartandone la liberta di autodeterminazione (con la conseguente illiceità della condizione, viziante, con differente disciplina ed effetti, sia il testamento – o la singola disposizione alla quale risulta apposta – sia l'accordo prematrimoniale – o il patto cui è apposta –, con verifica, in ogni caso, da condursi in concreto, ora con riferimento al combinato disposto degli artt. 634 e 626, ora con riferimento ai commi 1 e 3 dell'art. 1354 c.c.); con tutte le connesse e limitrofe argomentazioni che si possono trarre dalla previsione della donazione obnuziale di cui

fatto di essere legittimamente acquisito), riesce allora agevole comprendere che una più accorta visione complessiva al riguardo consentirebbe di aprire nuovi spazi all'autodeterminazione dei privati-coniugi, ispirata al principio di ragione[178] ed una più ponderata valutazione, condivisibilmente auspicata, del grado di impegnatività degli accordi «per regolamentare in via preventiva i rapporti suscettibili di costituirsi in sede di eventuale separazione personale nonché di successivo scioglimento o di successiva cessazione degli effetti civili del matrimonio»[179].

7. Conferme e acquisizioni in tema di autonomia nel rapporto familiare

Il discorso evocherebbe il ripensamento dell'approccio dell'interprete allo studio dell'autonomia privata se è vero che emerge, da quanto appena riferito, che le diverse soluzioni si formulano in ragione di quell'approccio; e, tuttavia, incamminandosi in questo tragitto la strada condurrebbe ad esiti che non possono essere qui neppure richiamati sia per la specificità del fine cui queste considerazioni tendono ad avvicinarsi, sia per la complessità del tema richiamato. Ma all'un tempo prendendosi coscienza che «proprio in questo campo [*id est*: quello della *crisi* della famiglia], più che in altri, al giurista si richiede la capacità di saper "navigare" sia nella consueta dimensione dell'esegèsi attenta e spesso laboriosa delle formule normative, sia in quella, più ardua ed impegnativa, della ricerca dei princípi generali»[180].

Dunque, quel dibattito – abbandonata la preclusione ideologica all'autonomia privata – si sarebbe ragionevolmente convertito: *a*) nell'individuazione dei limiti e/o della conformazione dell'autonomia privata nell'ambito familiare[181], tra istanze di tutela della persona e sviluppo pervasivo della negozialità, nella presa di coscienza che l'autonomia privata in questa materia (sì come nel

all'art. 785 c.c. Per una ricognizione dell'intera materia, B. TOTI, *Condizione testamentaria e libertà personale*, Milano, 2004, *passim* nonché Cass., 15 aprile 2009, n. 8941, *Giur. it*., 2010, 1, 87 ss., con nota di M. PASQUINI; in *Fam. pers. e succ*., 2009, 595 ss., con nota di N. DI MAURO; in *Fam. e dir*., 2009, 781 ss., con nota di L. VIGNUDELLI; in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 1048 ss., con nota di V. VERDICCHIO; in *Corr. giur.*, 2010, 935 ss., con nota di G. GENOVESI; in *Riv. dir. civ*., 2010, 415 ss., con commento di D. ACHILLE.

[178] Per tutti G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, 3 ss.

[179] G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 144 ss.

[180] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 514.

[181] Per tutti, C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 501 ss.

diritto in generale) non si traduce mai in arbitrio o in puro ed astratto principio di autodeterminazione autoreferenziale, dovendosi sempre comporre con il principio di (auto-)responsabilità e sottoporsi ad un controllo di compatibilità con i valori che sono sullo sfondo della declinazione assiologica dell'ordinamento giuridico; *b*) nelle evocazioni valoriali a fondamento della prima e nei più incisivi richiami[182] alla (non disgiunti dai contrapposti inviti[183] alla cautela verso i fenomeni della) 'contrattualizzazione' e 'privatizzazione' del rapporto familiare, sebbene, anche qui, la distanza sembra più astrattamente costruita (nella retorica della dialettica) che concretamente verificata se, a quanto consta, mai si è pensato di applicare acriticamente (quanto automaticamente) la logica e la disciplina contrattualistica (pensate e formate sull'idea patrimonialistica dello scambio) al rapporto familiare. Sì come confermano le riflessioni di chi, aprendo alla negozialità ed alla contrattualità del rapporto familiare, precisa che «[l]a qualificazione in senso contrattuale di questi accordi non dispensa, infatti, ma anzi impone all'interprete di appurare in che misura ad essi debba (*dis*)applicarsi la disciplina generale del contratto e quale sia il processo interpretativo nella ricostruzione dello statuto normativo che trova applicazione»[184] e di chi, nell'opporre un netto rifiuto alla penetrazione della divisata logica patrimonialistica nel settore familiare, conviene che, in ogni caso, «[n]on s'intende escludere che la disciplina generale del contratto possa, in determinate ipotesi, trovarvi applicazione diretta e analogica, [sebbene] l'estensibilità di tale disciplina non può tradursi in un'acritica trasposizione di nozioni e di categorie create con riferimento esclusivo ai rapporti patrimoniali, [occorrendo] sempre procedere utilizzando un criterio di compatibilità, data la diversità di funzione»[185]; *c*) sulla stessa ricostruzione del modello familiare di riferimento, tra quello legislativo (*id est*: la famiglia) e quello diffuso nella società (*id est*: le famiglie), e che ora ha rinvenuto disciplina formale nella

[182] V. ROPPO, *Il contratto*, in ALPA - ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, 2a ed., Milano, 2011, 58 ss., il quale rileva il superamento dell'antagonismo tra contratto e famiglia; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 225.

[183] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 494 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., 4 ss.; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 18 ss.

[184] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 226; L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 77 ss., spec., 80 ss.

[185] G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., 4 ss.; M. FORTINO, *Verso una nuova «privatizzazione» della famiglia nella società globale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 170 ss.; ID., *La separazione personale tra coniugi*, in ZATTI (diretto da), *Tratt. dir. fam.*, I, 2, Milano, 2002, 918 ss.

(tormentata quanto discussa approvazione della) riforma delle unioni civili, alla ricerca della possibile individuazione, come accennato, del 'principio di famiglia'.

Controversia che, nei due corni delle ragioni contrapposte, avrebbe selezionato i relativi coreuti tra i quali, nel più specifico ambito degli accordi prematrimoniali, si sarebbe intrapreso un vivace confronto al fine di giudicarne l'ammissibilità nel nostro ordinamento, tra *inderogabilità* e *indisponibilità* delle (con il limitrofo problema del *regolare* le) situazioni giuridiche (patrimoniali e non) emergenti dal matrimonio (o da altre forme di convivenza), in ogni caso ribadendo che l'esito non avrebbe in alcun modo rimesso in discussione la (acquisita) compatibilità dell'autonomia negoziale[186], sia pure variamente modulata, con la disciplina dei rapporti familiari[187] (nel recepirne *soltanto* il prodotto in termini di *autoregolamentazione degli interessi*[188] ovvero nella più ridimensionata versione della libertà di "iniziativa"[189] o), anche in quei modelli in cui (pur confermandosi il principio di convenienza degli effetti al fatto) massima è l'eteroregolamentazione[190]: risultato non più revocabile in dubbio «sulla

[186] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 220 ss., 225 ss.

[187] Ed infatti non negano lo sviluppo dell'autonomia privata nel diritto di famiglia sia G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 698 ss. il quale nega l'ammissibilità dei patti in vista del futuro scioglimento del matrimonio, sia M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 117 ss. che pure, di contro, ne ammette la piena ammissibilità; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 584 ss.: «[c]iò che oggi non può essere discusso è il (notevole) rilievo che l'autonomia privata ha ormai acquisito in seno alla disciplina dei rapporti familiari e che certamente inattendibile sarebbe una prospettiva che volesse negare tale *trend*. Ma nemmeno è consentito trascurare la dialettica con i valori concorrenti» (585). Sul punto le ampie riflessioni di G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 51 ss.

[188] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 497 ss.

[189] F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 5, richiamandosi a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 322 ss.: «[n]on il potere di autoregolamentazione, ma quello di iniziativa e di impulso – talvolta libero, talvolta dovuto – caratterizza gli atti e le attività (anche) dei privati … L'autonomia, dunque, si prospetta, nel suo minimo e costante denominatore, come atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione»; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 20 ss.; T.V. RUSSO, *Divorzio «consensuale» e revoca del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 853 ss., spec. 864 s.

[190] Lo sottolinea PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 289 ss.; P. STANZIONE, *Riconoscimento di figlio naturale*, in *Casi e questioni di diritto privato*, Salerno, 1992, 67 ss.; lo ribadisce, G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., 5 ss., con riferimento al matrimonio, separazione consensuale, riconoscimento del figlio naturale, ecc.; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 20; F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 4.

scorta della presunta indisponibilità di tutte le situazioni giuridiche soggettive familiari»[191] ovvero sulla rilevata non «coincidenza subbiettiva fra titolarità del potere di porre regole da sé e titolarità dell'interesse in funzione del quale le regole sono dettate»[192].

Convenendosi, senza più eccessivi dibattiti, dapprima in merito alla natura dell'accordo tra coniugi per vivere separati (con ormai pari pacificità[193] anche per quello relativo al divorzio c.d. *consensuale*[194], ma per la cui risoluzione in termini di negozialità si rivela decisiva l'osservazione per cui il contributo di eteroregolamentazione non è di per sé idoneo a revocarla in dubbio, dovendosi aver riguardo alla incidenza dell'autonomia sulla modulazione e realizzazione dell'interesse[195]), quale «uno dei momenti di più significativa emersione della negozialità del diritto di famiglia»[196]. Dipoi tanto con riguardo all'ammissibilità di convenire la corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio[197] (art. 5,

---

[191] G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, cit., 6; F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, cit., 4 ss.

[192] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 499.

[193] Nonostante qualche residua perplessità: Cass., 8 luglio 1998, n. 6664, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 853 ss., con commento critico di T.V. RUSSO, *Divorzio "consensuale" e revoca del consenso*, cit., 853 ss.

[194] Sul punto le chiare riflessioni di T.V. RUSSO, *Divorzio «consensuale» e revoca del consenso*, cit., 863 ss., per la decisa riaffermazione della natura negoziale del divorzio su richiesta congiunta e della centralità dell'accordo (con il suo «preminente valore causale»).

[195] Per la negozialità, T.V. RUSSO, *Divorzio «consensuale» e revoca del consenso*, cit., 863; E. CAPOBIANCO, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., 809 ss.; approfonditamente, G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 121 ss., il quale estende i risultati della negozialità anche alle ipotesi di separazione e divorzio c.d. contenziose.

[196] Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. e pers.*, con nota di G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi omologati*, ove altresì si afferma che l'accordo di separazione è «atto unitario ed essenzialmente negoziale [ed] espressione della capacità dei coniugi di responsabilmente autodeterminarsi (artt. 2 e 29 Cost.) acquisendo che anche l'art. 160 c.c. non deve essere considerata una disposizione assoluta alla luce dei «valori di autodeterminazione e di negoziabilità che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando»; nel riferire quanto riportato nel testo i giudici di legittimità si richiamano espressamente alla dottrina che si può agevolmente individuare in P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, 3, Torino, 1982, 135; con forza argomentativa, Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Vita not.*, 2004, 156 ss., con nota di F. ALCARO; in *Corr. giur.*, 2004, 307 ss., con nota di G. OBERTO; in *Fam. e dir.*, 2004, 287 ss., con nota di G. CONTE; Cass., 20 agosto 2014 n. 18066, in *Fam. e dir.*, 2015, 357 ss. con nota di C. FILAURO, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una nuova presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*, in cui si legge che «l'accordo delle parti in sede di separazione o divorzio … ha natura sicuramente negoziale, e talora dà vita ad un vero e proprio contratto».

[197] Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.: «[è] dato incontroverso che la corresponsione in unica

comma 8, legge divorzio, sì come modificata nel 1987, con l'espressa statuizione dell'immodificabilità mediante la presentazione di una «successiva domanda di contenuto economico»[198]), quanto in margine alla possibilità di regolare i rapporti economici tra essi in sede di presentazione congiunta della domanda di scioglimento o cessazione del matrimonio (argomentando dall'art. 4, comma 16, della medesima legge), individuare i principali argomenti da opporre al ragionamento cui la giurisprudenza ricorre per sostenere l'inammissibilità degli accordi in vista del (e quindi soltanto di quelli stipulati *preventivamente*[199] rispetto al) divorzio, sostanzialmente riconducibili ai seguenti: *i*) indisponibilità dello *status* coniugale o l'inammissibilità di ogni contegno inteso al condizionamento del (ovvero dell'assunzione di espresse obbligazioni aventi ad oggetto il) comportamento di una parte nell'elezione del regime economico del divorzio; *ii*) assoluta inderogabilità dei diritti di cui all'art. 160 c.c. e necessario controllo

---

soluzione dell'assegno divorzile esclude la sopravvivenza, in capo al coniuge beneficiario, di qualsiasi ulteriore diritto, di contenuto patrimoniale e non, nei confronti dell'altro coniuge, attesa la cessazione (per effetto del divorzio) di qualsiasi rapporto tra gli ex coniugi, con la conseguenza che nessun ulteriore prestazione, oltre quella già ricevuta, può essere legittimamente invocata, anche in caso di peggioramento delle condizioni di salute, impeditive della prosecuzione della attività lavorativa, dal coniuge assegnatario, giusto disposto dell'art. 5, comma ottavo, della n. 898 del 1970, (Cass., 7365/98, Cass., 126/01)».

[198] Perplessità, invece, permangono in sede di separazione: E. CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 194 ss.

[199] Che il fulcro del dibattito circa l'ammissibilità degli accordi *in previsione* del divorzio s'individui con riferimento al tempo in cui essi sono conclusi «e cioè prima della celebrazione delle nozze, successivamente alle stesse o, addirittura, in occasione della crisi matrimoniale – ma comunque in un momento che deve essere antecedente all'avvio del procedimento di divorzio», lo conferma, da ultimo, E. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 86; che la questione si poneva nell'individuazione del tempo in cui gli accordi sono conclusi era acquisizione nota: G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699 ss.; nonché Cass., 11 giugno 1981, cit.: «tale disponibilità [relativamente agli assegni divorzili] non può essere ammessa prima che il giudizio di divorzio inizi, quando le parti sono ancora coniugi (sia pure separati)»; Cass., 12 settembre 1997, n. 9034, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, 81 ss.: le pattuizioni raggiunte dai coniugi in merito alla regolamentazione dei loro rapporti economici di un «divorzio che ess[i] hanno già deciso di conseguire e, quindi, non semplicemente prefigurato» sono senz'altro valide; in senso critico verso la discriminazione temporale della validità, M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 178 ss., 191 ss.: «il *tempo* … non può di per sé riflettersi sulla validità dell'atto» (corsivo originale) sì che il «problema di validità degli accordi tra coniugi separandi e divorziandi aventi contenuto economico-patrimoniale, si pone (in concreto) secondo criteri del tutto identici ed indipendenti dalla "circostanza" che l'attività negoziale sia intervenuta precedentemente ovvero contestualmente alla "decisione" di richiedere la separazione od il divorzio»; M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale*, cit., 489.

giudiziale; *iii*) inammissibilità della rinunzia all'esercizio di un adeguato diritto di difesa negli esiti giudiziali dei processi aperti per lo scioglimento del matrimonio o di obblighi ed o vincoli intesi ad incidere negativamente sul contegno processuale di una delle parti[200].

8. Le principali repliche alla giurisprudenza di legittimità

In merito alla disponibilità delle situazioni soggettive personali emergenti dal rapporto familiare si sono formati diversi orientamenti[201] che, sul fondamento di

---

[200] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 110; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 700 ss.; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 603; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 51.

[201] In senso diverso tra loro C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 225 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 220 ss.

In ogni caso la prevalente dottrina ha ampiamente ribadito che in alcun modo – almeno ad un'analisi condotta in termini di principio – gli accordi in vista della crisi coniugale possono incidere sulla pretesa disposizione dello *status*: M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 110 ss., il quale discute di evidente «confusione» operata al riguardo dalla giurisprudenza; C. RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*, cit., 964 ss., il quale argomenta, altresì, dalla disciplina positiva là dove si prevede che il divorzio si potrà ottenere anche con la domanda di un solo coniuge, con il che il rilievo prezzo del consenso si ridimensiona decisamente; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 184 ss.; M. MORETTI, *Contratto di transazione e rapporti di diritto familiare*, in *Contratti*, 1996, 524; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del* «ménage», cit., 142 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., 1026; C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 24 ss., 42 s.

La scure della nullità, altra singolarità, colpisce solo gli accordi stipulati preventivamente, sì che sorprende ancor apprendere che sono ritenuti validi, dalla stessa giurisprudenza: i) quelli convenuti in vista della separazione personale (Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, 554 ss., con nota di G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Foro it.*, 1995, I, 2984 ss.; Cass., 25 maggio 1998, n. 5829, in *Fam. e dir.*, 1998, 570; in merito le riflessioni di M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 107 ss., il quale scrive che «[i]l rigido orientamento giurisprudenziale sulle nullità degli accordi preventivi di divorzio, oltre ad apparire di per sé infondato ed erroneo … appare stranamente in contrasto con il ben diverso orientamento della stessa giurisprudenza sulle convenzioni di separazione»; da ultimo, le stimolanti riflessioni di Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit.); ii) quelli in funzione dell'eventuale annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1670; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950 ss., con nota critica di M.G. CUBEDDU, *Annullamento del matrimonio e autonomia negoziale; nonché le ulteriori censure* di M. COMPORTI, *Autonomia*

distinte opzioni assiologiche, concludono in senso diverso tra loro. Nondimeno, si può osservare, nel ribadirsi l'assoluta indisponibilità[202] della *situazione giuridica relazionale* che lega un soggetto ad una determinata comunità istituzionalmente organizzata e rilevante in un dato modello giuridico-sociale (in quanto modo di essere della personalità), che le convenzioni tra coniugi (almeno di quelle che la giurisprudenza ha avuto modo di vagliare), in realtà, non hanno mai avuto ad oggetto gli *status*, bensì la regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali (*rectius*: hanno per contenuto diritti patrimoniali che *derivano* dallo *status*, non lo *status* stesso), anche di quelli post-crisi coniugale che, per evidenti ragioni, si può preferire concludere in una fase in cui i rapporti di convivenza versano in uno stato fisiologico[203]. In senso dirimente, si rileverà che il diritto *positivo* attribuisce al coniuge la situazione potestativa (ora non più necessariamente mediata dal canale processuale[204]) di chiedere il divorzio, a fronte del cui esercizio l'altro coniuge non può che trovarsi in una situazione di

privata e convenzioni preventive di separazione, cit., 111 ss. – «la contraddittorietà fra i vari orientamenti della Cassazione in tema di convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio resta veramente inspiegabile» – e di C. RIMINI, *Il problema della validità dei patti in vista della cessazione del vincolo matrimoniale*; Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, cit.); iii) e quelli oggetto della domanda congiunta di divorzio (per i necessari riferimenti, M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 111 ss. il quale rileva come «la contraddittorietà fra i vari orientamenti della Cassazione in tema di convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di nullità del matrimonio, resta veramente inspiegabile»; G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, cit., 332 ed ivi nota 40 di riferimenti); critico sul punto anche, F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., 1140 ss.

[202] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 110: lo *status* è «strettamente personale ed indisponibile, sicché ogni convenzione sarebbe nulla sia per impossibilità giuridica dell'oggetto, sia per contrarietà all'ordine pubblico, e, più precisamente, per contrarietà ai principi generali e fondamentali della persona»; aderisce, G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1331.

Sul punto, in termini generali, la pagina autorevole di P. RESCIGNO, voce *Status*. I). *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; nonché la densa e rigorosa indagine di F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di* status, in *www.lacivilistica.com*, n. 4, 2013, 1 ss., ove la sostanziale vanificazione di ogni odierno persistente riferimento al concetto di *status*, in ragione di una piena, definitiva, improrogabile e costante tutela della persona nella sua assolutezza, senza ulteriori distinguo; in senso conforme, ancora, G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1321 ss.

[203] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 110; G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., 379 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione*, cit., 2599 ss.; Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit.

[204] Art. 12 della legge 6 novembre 2014 n. 162. Come, invece, si conviene ai c.d. diritti potestativi ad attuazione giudiziale quali il diritto all'annullamento del contratto viziato, alla riduzione di

soggezione[205] (almeno, ma anche soltanto) con riferimento all'esito del giudizio – e di là dalla posizione che le parti assumono nel procedimento medesimo – e rispetto al quale l'esercizio del diritto di difesa (pur ricevendo copertura costituzionale) non può che subirne i necessari aggiustamenti funzionali[206]; i quali, se ne devono garantire la più corretta ed effettiva manifestazione, non possono, altresì, consentire di ambire al fine ultimo dell'emissione di un provvedimento giudiziale che non pronunci il divorzio, allorché «la volontà di un coniuge di sciogliersi dall'unione rende intollerabile la convivenza ed impossibile la ricostruzione della comunione materiale e spirituale»[207]: si deve acquisire, per un verso, che non «esiste una sola sentenza (anche della stessa Cassazione) che abbia rifiutato o non concesso lo scioglimento del vincolo in presenza della volontà di un coniuge di volerlo sciogliere»[208] e, per l'altro, dunque, prendersi atto «della sostanziale *ineluttabilità* dell'effetto dello scioglimento del matrimonio»[209].

Con riferimento all'art. 160 c.c., vera e propria norma cardine del sistema famiglia, si è riferito[210] come esso vada sottoposto, come ogni disposizione, ad un'interpretazione sistematica che consenta di apprenderne il significato più coerente in ragione di altre norme (artt. 143 e 144 c.c., o a quelle, art. 159-162 c.c., che facoltizzano la scelta del regime patrimoniale mediante la

una liberalità lesiva della legittima, alla stipulazione del definitivo, ma, con sempre più dubbi, con riferimento al diritto alla risoluzione del contratto, là dove si registri la sempre più insistente posizione dottrinale che configura una risoluzione stragiudiziale del contratto.

[205] E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1321, il quale precisa che s'intravede un «diritto alla persistenza del vincolo».

[206] Sia pure senza giungere all'ammissibilità di un patto che veicoli una vera e propria rinunzia formale al diritto di difesa del quale, invero, non potrebbe che predicarsi la nullità: M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 112.

[207] C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 28.

[208] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 424 ss.; ID., *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale»*.

[209] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 131 ss.

[210] F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 308 ss.; ma anche App. Brescia, 16 aprile 1987, in *Giur. mer*., 1987, 845: «[è] evidente … che dall'art. 160 c.c. – secondo il quale gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio – emerge non già il divieto dei coniugi di far valere anche nella materia familiare la propria autonomia – che trova la propria fonte nel diritto-dovere di autorganizzare la propria vita di coppia (arg. *ex* art. 143 e 144 c.c.) – ma solo il divieto di porre in essere accordi che deroghino ai diritti ed ai doveri previsti dalla legge»; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 17 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, cit. 474.

stipula di un'apposita convenzione matrimoniale[211]) e dei principi generali dell'ordinamento giuridico[212], anche in ragione delle diverse situazioni soggettive (patrimoniali e non patrimoniali) che pure si vorrebbero a quel divieto indistintamente sottoposte, avvertendosi che l'art. 160 c.c., nel suo stesso fondamento socio-giuridico, sarebbe collegato all'idea dell'indissolubilità del matrimonio[213]. Si dovrà, allora, prendere atto che anch'essa va storicizzata e contestualizzata e, per l'effetto, venuta a cadere questa[214], dovrà sottoporsi ad un'interpretazione sistematico-funzionale anche la disciplina veicolata dalla disposizione in parola[215].

Al riguardo, come già indicato, si è in esso individuata una norma imperativa[216], inderogabile mercé il ricorso all'autonomia privata, in quanto l'assegno di divorzio (che l'accordo prematrimoniale o pre-scioglimento del matrimonio intende, tra gli altri interessi, regolare e modulare) «rientra pur sempre fra i

---

[211] Della cui contrattualità, e non solo negozialità (così, invece, F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 3 ss.), sia pure peculiare per il contesto in cui si svolge, non più si discute (F.D. BUSNELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 514 e più recentemente E. BARGELLI - F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 436 ss.; nonché E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 424 ss.), rimanendo, di contro, ancora incerti i confini e i reciproci rapporti tra l'atipicità della convenzione e l'atipicità del regolamento (convincentemente, C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 512 il quale invita a non creare sovrapposizioni concettuali tra l'*atipicità* della convenzione e l'*atipicità* del regime patrimoniale, per cosi accertare, in termini rigorosi, «se nella materia in oggetto alla atipicità della *fattispecie* possa o no corrispondere la atipicità del *rapporto* a questa relativo»), ovvero tra la fattispecie ed il regime patrimoniale.

[212] Per una ricostruzione in termini ampi e fecondi, G. ALPA, *I principi generali e il diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 264 ss.; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 504, il quale ribadisce l'esigenza di estendere la ricerca dei limiti all'autonomia negoziale nel diritto di famiglia «ben oltre gli specifici e non di rado sibillini precetti introdotti dalla riforma del '75».

[213] Profilo che emerge, peraltro, evidente dai passaggi motivazionali di Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.

Ma, in senso critico, A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 609 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 271-291, 308, 555; V. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., 435.

[214] Per effetto della legge del 1970 n. 898, introduttiva della disciplina del divorzio

[215] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 184 ss.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 281 ss., 295 ss., 421 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 222.

[216] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.

diritti derivanti dal matrimonio»[217] ai quali «i coniugi non possono derogare» (art. 160). L'impostazione giurisprudenziale per cui l'accordo in vista della crisi coniugale avrebbe «natura meramente ricognitiva e non negoziale … [in quanto deve] escludersi che l'istituto in esame configuri una ipotesi di divorzio "consensuale", analogo alla separazione consensuale, poiché il giudice non è condizionato al consenso dei coniugi, ma deve verificare la sussistenza dei presupposti per la pronuncia di scioglimento del matrimonio»[218] può essere censurata sia per la genericità del suo contenuto, sia per la inconferenza rispetto al dato legislativo[219]. Se, invero, si deve ribadire che qualsiasi manifestazione dell'autonomia negoziale dovrà svolgersi (dal profilo negativo) nei *limiti* (non solo di quelli espressi, oltre che conformarsi, dal profilo positivo, ai princípi) che emergono dalla sistematica assiologica dell'ordinamento giuridico (nella legalità costituzionale) ed essere sottoposta al controllo giudiziale di congruenza e conformità ai valori che questo (storicamente) esprime, dall'altro potrebbe rilevarsi – con la voce di pensiero che pure conferma, sia pure per ragioni diverse da quelle addotte dal giurisprudenza, l'inderogabilità dell'art. 160 c.c. – che se a quell'accordo dovesse attribuirsi un'indole meramente ricognitiva[220], «esso sarebbe evidentemente nullo per impossibilità dell'oggetto»[221] ed in contrasto logico con quanto affermato dalla medesima giurisprudenza che pure ha sempre limitato la nullità dei divisati accordi a quelli «intesi a regolare *preventivamente* i rapporti successivi al divorzio» (in quanto «l'indisponibilità nel tempo successivo allo scioglimento sarebbe incoerente con la facoltà … di rassegnare già nel giudizio [relativo] conclusioni conformi»).

Ed alla successiva obiezione per cui «il divieto stabilito dall'art. 160 c.c. riguarda … solo ed esclusivamente le rinunzie ai diritti od ai doveri nascenti dal matrimonio, e non anche la determinazione secondo autonomia dei rapporti

---

[217] Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.; e poi Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it*., 1992, I, 1, 156 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 12 settembre 1997, n. 90347, in *Fam. e dir*., 1998, 81 ss.; diversa, come noto, l'impostazione di G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699 ss., il quale riferisce l'inderogabilità non alla disponibilità dell'assegno, quanto al potere del coniuge (questo sì indisponibile preventivamente rispetto alla crisi) di provocare un intervento giudiziale sull'*an* e sul *quantum* del medesimo.

[218] Cass., 8 luglio 1998, n. 6664, cit.

[219] Conforme, E. CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, cit., 186 ss.

[220] Sul fenomeno giuridico della ricognizione, inevitabile la pagina di C.A. GRAZIANI, voce *Ricognizione* (atti di), in *Enc. dir*., XL, Milano, 1989, 509 ss.

[221] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699, anche per i successivi virgolettati (700); ma in senso contrario C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 226; E. RUSSO, *Gli atti determinativi degli obblighi legali*, in ID., *Le convenzioni matrimoniali e altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 221.

patrimoniali durante la separazione e il divorzio»[222], sì che ben sarebbe ammissibile (per conseguentemente riconoscersi la validità dei relativi accordi) che i privati stipulino (in adesione ad un principio generale) idonee convenzioni dirette a regolare il contenuto concreto dei diritti e doveri di natura patrimoniale, si è replicato che essa se è ben assestata contro il ragionamento addotto dalla giurisprudenza di legittimità, sopra rammentato, si rileva, per contro, sfocata rispetto all'impostazione che individua nell'art. 160 una norma imperativa[223], posta a presidio dei coniugi, per non illanguidire – e, quindi, tutelare – «il potere di provocare una pronuncia giudiziale sui rapporti patrimoniali che debbono eventualmente persistere pur dopo lo scioglimento del vincolo»[224]; un diritto irrinunciabile, che sebbene attribuito *per sciogliere* il matrimonio, è pur sempre originante «in un momento in cui il matrimonio stesso non è sciolto» (*id est*: derivante dal matrimonio).

Nondimeno, le successive controdeduzioni si sono rivelate decisive e condivisibili.

In primo luogo, sia pure con nomenclatura non sempre coincidente e con esiti tutt'altro che definitivi[225], con indicazione di carattere generale, si è rilevato[226]

[222] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113.

[223] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 700: «[i]l fondamento formale dell'indisponibilità preventiva è dato, effettivamente, dalla norma dell'art. 160 c.c.; ma il fondamento politico sta nell'inopportunità evidente di assecondare l'intento di dar luogo ad assetti economici postmatrimoniali che non tengano conto delle condizioni effettivamente esistenti, sotto ogni profilo, nel momento stesso dello scioglimento».

[224] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699 ss., anche per il successivo virgolettato.

[225] Ad es., la distinzione tra contratto illegale/illegittimo e contratto illecito è ancora controversa

[226] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 93 s., 295 ss., 327 ss., 339 ss., 367 s.; ID., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 573 ss.: «*[l]a norma imperativa è norma cogente; ma non è vero l'inverso*. La norma cogente può non essere imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma primo, c.c. Il concetto di norma imperativa comprende quello di norma cogente aggiungendo un *plus* che differenzia i due concetti» (583, corsivi originali).

È evidente, peraltro – ma è bene precisarlo –, come lo svolgimento dell'impostazione di cui nel testo assuma la piena operatività dell'art. 160 c.c. anche nel rapporto tra i coniugi (ormai ex) successivo allo scioglimento del vincolo matrimoniale, definendo, in questa prospettiva, il più ampio ambito di incidenza della disposizione. Per la serrata dimostrazione, E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 281 ss., 295 ss., la sintesi del cui pensiero – sia qui consentito sommessamente formulare (in ogni caso, rinviando il lettore a quelle pagine) – si esprime nel senso di ritenere riferita la disciplina di cui all'art. 160 c.c., a tutto «il rapporto matrimoniale», «a tutta la sequenza effettuale che deriva direttamente o indirettamente dalla stipulazione del matrimonio» di là dalla stretta inerenza a questo inteso come atto. Sono inderogabili «tutti i doveri che la legge ricollega all'aver stipulato il matrimonio; non solo quelli attinenti allo svolgimento

come l'art. 160 c.c. veicoli una norma (*inderogabile* e) *cogente*, ma non (anche caratterizzata dal quel *plus* che individua la norma) *imperativa* (in ragione del fatto che i concetti di imperatività e inderogabilità non sono sovrapponibili), sì che, nelle limitazioni indicate dalla medesima disposizione, l'autonomia privata coniugale può svolgersi in tutta la sua *programmaticità*, non incorrendo in alcuna sanzione di illiceità della causa per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume. E, in una assimilabile prospettiva[227], che pure sovviene a coadiuvare quanto si sta qui argomentando, si apprende che non tutte le norme inderogabili predicano altresì il requisito indefettibile dell'imperatività, giacché si rinvengono ipotesi in cui al cospetto di quelle non si riconnette il riscontro di questa, provando ad individuare nell'*indisponibilità* il comune

---

fisiologico del rapporto, ma anche quelli rispetto ai quali il matrimonio costituisce un antecedente mediato, nel senso che la "situazione" alla quale la legge ricollega i doveri presuppone che un matrimonio sia stato stipulato» (307 ss.). I diritti e i doveri ai quali si riferisce l'enunciato legislativo si collegano funzionalmente al rapporto e, quindi, «non derivano dal contratto (di matrimonio) bensì dalla situazione» (308). Pertanto, coordinando sistematicamente gli artt. 143 e 160 c.c., si riesce ad acquisire che i diritti e i doveri che essi (sia pure in generale) individuano con riferimento al matrimonio (non quale atto, ma come rapporto), costituiscono «*gli effetti del matrimonio*» (310, corsivo originale) stesso; nel senso che tali *effetti* sebbene predichino la conclusione di un matrimonio (oggi, si direbbe della celebrazione di un vincolo che, in ogni caso, esprima una comunione di vita spirituale e materiale), non per ciò stesso l'assumono a costante presenza per la loro continua valenza e modulazione: «presuppongono la acquisizione [ma non anche la costante permanenza] dello *status* matrimoniale dal quale dipendono tutte le regole che riguardano lo svolgimento e le vicende del rapporto matrimoniale» (310 ss.); sostanzialmente adesivo, T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, cit., 474; per l'operatività dell'art. 160 c.c., anche in funzione delle disciplina della crisi coniugale, R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 134 ss.

[227] A. DI MAJO (G.B. FERRI - M. FRANZONI), *Le nullità*, in BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv., Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002; 83, che riporta l'esempio del comodato oneroso; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 438 ss., spec. 442; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 87 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 127 ss.; ma già le riflessioni di G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Roma, 1970, 139 ss., su cui i rilievi di A. GENTILI, *Le invalidità*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1999, 1332; M. NUZZO, voce *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 6; A. ALBANESE, *Violazioni di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 243 ss.; P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2a edizione ampiamente riveduta e aggiornata, Napoli, 2004, 19 ss.; per il lettore volenteroso, R. FRANCO, *Mutuo: fra autonomia contrattuale e norme imperative. Disvelamento dei dogmi, superamento dei concetti ed apertura al nuovo ordine. Una lettura problematica*, in *Vita not.*, 2010, seconda parte, 490 ss. L'intera questione è trattata con ampia chiarezza da M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in ROPPO (diretto da), *Tratt. del contratto*, IV, in GENTILI (a cura di), *Rimedi*, 1, Milano, 2006, 37 ss.

fondamento delle (o la *ratio* sottesa alle) norme imperative; sì che, a rimanere in questa curvatura interpretativa, l'art. 160 c.c. continuerebbe a veicolare una norma cogente e/o inderogabile, ma non anche imperativa e indisponibile[228], la cui efficacia[229] – per essere portatrice di tutti quei principi costituzionali sottesi al diritto di famiglia – sarà operativa non solo per la fase fisiologica del rapporto familiare[230], ma anche a quella della eventuale e successiva crisi[231]. O, ancora, che, in ogni caso, non tutte le norme imperative predicano sempre la conseguenza della nullità[232], distinguendosi tra quelle di cui all'art. 1418, comma 1, che importano *di regola* la nullità e quelle dell'art. 1418, comma 2, che determinano *invariabilmente* la nullità, con l'effetto che in tale argomentare l'imperatività dell'art. 160 sarebbe una sorta di imperatività di *secondo grado*, non necessariamente collegandosi alla sua violazione la sanzione della nullità. Rivelandosi, per i fini che qui interessano, da altra ed opposta prospettiva[233]

[228] Sul punto, altresì, le riflessioni, con riferimento all'assegno divorzile, in R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, 131 ss.

[229] E. BARGELLI - F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 457: «[a]ll'interprete … è rimesso il compito di individuare l'ambito di applicazione ed il significato di tale [dell'art. 160 c.c.] divieto».

[230] Qui inteso in senso ampio e, dunque, prescindente dal superato, necessario riferimento al (solo vincolo originante dal) matrimonio.

[231] E. BARGELLI - F.D. BUSNELLI, *Convenzione matrimoniale*, cit., 457 ss., per i quali l'art. 160 costituirebbe «specificazione settoriale della clausola generale dell'ordine pubblico»; G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 1338 ss., ove pure si ricollega all'art. 160 c.c. il ruolo di veicolare l'ordine pubblico familiare ed i principi costituzionali di solidarietà, parità ed uguaglianza; anche C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 504 ss., sull'ordine pubblico familiare; di «*ordine pubblico di protezione*» in ragione delle specifiche esigenze di tutela del coniuge debole, discute G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1328 (corsivo originale); T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, cit., 474 ss.

[232] F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 348 ss.; ed il rilievo di A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1333, secondo il quale «non è tanto dal maggiore o minore grado di imperatività che deriva la nullità, quanto dal modo in cui il contratto incide sul valore protetto dalla norma». In senso ancora differente, E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., 586 ss., secondo il quale l'espressione "norme imperative" dell'art. 1343 non va intesa nello stesso significato di quella di cui all'art. 1418, comma 1, giacché se è vero che questa deve essere definita, è vero anche che quella serve come elemento di specificazione degli sfuggenti e mai definitivamente afferrati concetti di ordine pubblico e di buon costume. In tanto si riuscirà a comprendere il senso di questi in quanto interpretati alla luce della norma. In altro giro espressivo, la formulazione dell'art. 1343 andrà letta nel senso che le norme imperative sono norme cogenti di ordine pubblico e di buon costume che saranno elementi di qualificazione della caratteristica della norma.

[233] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113 ss., per il quale «essa non sembra bene invocata»; anche G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli*

(coadiuvata anche da alcune decisioni giurisprudenziali[234]), del tutto inconferente il richiamo all'art. 160 c.c., in quanto inerente, evidentemente, a diritti e doveri del (*melius*: che originano, anche funzionalmente dal) matrimonio e «non anche [al]la determinazione secondo autonomia dei rapporti patrimoniali durante la separazione e il divorzio»[235], sì che essa non può essere dotata, dall'intervento dell'interprete, di una sorta di ultra-efficacia o di una c.d. trans-tipicità[236] in un settore «che del matrimonio rappresenta … l'esatto rovescio»[237], finendo per evocare (nel prefigurarne l'ultrattività) un'indissolubilità matrimoniale[238] che più non esiste nel nostro ordinamento.

---

effetti patrimoniali del divorzio, cit., 699 ss., il quale esclude un'applicazione analogica dell'art. 160 c.c.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 184 ss.; G. CHECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti fra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 398 ss.; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 21 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 277 ss.; G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, cit., 812 s. ed ivi nota 37 di richiami; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, cit., 1026 s.; V. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., 433 s.; G. CECCHERINI, *I rapporti patrimoniali nella crisi della famiglia e nel fallimento*, Milano, 1996, 398; G. OBERTO, *Commento all'art. 160*, cit., 977 ss.; anche C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione*, cit., 2592, ove si legge che, in seguito al diffondersi dell'«autonomia riconosciuta ai coniugi … la regola dell'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c. [è privata] di gran parte della sua forza e del suo respiro»; M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale*, cit., 490; L. BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., 31 ss.. In giurisprudenza: Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit., per il quale il richiamo all'art. 160 c.c. «prova troppo, giacché come è noto a seguito della separazione, nella fase c.d. "patologica" del rapporto coniugale, cessano la maggior parte dei diritti-doveri discendenti dal matrimonio … onde non si ravvisano ragioni per ritenere che, al contrario, il diritto-dovere di contribuzione al matrimonio debba, invece, necessariamente, permanere intatto e nulla, in relazione ad esso, possa essere convenuto tra le parti».

[234] Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit.; Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit. per la quale il richiamo agli artt. 143 e 160 sarebbe «fuor di luogo».

[235] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113.

[236] È la formula coniata in dottrina per individuare quelle specifiche disposizioni che (non solo codicistiche) pur tracciate all'interno di un determinato tipo contrattuale assumono, per la loro carica precettiva, una valenza che lo trascende e la rende applicabile anche ad altre vicende che tratti di quel tipo recepiscono e/o contemplano: per un primo riferimento, U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 487 e ss.

[237] G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, cit., 812; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 50 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, in G. AUTORINO STANZIONE - A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002, 211 ss.

[238] Sostituita, come s'è acutamente e premonitoriamente rilevato – in ragione della massima

Del pari censurabile si rivelerebbe quel passaggio che fondasse la nullità[239] degli accordi (patrimoniali) coniugali sulla loro (assunta) natura «meramente ricognitiva e determinativa dell'obbligo legale»[240] distinguendo tra atti *conservativi* e *dispositivi*[241]: sarebbe sufficiente richiamare, per un verso, lo stimolante dibattito[242] sulla configurabilità di una figura autonoma di negozio giuridico c.d. familiare e, per l'altro, l'annoso, antico ed inesaurito (e forse inesauribile) dibattito sulla negozialità del contratto di accertamento[243] (inteso quale concetto autonomo dalla transazione) per giungere ai temi più recenti del negozio modificativo, regolamentare, normativo, procedimentale e di configurazione[244], con i connessi oneri convenzionali ed obblighi (in luogo

espressione della tutela effettiva dei figli –, dall'indissolubilità della famiglia: A. GORASSINI, *Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia*, in AA.VV., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, Milano, 2007, 255 ss.

[239] Per impossibilità dell'oggetto.

[240] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699.

[241] Sul tema il noto contributo di V. PANUCCIO, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Milano, 1965, 44 ss., e la densissima ed insuperata pagina di A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 1 ss., spec., 53 ss.

[242] Per tutti, ovviamente, F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 3 ss. e le osservazioni, *more solito*, misurate e puntuali, di C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 520 che revoca in dubbio – sia pure ridimensionando cautelativamente le osservazioni ad «una prima valutazione» – se non la configurabilità teorico-sistematica, almeno l'utilità della evocata figura, non già per una generale ritrosia verso lo stesso concetto dogmatico di negozio giuridico che, di contro, viene confermato e rivalutato, bensì per «l'[in]capacità di divenire catalizzatrice di un nucleo di disciplina omogenea, tale da fornire un apprezzabile sussidio ermeneutico-applicativo agli operatori pratici … in grado, proprio in quanto "unitaria", di racchiudere in sé, senza farle violenza, la tipologia negoziale emergente» dalla disciplina generale del diritto di famiglia; evidenziando, tra l'altro, anche la «dissomiglianza» che si accerta tra le manifestazioni negoziali della «fase fisiologica del rapporto familiare» e «gli atti di autoregolamentazione ai quali è affidata la sistemazione degli interessi nello stadio patologico del medesimo»; decisamente più convinto della possibilità dell'elaborazione di una teoria generale del negozio giuridico familiare in E. RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà relative ai procedimenti «matrimoniali» di separazione, di divorzio, di nullità*, in *Dir. fam. e pers.*, 1989, 1089 ss.; ID., *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 22 ss.; e G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 51 ss. evidenziando una più duttile idoneità rappresentativa alla 'causa' familiare.

[243] Riconduce al negozio di accertamento l'accordo tra i coniugi diretto a determinare il contenuto degli obblighi di fonte legale: C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 225 s.; in senso critico, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 323 ed ivi nota 74.

[244] La cui figura, con l'intervenuta disciplina del pegno rotativo in virtù del decreto legge 3 maggio 2016, n. 59, convertito nella legge 30 giugno 2016, n. 119, sembrerebbe accolta dallo stesso legislatore.

di diritti ed obbligazioni[245]), del negozio sull'effetto giuridico[246], fino a quello specifico, in tema di convenzioni matrimoniali, dei negozi *determinativi*[247] (del contenuto[248], in ragione degli interessi concreti) degli (inderogabili) obblighi legali[249] (aventi contenuto economico-patrimoniale) o del negozio con 'causa' familiare[250] o della piena ammissibilità del contratto[251] senza ulteriore predicazioni, per mettere in *non cale* – e, dunque, respingere – quel diffuso insegnamento che vorrebbe restringere oltremodo l'ambito di esplicazione dell'autonomia privata ovvero rinnegare la manifestazione della negozialità là dove non s'individuasse la costituzione o l'estinzione di (una situazione giuridica, ovvero, in una prospettiva relazionale, di) un rapporto giuridico, per doverla invece riaffermare nella minima unità (necessaria e sufficiente) della efficacia *dispositiva, regolamentare, configuratoria, strumentale* rispetto alla costituzione, trasferimento e/o estinzione di una situazione giuridica (c.d.

[245] È la questione posta a base del mio lavoro monografico, R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Padova, 2012, *passim*, spec., 240 ss., 274 ss., 409 ss.; poi sviluppata in ID., *Lo studio del procedimento giuridico in Salvatore Romano. Ovvero: l'autonomia privata nella dimensione dinamica dello svolgimento, tra ordinamenti e unitarietà sistematica*, in *Salvatore Romano*, in G. FURGIUELE (a cura di), *I Maestri italiani del diritto civile*, Napoli, 2015, 155 ss. e in ID., *Il legislatore della novella e la procedimentalizzazione dell'autonomia privata*, in FRANCO (a cura di), Rent to buy *tra fattispecie e procedimento. Studio sull'autonomia negoziale*, Napoli, 2017, 21 ss. Invero, sia nella dettare la disciplina del c.d. *rent to buy*, sia nella regolamentazione della negoziazione assistita (di cui in seguito) pare evidente che il legislatore abbia acquisito la prospettiva procedimentalizzata nello svolgimento dell'autonomia privata.

[246] G. DORIA, *I negozi sull'effetto giuridico*, Milano, 2000, *passim*.

[247] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 424 ss.; ID., *Gli atti determinativi del contenuto di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 221 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 81 ss., 157 ss., ove la notazione che in «questi atti la funzione determinativa … è causa specifica dell'atto» (162, corsivo originale); E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1326 ss.

[248] Dunque, come bene precisa E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1326 «la fonte primaria della determinazione dell'obbligo legale è costituita sempre dall'accordo dei soggetti del rapporto».

[249] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 439 ss. ed ivi nota 15 di richiami; ID., *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1326; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 157 ss. ed ivi ampie note.

[250] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare,* cit., 170 ss., 203 ss., 290 ss., 297 ss.

[251] P. RESCIGNO, voce *Contratto in generale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 10; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 213 ss.; ID., *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione persone dei coniugi*, cit., 1320 ss.

sostanziale e/o finale), individuando nei tratti della programmaticità e, dunque, nel posizionamento, nel mondo del (*rilevante* per il) diritto, di un atto normativo, l'essenza stessa della negozialità[252].

Condivisibili, altresì, là dove, più specificamente, anche con richiami all'art. 4, comma 16, della legge n. 898 del 1970 (così come modificata nel 1987), si sottolinea: *i*) l'estrema genericità del contenuto normativo della disposizione, «e dunque, l'esigenza di determinazione delle diverse situazioni giuridiche soggettive cui può riferirsi l'inderogabilità» con essa veicolata, «in combinato disposto con altre norme e principi dell'ordinamento giuridico»[253]; si aggiunge: *ii*) che «sarebbe errato intendere l'indisponibilità in termini assoluti» se è vero che «trasferimento e rinunzia … non esauriscono l'ambito del potere dispositivo, nel quale rientrano tutte le modalità di esercizio della situazione soggettiva che provocano un mutamento nei rapporti giuridici preesistenti, e specificamente una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico»[254] e che con gli accordi tra i coniugi «non viene derogato ai diritti e ai doveri stabiliti dalla legge, ma vengono invece determinate le entità e modalità concrete per la realizzazione dei suddetti diritti e l'adempimento dei relativi doveri»[255]; si precisa: *iii*) che «altro … è *derogare* ai diritti e ai doveri che nascono dal vincolo matrimoniale, altro è *regolare* gli stessi dandone una concretizzazione adeguata alle peculiarità che caratterizzano il singolo rapporto»[256] e che «dall'indisponibilità di un diritto inderogabile non può farsi discendere la negazione del potere di disposizione in ordine alle modalità di esercizio dello stesso, naturalmente nel rispetto dei limiti imposti dalla stessa *ratio* dell'inderogabilità»[257]; si richiama[258] *iv*), come accennato, l'art. 4, comma 16 l. div. (c.d. richiesta di divorzio su domanda congiunta) quale paradigma

[252] È qui, evidentemente, impossibile aggiungere altro. E, tuttavia, al fine di sottrarsi all'eventuale obiezione che volesse rilevare l'apoditticità di quanto sostenuto nel testo, si può rinviare ancora a R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., 300 ss., 389 ss., 454 ss.

[253] P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 21, in scia ad F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 308

[254] P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 24.

[255] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113.

[256] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 223.

[257] E. CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, cit., 195 s.; aderisce F. RUSCELLO, *Relazione conclusiva*, cit., 217 ss.

[258] E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, cit., 71 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 427 ss.; E. RUSSO, *Negozio giuridico e dichiarazioni di volontà*, cit., 1105; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113.

positivamente accolto e disciplinato per la regolamentazione degli accordi aventi natura patrimoniale per la fase dello scioglimento del matrimonio[259]; si sottolinea: *v*) che – pur nell'assunzione dell'indisponibilità della regolazione in previsione della crisi – si deve prendere atto che l'assegno divorzile è pur sempre rimesso alla richiesta *discrezionale e libera* del coniuge[260] (e dunque al principio della domanda[261]), né potrà essere supplita da un comportamento concludente o da un intervento del P.M., pure presente nella vicenda, sì che –

---

[259] E. CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi coniugale*, cit., 186.

[260] Verifica il rilievo lo stesso *leading case* della Cassazione (Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit.; seguito, più recentemente, da Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit., che insiste sul punto) là dove – pur intrattenendosi sulla questione dell'ammissibilità della rinunzia ad un diritto futuro poi liquidata in quanto «non sembra necessario prendere posizione su tale tema» – si prende coerentemente atto che «[o]vviamente, l'indisponibilità qui affermata, dell'assegno di divorzio va, tuttavia, intesa solo nel senso che non possa costituire valido contratto una sua rinunzia o una transazione preventiva e irreversibile e non anche nel senso che non sia ammissibile una astensione dal concreto esercizio del diritto *de quo*. La corresponsione dell'assegno periodico deve, pertanto, essere ritualmente chiesta in giudizio dall'interessato, non potendo il giudice pronunziarsi di ufficio». Di là dalle riserve (pur consapevoli di alcune voci discordanti) in merito all'affermazione per cui la rinunzia sarebbe oggetto di un contratto, potrebbe rilevarsi, ad una prima impressione, una certa incongruenza tra l'inammissibilità della rinunzia espressa all'assegno divorzile e la piena validità di un atteggiamento (*melius*: comportamento) silente ed inerte riguardo alla sua richiesta; incongruenza che sarebbe idonea ad incrinare non poco tutto l'impianto argomentativo sotteso alla posizione della Corte di legittimità.

È bene, nondimeno, immediatamente evidenziare (come in seguito meglio si preciserà), che una replica che così si formulasse, agli asserti della giurisprudenza, si esporrebbe al più classico dei rilievi: quello del provare troppo. Invero, l'intero diritto privato è pervaso dal principio della domanda (o, in altre indagini, della disponibilità della norma civile), nel senso che ogni ragione di tutela è rimessa, in ogni caso, all'(onere dell')azione del soggetto che la pretende, giammai all'esercizio pubblico da parte di autorità ad esso eventualmente preposte. Anche un contratto nullo, ad es., sarà (ancorché afflitto dalla sanzione giuridica, sempre efficace tra le parti ed) eseguito se la nullità non venisse mai rilevata (e le parti provvedessero all'adempimento delle obbligazioni ed al compimento delle attribuzioni in esso previste), sia pure acquisendo, nella più recente evoluzione giurisprudenziale, l'ammissibilità di un rilievo d'ufficio della nullità, in ogni stato e grado e senza più (sottilmente) distinguere (sia pure senza convincere) in ragione del preteso fondamento delle specificità giuridiche sottese alla domanda di volta in volta proposta in giudizio.

[261] L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 100; L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in ALPA - BESSONE (diretto da), *I contratti in generale*, II, 2, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1991, 1159 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 424 ss.; C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 28, 43 ss., i quali aggiungono che quella qualificazione potestativa obbedisce, altresì, al principio di necessario rispetto «anche [del]la volontà di chi per qualunque motivo – orgoglio, rabbia o risentimenti verso l'altro, volontà di indipendenza – non accetti di essere sostenuto dall'ex coniuge» (44).

qualunque sia l'approdo in margine all'ammissibilità di una rinunzia preventiva ad esso[262] – l'atteggiamento silente del coniuge in ogni caso condurrà alla mancata attribuzione (al medesimo) dell'assegno stesso.

9. La clausola *rebus sic stantibus* e la rinunzia preventiva all'assegno di divorzio

Quanto alla clausola o, per meglio dire, alla presupposizione[263] (insita), o (nella specifica materia) al principio[264] di ordine pubblico[265] (familiare, dunque inderogabile[266]) individuato nel '*rebus sic stantibus*', sotteso (là dove non espressamente previsto) a tutti i negozi e alle convenzioni[267] (ma anche

[262] Ma sul punto, con maggiore specificità, in seguito.

[263] Come autorevolmente rileva in termini problematici G.B. FERRI, *Dalla clausola* «rebus sic stantibus» *alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss., spec. 64, sebbene la 'presupposizione' abbia guadagnato, nelle trattazioni più attente, un autonoma fisionomia scientifica (per tutti, A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, IV, in BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, Torino, 2003, *passim*): ad es., ed in estrema sintesi: la presupposizione si riferisce anche ad eventi passati o presenti e non solo a quelli futuri; opera con riferimento all'efficacia di un contratto e non solo con riferimento quelli c.d. di durata (sempreché si condividano i tratti identificativi della relativa categoria); essa esprime il più ampio riferimento all'interpretazione complessiva del contratto e non si riferisce soltanto ad eventi oggettivi ed esterni ad esso. In altre indagini, individuata come 'presupposto di efficacia': G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 163 ss.

[264] In termini problematici, A. GENOVESE, *Clausola* rebus sic stantibus, cit., 1357 ss., con l'esito della ricerca che, in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi, ne ridimensiona, se non annulla del tutto, ogni funzionalità

[265] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 118, il quale precisa che il divisato principio (e le norme che lo esprimono) sono funzionali a garantire «"la soddisfazione di quelle esigenze primarie di vita perseguite dalle attribuzioni in favore del coniuge debole"»; U. BRECCIA (G. ALPA - A. LISERRE), *Causa*, in BESSONE (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, 180; V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003, 84 ss.; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 52.

[266] Sì che una convenzione privata che l'assumesse ad oggetto di una rinunzia o di un aggravio (valutato come) eccessivo (in termini di effettiva incidenza sul diritto alla revisione dell'assegno) sarebbe destinato alla nullità (L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, Bologna, 1993, 62 ss., spec., 69; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 118)

[267] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 107, 117 ss.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 697 ss.: «la sussistenza dello specifico limite che la regola inderogabile di rivedibilità impone all'efficacia di un regolamento contrattuale preventivo di rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio è

al *giudicato* degli stessi provvedimenti giudiziali[268]) relative al diritto di famiglia[269] e positivamente disciplinato con riferimento alla separazione (art. 155 e 156, ultimi commi, c.c.) ed al divorzio (art. 9, legge div. e 710 c.p.c.; sì che anche un'eventuale rinunzia si avrebbe come improduttiva di effetti),

---

unanimemente riconosciuto dagli studiosi della materia»; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in BELVEDERE - GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, 47 ss.; E. RUSSO, *Gli atti determinativi degli obblighi legali*, cit., 221 ss.; ID., *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 441; L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati ed dei divorziati*, cit., 69, 124; ID., *Un incerto* revirement *della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra i coniugi da valere anche dopo il divorzio*, cit., 2229 ss., il quale sostiene che della «clausola *rebus sic stantibus* … nessuno pone in dubbio l'operatività»; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 162 ss., 252 ss.; E. QUADRI, voce Divorzio nel diritto civile e internazionale, in *Dig. civ.*, VI, Torino, 1997, 541; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1333; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione familiare dei conflitti coniugali)*, cit., 52 ss.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 144 ss.; G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in SCHLESINGER (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, 1997, 531 ss.; G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 1338; E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 65 ss.; ID., *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 323 ss.; F. PADOVINI, *Sulla modificabilità e sul contenuto dell'assegno postmatrimoniale*, in *Fam. e dir.*, 1995, 239 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, cit., 478 ss.; T. GALLETTO, *Clausola* rebus sic stantibus, cit., 397, discute di clausola «pacificamente accolta», per i negozi d'indole familiare; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 226 ss.; M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 49 ss., 52 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione*, cit., 2605 ss.; ID., *Il nuovo divorzio*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 246; M. GILBERTI, *Gli accordi della crisi coniugale*, cit., 490.

[268] Giudicato che, pertanto, ne risulterà inevitabilmente conformato; di «incontrovertibilità relativa» discute S. SATTA - N. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13a ed., Padova, 2000, 208; E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1325; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 157 ss., 262 ss.; ora C. RIMINI, *Commento all'art. 9 legge div.*, in GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, BALESTRA (a cura di), *Della famiglia, Leggi Collegate*, Torino, 2010, 771 ss.

[269] L'orientamento giurisprudenziale è sufficientemente compatto nell'escludere ogni deroga (diretta o indiretta, esplicita o implicita, ed in ogni caso) strumentale alla esclusione convenzionale (unilaterale o pattizia) dell'operatività del principio di ordine pubblico del '*rebus sic stantibus*': per tutte, almeno, Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1239 ss., con nota di L. CAVALLO; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.; Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.; Cass., 6 aprile 1977, n. 1305; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 19 ottobre 1997, n. 4470; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1456 ss.; Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, 417 ss.; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 156 ss.; Cass., 2 luglio 1990, n. 6773; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645, in *Fam. e dir.*, 195, 239 ss., con commento di F. PADOVINI, *Sulla modificabilità e sul contenuto dell'assegno postmatrimoniale*.

esso rinviene ulteriore fondamento sia nelle regole generali di cui agli artt. 1339 e 1419 c.c.., sia in una rinnovata lettura costituzionale della compatibilità della disciplina del contratto, dovendosi necessariamente procedere ad una funzionalizzazione teleologica[270] della regola (portante un'opposta *ratio*) di cui all'art. 1372 c.c., del principio dell'affidamento[271] e del recesso e/o *ius poenitendi*; oltre che appiglio (sia pure indiretto) nell'inversione di rotta operata dalla giurisprudenza di legittimità[272] che ora (dopo oltre trent'anni) riparametra – confermandone la natura assistenziale – la determinazione dell'assegno divorzile non più (all'ampio e generale contesto economico suggerito d) al 'tenore di vita', ma al criterio (decisamente più ridimensionante) dell'*autosufficienza* e/o *indipendenza* economica e/o *bisogno* del coniuge beneficiario. Dunque, riferendolo ai presupposti ed ai parametri richiesti ed idonei a far scattare l'ammissione al gratuito patrocinio[273], trascorrendosi (per

[270] P. PERLINGIERI - M.A. URCIUOLI, *Autonomia negoziale a contenuto non patrimoniale*, cit., 493 ss.; C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 531 ss.; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e «crisi» della famiglia*, Napoli, 2001, 95 ss.; ID., *Divorzio «consensuale» e revoca del consenso*, cit., 870 ss.; E. CAPOBIANCO, *Crisi familiari e autonomia privata*, cit., 825 ss.

[271] Diversamente si richiama al principio dell'affidamento pervasivo dell'intero ordinamento – e che sarebbe sorprendentemente assente nell'ambito degli accordi tra coniugi (sì che «una delle parti con la "riserva mentale" [potrebbe] porre tutto nuovamente in discussione al momento del divorzio») – per fondare la validità degli accordi in vista della crisi coniugale, Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit.

[272] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 (Pres. Di Palma; cons. rel. Lamorgese), in *Giur. it*., 2017, 1299 ss., con commento di A. DI MAJO, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*; in *Giur. it*., 2017, 1795 ss., con commento di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*; in *Fam. e dir.*, 2017, 636 ss., con commento di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1001 ss. con commento di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*; nonché le penetranti indagini di A. SPADAFORA, *Il "nuovo" assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva*, in *www.giustiziacivile.com* e V. BARBA, *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *www.giustiziacivile.com*; ma con le analisi critiche, di C.M. BIANCA, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?*, in *www.giustiziacivile.com*, Editoriale del 9 giugno 2017 e di E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur*., 2017, 885 ss., che conferma la logica "perequativa e redistributiva del reddito" alla base del precedente orientamento, già avanzata in ID., *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam e pers*., 2005, 1034 ss.

[273] Sì come individuativo del parametro di riferimento individuato dalla pronuncia di Tribunale di Milano, 22 maggio 2017.

l'assegno divorzile[274]) probabilmente (almeno in via tendenziale, e recuperando autorevoli dimostrazioni[275]) dal *mantenimento* agli *alimenti*[276]. Inevitabile – sia consentito chiosare al riguardo – l'immediato insorgere di un ampio (ma non nuovo[277]) dibattito, non solo tra giuristi[278], che la decisione ha provocato, tra conferme giurisprudenziali[279] e prime reazioni[280], una repentina[281] proposta di legge[282] di modifica dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970 (nella quale si

[274] E non per quello dovuto in seguito alla separazione personale, come precisa Cass., 16 maggio 2017, n. 12196.

[275] A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ*., 1987, 125 ss.

[276] Ovvero, nel precisare l'affermazione del testo, in un *tendenziale* avvicinamento – in termini quantitativi – (dal primo) al secondo dei due criteri di riferimento, senza che sia necessario (né opportuno) giungere alla rigida e definitiva soluzione della corresponsione esclusivamente del *quantum* richiesto per l'adempimento della prestazione alimentare. Per la natura alimentare dell'assegno di divorzio, pur sottolineando che «la nozione degli alimenti è tutt'altro che rigida», si esprime E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1321 ed ivi la lunga nota 3.

[277] Cfr., ad esempio, Trib. Firenze, ord. 22 maggio 2013, in *Fam. e dir*., 2014, 867 ss., con commento di E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione* (690 ss.) e di A. MORONE, *Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del "medesimo tenore di vita"*, ivi, 704 ss., il quale ha rimesso alla Corte costituzionale la questione della legittimità del criterio (elaborato dal 'diritto vivente') del 'tenore di vita' rispetto al parametro costituzionale della ragionevolezza, poi dichiarata non fondata dalla Consulta, Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in *Dir. giust*., 2015

[278] Come sopra rilevato nel riportare i riferimenti a Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit.

[279] Cass., 11 maggio 2017, n. 11538 e Cass., 22 giugno 2017, n. 15481 (quest'ultima con medesimo Presidente ma diverso relatore), entrambe consultabili su *www.ilcaso.it* (la seconda ora anche in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1473 ss., con commento di A. VESTO, *Revisione dell'assegno post-matrimoniale: dal dogma del "tenore di vita" all'"autosufficienza e autoresponsabilità economica")*; la seconda sentenza si pronuncia non già su una prima richiesta di corresponsione dell'assegno divorzile, ma su una richiesta di modifica (*id est*: revisione) del medesimo, ai sensi dell'art. 9 l. div., formulata dall'ex coniuge a cui carico era stato posto l'obbligo di corresponsione dell'assegno; nonché, Cass., 29 agosto 2017, n. 20525; Cass., 28 novembre 2017, n. 28326; Cass., 21 dicembre 2017, n. 30738

[280] App. Milano, 16 novembre 2017, n. 4793, nel caso Lario-Berlusconi; Trib. Udine, 1° giugno 2017; Trib. Milano, ord. 22 maggio e sentenza 5 giugno 2017; Trib. Palermo, 26 giugno 2017; Trib. Roma, 1° agosto 2017; Trib. Roma, 23 giugno 2017; oltre ad alcune ulteriori decisioni dei Tribunali di Roma ed Arezzo.

[281] L'aggettivo di tempo vuole evocare, appunto, la rapidità d'intervento dell'assise parlamentare, senza alcun implicito giudizio sul merito della formulata proposta di legge.

[282] Proposta di legge n. 4605, d'iniziativa dei deputati Ferranti ed altri, anche per la allegata nota di presentazione. Cfr., E. QUADRI, *Assegno di divorzio: ora si muove il legislatore*, in *www.giustiziacivile.com*.

indicano una serie specifica ed equilibrata[283] di criteri di riferimento per la determinazione dell'assegno), audizioni parlamentari[284] e rimessione (pur già, non senza contestazioni[285], negata[286]) alle sezioni unite[287] dell'intera questione dell'individuazione dei presupposti e dei parametri alla cui stregua vagliare l'*an* ed il *quantum* dell'assegno divorzile, evocante, nella sua eco teorica, l'idea che il matrimonio è (non solo) atto, ma è anche rapporto; che il vincolo che origina dall'atto si può sciogliere, ma che il rapporto, nella sua effettività e realtà, dovrà permanere nell'orizzonte assiologico.

Nondimeno, risulta ancora oggetto di dibattito la questione relativa alla sua[288] (possibile) derogabilità convenzionale[289], che finisce per ricondursi alla (o,

[283] Tra i criteri si indicano, condivisibilmente, «il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare … l'impegno di cura personale di figlio comuni minori o disabili, assunto dall'uno o dall'altro coniuge … la mancanza di un'adeguata formazione professionale quale conseguenza dell'adempimento di doveri coniugali»; la proposta, poi, introduce, per la prima volta due importanti novità: per un verso, si statuisce che l'assegno divorzile può avere anche una durata determinata e, per l'altro, che per la sua debenza e la sua quantificazione si deve aver come riferimento la condizione patrimoniale e reddituale dei coniugi *al momento* dello scioglimento del matrimonio (evento di per sé traumatico, sia esistenzialmente, sia patrimonialmente) e non a quella precedente *manente matrimonio*.

[284] Ad es., quella del 18 ottobre 2017 in cui, tra gli altri, sono stati ascoltati i proff. C.M. Bianca e M. Bianca.

[285] R. RUSSO, *La seconda sentenza sull'assegno di divorzio, Hybris versus Diche*, in *www.judicium.it*, il quale censura la mancata remissione sul fondamento di argomentazioni processualistiche.

[286] Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, cit., si intrattiene sulla richiesta del Procuratore generale di rimettere la questione alle sezioni unite e, valutandola, sostiene di non ritenere verificate le ragioni per le quali quell'istanza avrebbe dovuto considerarsi fondata.

[287] Se ne ha notizia da *Il Sole-24 Ore* del 13 dicembre 2017, 28.

[288] Vale a dire del principio del *rebus sic stantibus*.

In giurisprudenza, per limitarsi alle più recenti e significative sentenze di legittimità, Cass., 3 febbraio 2017, n. 2953: «[s]econdo il consolidato orientamento di questa Corte: ai sensi della l. n. 898 del 1970, art. 9, (così come modificato dalla l. n. 436 del 1978, art. 2, e dalla l. n. 74 del 1987, art. 13), le sentenze di divorzio passano in cosa giudicata *rebus sic stantibus*, rimanendo cioè suscettibili di modifica quanto ai rapporti economici o all'affidamento dei figli, in relazione alla sopravvenienza di fatti nuovi, mentre la rilevanza dei fatti pregressi e delle ragioni giuridiche non addotte nel giudizio che vi ha dato luogo rimane esclusa in base alla regola generale secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile»; Cass., 30 luglio 2015, n. 16173; Cass., 18 luglio 2013, n. 17618; Cass., 8 maggio 2013, n. 10720; Cass., 29 dicembre 2011, n. 30033; Cass., 22 maggio 2009, n. 11913; Cass., 3 agosto 2007, n. 17041; Cass., 25 agosto 2005, n. 17320; Cass., 7 giugno 2005, n. 11793.

[289] F. ANGELONI, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., 1142: «la dimostrata disponibilità dei rapporti tra coniugi conseguenti il divorzio consente ai coniugi stessi di escludere che l'efficacia del loro accordo preventivo sia subordinato alla clausola *rebus sic*

almeno, ad essere decisamente contaminata dalla posizione che si ritiene di assumere in riferimento alla più delicata e complessa) ammissibilità per l'autonomia negoziale di impedire tra i coniugi l'operatività dei pervasivi principi di solidarietà (post-) familiare[290] e di tutela dei diritti fondamentali della persona che a quel principio sono evidentemente sottesi (e che l'art. 9 l. div. *positivamente* veicola); nella pacifica assunzione[291] che la clausola in parola opererà, nella sua efficacia regolatoria, con riferimento (esclusivamente) ai limiti inderogabili di legge ed al canone generale dell'ordine pubblico familiare, dovendosi, all'opposto, ritenere pienamente ammissibile la regolazione affidata all'autonomia privata (quindi, anche convenendo l'immodificabilità dell'accordo) in merito a tutti quei profili di modulazione degli accordi funzionali all'acquisizione di un contenuto sostanzialmente maggiormente vantaggioso (rispetto a quei criteri) per il coniuge debole[292].

In prima istanza, si deve ribadire la vigenza del principio processualistico (ma anche sostanziale) di disponibilità della domanda volta a richiedere (non solo il divorzio, ma altresì) l'assegno divorzile, e che, dunque, il giudice incorrerebbe nel vizio dell'ultrapetizione[293] qualora ne disponesse (attribuendolo, ovvero modificandolo nelle sue componenti economiche) parimenti a vantaggio della parte che (eventualmente beneficiaria) non l'avesse espressamente richiesto.

Da ciò, tuttavia, non potrà automaticamente dedursi il corollario che parificasse la rinunzia preventiva al (diritto alla percezione del)l'assegno divorzile alla mancata sua domanda in sede (stra e) giudiziale, sovrapponendo l'*atto negoziale* al *comportamento* (neutrale e silente) tenuto del soggetto, l'attività negoziale all'inerzia processuale. Al riguardo si deve qui convenire con l'impostazione che, convincentemente richiamando la diversità concettuale tra 'rinunzia'[294]

---

stantibus»; G. OBERTO, *Commento all'art. 160*, cit., 990 ritiene che le parti possano derogare all'operatività della clausola *rebus sic stantibus*.

[290] F.D. BUSNELLI - A. GIUSTI, *Le sort des biens et la pension alimentaire dans le divorce sans faute*, in *Rapports nationaux italiens au XIV Congrès International de Droit Comparé* (Athènes, 31 juillet-6 août 1994), Milano, 1994, 73 ss.

[291] Sia pure talvolta non espressamente manifestata dagli interpreti e dalla stessa giurisprudenza.

[292] R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 165, 167 ss.

[293] Così anche, sia pure da altra prospettiva, A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, cit., 1554.

[294] Senza che qui convenga, per gli esiti della ricerca, indagare se la rinunzia produca come effetto la sola (necessaria) perdita del diritto o anche (l'ulteriore) estinzione del diritto (*melius*: del rapporto). Invero, se questa comporta necessariamente anche il verificarsi di quella, non è vero che la perdita importi necessariamente (anche) l'estinzione del rapporto (perché questa si verifica solo *normalmente*); ovvero se e come la rinunzia incida, in termini effettuali, sul rapporto giuridico. Per tutti, P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinunzia al credito*,

(quale manifestazione del potere negoziale) e 'mancato' e/o 'non esercizio'[295] del diritto[296] (anche in sede giudiziale, così risistemando incerte soluzioni[297] propense a distinguere tra disponibilità processuale e indisponibilità sostanziale), afferma[298] – anche in ragione della ribadita natura assistenziale dell'assegno

Napoli, 1968, 81 ss.; e, più di recente, F. MACIOCE, voce *Rinuncia* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 923 ss.

[295] Invero, la prima dismette (almeno in termini di *perdita* della titolarità) il diritto dal patrimonio del soggetto; il 'mancato' e/o il 'non' esercizio del diritto (che si produce anche in assenza di dichiarazioni negoziali, là dove la rinunzia, anche se tacita, è sempre un negozio giuridico) assumono, all'opposto, che quel diritto è nel patrimonio (e nella titolarità) del soggetto, seppure egli scelga di non esercitarlo. D'altra parte lo stesso «*esercizio* [del diritto] *è in ogni caso una situazione fattuale*», che pure inevitabilmente produce evidenti effetti giuridici: R. SACCO, voce *Esercizio del diritto*, in *Dig. civ.*, Aggiornamento, VII, Torino, 2012, 497 ss.; nonché le acute riflessioni di E. FROSINI, voce *Esercizio del diritto*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino, 1960, 825 ss. e di S. PUGLIATTI, voce *Esercizio del diritto* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 622 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 334 s.; nella specificità dell'analisi qui condotta, un ragionamento assimilabile, è in A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, cit., 1556: «benché in base al principio della domanda processuale, non chiedere l'assegno equivale a una rinuncia, e che pertanto questa debba essere riconosciuta come efficace, non varrebbe l'impegno a rinunziare, appunto perché in materia deve essere salvaguardata la piena libertà di decisione».

[296] Mancato esercizio di un diritto che potrebbe, in linea astratta, divenire anche oggetto di un patto tra le parti, configurando quello che è noto come *pactum de non petendo* (G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, *passim*; ed ora, in termini densi e complessi, M. ORLANDI, *Clausole riduttive*, in *Clausole negoziali*, cit., 1393 ss.)

[297] E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 345 ss., spec., 349; ma, in replica, la critica vigorosa di G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 700.

[298] G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 531 s., il quale rileva che «la funzione assistenziale che l'assegno di divorzio realizza, e trova assicurazione nell'art. 9 l. div., la cui applicabilità non può essere paralizzata con un negozio di diritto privato, porta a qualificare come (relativamente) irrinunciabile il diritto. Ammissibile, invece, è la rinunzia all'oggetto del diritto all'assegno, una volta che sia entrato nel patrimonio del beneficiario. Le prestazioni maturate dopo la pronunzia di divorzio, altro non sono che oggetto di diritti di credito entrati nel patrimonio, riguardo ai quali, peraltro, corre la prescrizione»; F. SCARDULLA, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, 546 s.: «niente vieta … che il divorziando possa astenersi dal chiedere la corresponsione dell'assegno, pur ritenendo di avervi diritto … ma la mancata proposizione di una specifica domanda non può intendersi come rinuncia definitiva all'assegno e quindi preclusiva di una successiva domanda diretta alla revisione della misura dell'assegno … che non trova applicazione solamente quando è stata concordata e ritenuta [dal giudice] equa una corresponsione in unica soluzione»; L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, cit., 108; C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 43 ss.; in giurisprudenza: Cass., 11 giugno 1918, n. 3777, cit.; Cass., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it.*, 1986, I, 747 ss.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.

divorzile, che oggi, sebbene confermata, appare più ridimensionata nei parametri di riferimento strumentali alla sua determinazione quantitativa[299], rapportandosi alle più essenziali esigenze di vita, e così trascorrendo dal 'tenore di vita' al criterio dell' 'indipendenza economica' – per un verso, l'inammissibilità di una rinunzia[300] (preventiva, formale e definitiva) all'assegno di divorzio[301] ovvero al potere di richiedere (salva l'ipotesi dell'assegno *una tantum*) un suo successivo adeguamento (o anche la sua successiva prima richiesta[302]), nel caso in cui si

---

A favore della derogabilità da parte dell'autonomia negoziale dei coniugi della clausola di rivedibilità dell'assegno divorzile e/o di rinunzia al medesimo, invece, F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 416 ss., 432 ss.; G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 33 ss., 435 ss.; ID., *Commento all'art. 160*, cit., 990; tendenzialmente anche E. QUADRI, *Divorzio nel diritto civile e internazionale*, cit., 541; peculiare la posizione di G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 524, il quale si lamenta del mancato potenziamento, da parte del legislatore, dell'autonomia privata dei coniugi perché, come emerge da significativi riscontri normativi, la «disciplina [de]gli aspetti patrimoniali del divorzio si appalesa ancóra insuscettibile di vedersi plasmata mercé atti negoziali a null'altro rispondenti, che alla volontà dei soggetti», e reputa non condivisibile (sia pure inequivoco) il dato normativo «che porta a mortificare entro confini determinati l'espressione dell'autonomia dei soggetti in materia di divorzio»; V. CARBONE, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, in *Fam. e dir.*, 1994, 139 ss., spec., 148 ss.: «l'ordinamento, con l'intervenuta riforma [quella del 1987], rimette alla volontà esclusiva delle parti il potere di adottare il sistema solutorio che ritengono più idoneo alle loro esigenze – senza alcuna possibilità di intervento del giudice *ex officio* o su istanza di una sola della parti – essendo rimessa all'accordo degli interessati la possibilità di derogare alla periodicità dell'assegno che evita, con il superamento in via legislativa della contraria giurisprudenza, ogni futuro rischio di carattere economico connesso ad una precedente esperienza matrimoniale, ormai risolta, che possa turbare la nuova serenità»; ID., *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, cit., 865, il quale argomenta a favore della rinunziabilità definitiva all'assegno di divorzio dalla necessaria presentazione della richiesta dell'assegno medesimo: «[n]on solo occorre una specifica domanda del beneficiario, ma quest'ultimo potrebbe, per i più svariati motivi, accontentarsi di un assegno inferiore a quello spettantegli per legge»; ne riferisce in maniera più neutrale, E. LUCCHINI GUASTALLA, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 88.

[299] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit.

[300] Che, peraltro – sia consentito aggiungere – non potrà (come pure capita di leggere) argomentarsi *soltanto* sul fondamento del (pur condivisibile) riconoscimento ai coniugi di un ampio potere dispositivo dei diritti di carattere patrimoniale nell'ambito della vicenda della crisi familiare. Né dirimente al riguardo sembra rivelarsi il richiamo all'antica questione della rinunzia a diritti futuri (formula che reca seco, come s'è rilevato, un ossimoro se la predicazione aggettivale è idonea a revocare in dubbio la valenza attributiva del sostantivo che qualifica): se per un verso la definizione di 'diritto futuro' deve essere – con non poca fatica nella valutazione del caso concreto e con nomenclature incerte e sovrapposte tra gli stessi interpreti – distinta da quelle di 'diritto condizionato' e 'aspettativa di diritto', per l'altro, anche l'acquisizione della rinunziabilità al diritto futuro (qualora al momento della manifestazione dismissiva s'individuasse già *in nuce* la nascita di quel rapporto giuridico al quale la situazione soggettiva si collega funzionalmente) non

registrassero quelle sopravvenienze e si verificassero quelle circostanze che l'art. 9, l. div. individua quali presupposti di attivazione della relativa domanda; per l'altro, che il 'mancato esercizio' (del diritto a richiedere l'assegno),

offre argomentazioni solide e condivisibili alla stregua delle specificità della (e coessenziali alla) rinunzia all'assegno divorzile che si connota, almeno, per l'oggetto e per il (delicato) contesto (non solo economico, ma) esistenziale in cui vorrebbe esprimere la sua effettualità giuridica.
Inoltre, venendo a considerazioni più propriamente dogmatiche (e si crede risolutive), altro è il potere dispositivo, altro è la rinunzia (spesso sovrapposta a quello mediante il ricorso alla formula della c.d. disposizione negativa). Il potere di disposizione è qui inteso non come facoltà determinata, ma quale «complesso generico di facoltà»: R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui. Disposizione «novativa» del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 149 e – sia pure ampiamente inteso – non dovrà confondersi con la rinunzia al diritto che è facoltà senz'altro esterna (a differenza del 'potere di disposizione') alla situazione giuridica, in quanto in ogni caso il suo esercizio non realizza alcuno degli interessi per la cui realizzazione di quel diritto il soggetto è investito. La rinunzia, in altri termini, non può farsi coincidere con il potere di esercizio in negativo del diritto (sebbene l'affermazione risulti comunemente diffusa) e, neppure, coincide con il potere di disposizione; per tutti, la lucida lezione di R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, cit., 147 ss.: «la facoltà di rinunziare … non [sta] nel diritto [come il potere di disposizione], bensì fuori di esso» (corsivo originale).
Sulle evocate questioni generali sia consentito il richiamo a R. FRANCO, I*l trasferimento della 'potenzialità edificatoria'. I diritti edificatoritra beni e situazioni giuridiche soggettive*, in Liber amicorum *Biagio Grasso*, Napoli, 2015, 311 ss.
Per una documentata indicazione delle diverse opinioni in merito alla questione della (in) disponibilità dell'assegno di divorzio, G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 522 ss.
[301] Si tratta di un diritto (quello all'assegno divorzile) «irrinunciabile, incedibile, impignorabile, insequestrabile, non compensabile e imprescrittibile alla stregua degli altri emolumenti di varia natura espressione di un principio generale di salvaguardia dei diritti fondamentali»: C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 46; già, A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 448; C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 228 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 252; in giurisprudenza: Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645, cit.; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, I, 931.
In tema la diffusa trattazione di M.N. BUGETTI, *Le rinunzie ai diritti contenute nell'accordo di separazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 957 ss.; e di C. COPPOLA, *Le rinunzie preventive all'assegno post-matriminiale*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, 54 ss.
Ma la questione non è ancora pacifica: per l'ammissibilità *tout court* della rinunzia, G. OBERTO, *Commento all'art. 160*, cit., 987 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte)*, in *Dir. fam.*, 2003, 389 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (seconda parte)*, in *Dir. fam.*, 2003, 495 ss.; ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 74 ss.; ID., *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*, cit., 809 ss., 813 ss. ed ivi anche nota 47, 815 ss., non potendo mancare di precisare – al fine di non essere coinvolto nella polemica che l'autore instaura con E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 313 ed ivi nota 37 – che, come ritiene di dover fare l'autore,

antecedente e/o contestuale alla sede divorzile, non importa rinunzia[303] (sia pure tacita ovvero implicita) al diritto di richiedere l'assegno o (nel caso in cui esso fosse stato corrisposto) alla sua successiva (sempre possibile) revisione. Altro è la *rinunzia*, quale espressione dell'autonomia negoziale, sulla quale l'ordinamento può incidere limitandone la relativa libertà di manifestazione, in ragione di determinanti interessi in conflitto con quello ad essa (pure) sotteso; altro il *comportamento* (silente[304], neutrale ed inerte) di chi, titolare di un

---

la rinunzia all'assegno dovrà pur sempre intendersi esercitata nel «rispetto … delle regole d'ordine pubblico e dei principi inderogabili», sì che «le rinunce … non potranno dispiegare effetti nei confronti dell'obbligo alimentare, caratterizzato, come noto, dall'indisponibilità», sebbene il medesimo puntualizzi che quest'obbligo sia «esistente soltanto tra coniugi e dunque destinato a morire con la fine del vincolo matrimoniale»; in giurisprudenza: Trib. Torino, 20 aprile 2012, cit.; F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., 1150; per l'inammissibilità di una rinunzia preventiva, ma non della rinunzia *tout court*, V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, in *Corr. giur*., 1992, 866; ID., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, cit., 148 ss.; per la rinunzia o la deroga pattizia all'assegno nella sola componente integrante il mantenimento, ma non in quella degli alimenti, altresì, M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 113 ss.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 700; C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 229 il quale discute del limite inderogabile del soddisfacimento delle «fondamentali esigenze di vita dell'ex coniuge»; L. BALESTRA, *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 77 ss.; cfr., altresì, E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1325, il quale conclude per l'irrinunziabilità dell'assegno divorzile, precisandosi che nella linea ricostruttiva dell'autore, il contenuto dell'assegno si identifica con quello del diritto agli alimenti; per la irrinunziabilità e inderogabilità pattizia all'assegno anche nella componete del mantenimento, L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali*, cit., 67; ID., voce *Divorzio. I). Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1 ss.; F. RUSCELLO, *Relazione conclusiva*, cit., 220; più articolata la posizione di G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 163 ed ivi la lunghissima nota 220, 252, il quale, pur rilevando la piena disponibilità dell'obbligazione di mantenimento, ritiene che, in riferimento ad essa, il potere *determinativo* delle parti non possa spingersi (incontrando in ciò l'insuperabile limite al suo libero esercizio) fino ad una «concreta e sostanziale compressione od abrogazione del diritto al mantenimento, ravvisabile ogniqualvolta la determinazione convenzionale sia oggettivamente funzionale a porre rimedio soltanto allo stato di bisogno e non anche al coniuge sprovvisto di mezzi adeguati la possibilità di far fronte a tutte le esigenze di vita» (167, in nota); G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1336, il quale precisa che la rinunzia sarà colpita dalla nullità (relativa, ma con rilevabilità d'ufficio) qualora non sottoposta alla rivedibilità prescritta per legge; Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, cit.

[302] Ipotesi che si può verificare sia se l'assegno divorzile non è stato richiesto in sede di divorzio, sia se esso, pur richiesto, in quella sede non era stato concesso.

[303] In tema di rinunzia preventiva, Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir*., 2003, 344 ss.

[304] Sia pure convenendo – senza che in letteratura si sia giunti ad una comune condivisione – che

diritto, non s'attiva (*id est*: onere), non necessariamente per le vie giudiziarie, per la tutela degli interessi che quella titolarità consente di conseguire. D'altra parte, se la prima produce la perdita (sia pure non l'estinzione) del diritto (*melius*: del rapporto), il secondo consentirà sempre – salvo il limite positivo della prescrizione e quello ermeneutico della *verwirkung*[305] – di attivarsi successivamente per l'esercizio del diritto. Curvatura argomentativa che intercetta – con ragionamento assimilabile – il rilevato «fraintendimento … [che] sta nella confusione tra la *disponibilità della norma civile e disponibilità convenzionale* di diritti dichiarati inderogabili»[306], se è vero che «altra cosa è la mancata proposizione dell'azione giudiziale, altra cosa è la rinunzia convenzionale al diritto».

Rimane, peraltro, la salvezza della (*sola*) ipotesi (espressamente prevista[307]) in cui la prestazione divorzile viene, con accordo espresso[308] tra i coniugi, liquidata in via definitiva ed erogata *una tantum* e previa necessaria ed insuperabile valutazione di equità da parte del giudice[309]. In questo caso, infatti, è espressamente disciplinata[310] (art. 5, comma 8, legge div.) l'efficacia

---

il *silenzio*, non è sempre attività insignificante per il diritto e che può assumere, nel concorrente evolversi di determinate circostanze ovvero in un dato contesto relazionale ovvero in virtù di una determinata disposizione legislativa, una propria valenza, nelle problematiche intersezioni con il comportamento concludente omissivo, la rinunzia e la dottrina della *virwirkung*. Per alcune riflessioni, anche a chiarimento di quanto affermato nel testo, sia consentito rinviare a R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., 21 ed ivi la nota 47.

[305] Per una prima densa informazione S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. civ.*, Torino, XIX, 1999, 722 ss.

[306] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 334, anche per il successivo virgolettato; la censura, per la cronaca, è rivolta alle affermazioni di G. Oberto.

[307] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 262 ss., 265 ss.; C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 46 ss.; E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 69 ss.

Diversamente per G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., 435 ss., 825 ss., il quale – assumendo una piena esplicazione dell'autonomia privata anche con riferimento all'*an* dell'assegno divorzile – ridimensiona l'ambito di applicazione della disposizione alla sola ipotesi del contenzioso tra coniugi, affermando «che riesce arduo comprendere per quale motivo … [le parti] dovrebbero … sottostare a tale valutazione [quella giudiziale di equità, soltanto] quanto intendessero … prevedere il pagamento di una somma *una tantum*»; Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit., che ribadisce come la richiamata ipotesi costituisca un «dato incontroverso».

[308] Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, cit.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.

[309] Controllo giudiziale che, nella prospettiva legislativa, è idoneo a riequilibrare la posizione (almeno astrattamente minorata) del coniuge che richiede la corresponsione dell'assegno *una tantum*.

[310] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 265 ss., il quale al riguardo discute di norma eccezionale.

preclusivo-estintiva[311] (adeguatamente ri-equilibrata dall'intervento giudiziale diretto a verificarne, nel merito, la corrispondenza del contenuto ad equità) per il coniuge beneficiario di proporre una successiva domanda di integrazione dell'assegno che, di contro, in tutte le altre ipotesi dovrà ritenersi indisponibile dall'autonomia negoziale dei coniugi (sì che la domanda di revisione dell'assegno potrà essere coattivamente veicolata nell'accordo coniugale – modificandone il contenuto –, quand'anche questo ne escludesse il relativo potere di richiesta, al mero verificarsi, con un'analisi condotta in termini rigorosi, delle necessità della integrazione ai sensi dell'art. 9, l. div.).

Si è discusso, ritornando alla clausola *rebus sic stantibus*, di efficacia negoziale in senso *debole*[312], nella cui formula la predicazione è all'un tempo idonea a confermare e specificare la *peculiare* negozialità dell'accordo, senza che il richiamo all'art. 1372 (la cui rigidità dispositiva è da tempo vigorosamente ripensata in una al principio di indipendenza delle sfere giuridiche nella legalità costituzionale[313]) possa rivelarsi determinante nel tentativo di negarne la dichiarata indole, consapevoli del rilievo per cui il contesto valoriale ed esistenziale – in cui l'accordo divorzile è, per sua intrinseca natura, destinato a svolgersi – sarà idoneo ad incidere assiologicamente sulla declinazione della regolamentazione di interessi affidata a quell'accordo, accertandone le modalità di espressione. Confermandosi allora che la modulazione dell'efficacia in ragione di eventi (e/o circostanze di fatto) sopravvenuti non contraddice la natura negoziale dell'accordo e che quel principio dovrà rimodularsi in ragione dello specifico ambito familiare in cui è destinato ad applicarsi. Sì che, come bene s'è detto, «mostra troppo se in ess[o] voglia leggersi un'opzione normativa che devalorizza in radice l'impegnatività di ogni vincolo convenzionalmente assunto e, conseguentemente, suggerire che non v'è spazio per l'autonomia

[311] Ma per l'ammissibilità, anche in questo caso, della possibilità di richiedere una successiva modifica in ragione di fatti e motivi sopravvenuti, anche argomentando da una lettura costituzionale della disposizione, C.M. BIANCA, *Art. 9, l. 1 deciembre 1970, n. 898 - sezione I*, in CIAN - OPPO - TRABUCCHI (a cura di), *Comm. dir. fam.*, VI, 1, Padova, 1993, 469; L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Milano, 2006, 406.

Per il necessario rimando al tema di teoria generale, A. FALZEA, voce *Efficacia giuridico*, in *Enc. dir*, XIV, Milano, 1965, 423 ss.

[312] In quanto questi negozi esprimono la loro caratteristica essenziale nella sottoposizione della *persistenza e/o tenuta* loro efficacia alla clausola *rebus sic stantibus*, perché essa «si modifica in relazione alle vicende dell'obbligo legale di cui costituiscono determinazione»; E. RUSSO, *Il divorzio «all'americana»; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, cit., 1326 s.; G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 162 ss., 167-168, ed ivi nota 222, 255 ss.; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 61.

[313] Per tutti, C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, *passim*.

privata nel diritto di famiglia. Ma è troppo poco, se si vuol dire che, com'è proprio di tutti i contratti di durata, il programma contrattuale divisato dalle parti è suscettibile di revisione a fronte di eventi non originariamente previsti e sopravvenuti»[314].

10. Spazi e aperture per la diffusione degli accordi in vista del divorzio nella contemplazione del controllo giudiziale

Sembra ripetersi, con riferimento agli accordi in vista del divorzio, quel medesimo percorso giurisprudenziale registrabile in merito alla vicenda del patto commissorio: dopo alterne vicende (prospettive di apertura, di successiva chiusura, fino ai tempi attuali in cui si è pervenuti ad un approccio più equilibrato), tra interpretazioni restrittive e prospettive invasive, con svariati recenti interventi legislativi ed altrettanto puntuali arresti giurisprudenziali sembra essere stato sostanzialmente sclerotizzato (e, dunque, non più soggetto alla penetrante e diffusa nullità *ex* art. 2744 c.c.) dalla compresenza di un patto marciano che veicoli, controlli e consenta di accertare (giudizialmente e caso per caso) la congruità e proporzionalità tra le prestazioni, anche nella prospettiva della *par condicio creditorum*[315]. Al pari dell'ammissibilità degli accordi pre-matrimoniali che, invero, se non ci s'inganna, la giurisprudenza (dopo cauti atteggiamenti di apertura, rigide chiusure e nuovi timidi tentativi di riequilibramento) ha spesso finito – di là dalle (astratte) declamatorie di nullità e dagli annunci ideologici a tutela della libera autodeterminazione del coniuge – per accoglierli, là dove, in esito all'indagine dei profili concreti che tratteggiano assiologicamente la vicenda, si verificasse che essi contemplino prestazioni ed obbligazioni congrue e proporzionate[316] (nell'acquisizione del compiuto *revirement* in margine – non tanto all'individuazione della, sia pur non indiscussa, natura assistenziale, bensì – ai rinnovati criteri di attribuzione e dei parametri di determinazione – c.d. 'autosufficienza economica' in luogo del 'tenore di vita' – alla cui stregua riparametrare l'assegno divorzile[317]), anche in ragione di «un

[314] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 226.

[315] Per lo sviluppo del relativo itinerario di ricerca, sia consentito rinviare a R. FRANCO, *Alienazione in funzione di garanzia e patto marciano: recenti conquiste e incerti automatismi. Una riflessione senza (troppi) entusiasmi*, cit.

[316] Richiamo al principio di proporzionalità che non dovrebbe risultare estraneo alla stessa giurisprudenza nell'ambito familiare: cfr., Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.

[317] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit.

crescente impegno di giustizia verso il familiare debole»[318]. Ovvero verificarne l'ammissibilità sempreché non escludano (anche implicitamente) il (potere di attivare, facendone espressa richiesta[319], il) controllo giudiziale[320], da condursi (con rinnovato impegno e sapiente ricorso ad elementi presuntivi e attenuazioni dei carichi probatori per il coniuge debole) alla stregua di quei medesimi parametri e, con una più proficua incidenza reclamata dal contesto familiare di riferimento, nella rassicurante linea tracciata dalla solidarietà costituzionale e dalla ragionevolezza che (anche) a questa impostazione concede, nella vicenda applicativa, rinnovato vigore e funzionale flessibilità. Ciò al fine di giudicarne anche una possibile e successiva *integrazione* (sia pure eteronoma, a rimanere in una lettura tradizionale; ma di sviluppo, in più convincenti prospettive evolutive, della specificità dell'ambito familiare[321] in cui dovrà compiersi la massima

[318] C.M. BIANCA, *Il familiare debole: l'impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, cit., 91.

[319] Anche in materia divorzile, il principio della domanda resta pienamente operativo. Sì che deve escludersi un possibile intervento *ex officio* del giudice; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 107; anche V. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, cit., 436, il quale precisa che un intervento giudiziale, nel caso di domanda congiunta di divorzio, non sia consentito (se riferito alle condizioni patrimoniali in essa contenute; sempre previsto in funzione dell'interesse dei figli) anche se richiesto da un coniuge; in senso contrario, nel senso di ammettere sempre la possibilità della richiesta di un controllo giudiziale dell'accordo, M. DELLACASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio*, cit., 53 che scrive del «principio di ordine pubblico che postula la possibilità di una revisione degli aspetti patrimoniali concordati»; C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 35 ss.

[320] Già M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 112; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 421 ss.; E. BARGELLI, *«Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione»*, cit., 708 che giudica 'apodittica' la rigida chiusura giurisprudenziale, auspicando il diffondersi di una nuova prospettiva che valuti caso per caso, con il controllo giudiziale, il contenuto del singolo accordo; sebbene con esiti opposti, G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 699; L. BARBIERA, *Un incerto* revirement *della Cassazione*, cit., 2229 sembra accettare la possibilità che il controllo giudiziale sia consentito soltanto nella richiesta di erogazione dell'assegno divorzile con la modalità dell'*una tantum* (sia perché solo in questa ipotesi detto controllo è espressamente previsto dal legislatore, sia perché esso si spiegherebbe in ragione della stessa modalità di erogazione dell'assegno stesso).

[321] E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 71, la quale rileva come «rispetto ad altri settori dell'autonomia privata, nel diritto di famiglia l'autorità giudiziaria trova già qualche dato sul quale poter poggiare un controllo di adeguatezza del contenuto economico dell'accordo, che può svolgersi alla luce del costante confronto con le relative regole legali: si pensi al riferimento all' "equità", contenuto nel citato art. 5, comma 8 l. div. che potrebbe prestarsi ad essere inteso come non puramente coincidente con una verifica del rispetto dei limiti legali inderogabili».

realizzazione della persona), acquisendone *soltanto* in concreto, di volta in volta ed in esito ad una congruente valutazione, la sostanziale ammissibilità e la *ragionevole* (oltre che *razionale*) validità nella curvatura assiologica della tutela del coniuge-debole[322].

Controllo giudiziale che, ove espressamente richiesto su iniziativa di uno dei coniugi, potrà attivarsi per la (dovuta) verificazione (e la misura) in concreto (anche) per le convenzioni (*rectius*: i *procedimenti*) di negoziazione assistita"[323]: sebbene nulla sia indicato al riguardo, anche queste rinnovate espressioni della negozialità[324] dovranno svolgersi alla stregua del canone generale della buona fede (espressamente richiamato dall'art. 2, comma 1, l. n. 162/2014) ed essere sottoposte[325] (anche mercé il pervasivo ruolo che la legge affida agli avvocati[326])

---

[322] L'esigenza di tutela del coniuge debole costituisce il riferimento costante anche dell'impostazione di R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 582 ss., 589; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 157 ss., 162.

[323] Introdotta dall'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014, convertito con modificazione nella legge 10 novembre 2014, n. 162. In tema, tra i numerosissimi interventi, l'approfondita analisi di L. BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., 1 ss.. In verità a quanto ora riferito nel testo potrebbe muoversi il rilievo dell'equivocità là dove non precisa più attentamente che quel controllo giudiziale più che alla negoziazione assistita andrà ricalibrato sull'esito cui condurrà la cooperazione tra i coniugi, vale a dire sull'accordo che compone le loro vicende inerenti alla separazione ed al divorzio.

[324] Evocanti il dibattito antico (risalente ai primi anni del 1900), troppo rapidamente archiviato, inerente alla possibilità di attribuire autonomia euristica a quella peculiare figura del *pactum de tractando*, avente ad oggetto *l'obbligo di non interrompere le trattative*, ovvero, in positivo, costituente per le parti *l'obbligo di trattare*, la cui rivalutazione funzio-nale, in termini procedimentali, è stata proposta in R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., 362 ss.

[325] M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 303 ss., il quale nota, altresì, che in detta disciplina per la prima volta il legislatore ricorre esplicitamente al termine 'divorzio', prima sempre sostituito da diverse, svariate «anodine locuzioni» (297); R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 125 ss.; M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 113 ss., con specifico riferimento all'estensione della clausola rebus sic stantibus; meno deciso, L. BALLERINI, *Accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., 42 ss.
In tema l'approfondita e densa riflessione di S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della negoziazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, 105 ss.

[326] Ai quali spetta l'importantissimo compito di assolvere adeguatamente, in ragione delle specificità del caso concreto, agli obblighi di informazioni al rispettivo cliente-coniuge, al fine di consentire a quest'ultimo di esprimere, il più possibile in ragione delle circostante effettive, un consenso all'accordo negoziale consapevole, congruamente e ragionevolmente formato. Modalità, dunque, espressiva di una giustizia *procedurale*: in tema, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 325 ss.; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 157 ss.

a limiti sostanziali, a norme imperative, tra le quali l'art. 156 c.c. e l'art. 5, comma 6, l. div., ed al principio (del costante adeguamento degli effetti alla mutevolezza delle situazioni personali-economiche dei coniugi) di cui all'art. 9, l. div., oltre a tutte quelle disposizioni inderogabili del *sistema-famiglia* compendiate nell'ordine pubblico familiare nell'orizzonte più penetrante di una *giustizia sostanziale* (nella formazione e del contenuto) dello statuto negoziale della crisi della relazione di coppia. Aggiungendosi, soltanto, che con esse le parti potranno accedere allo scioglimento del matrimonio (senza introdurre un percorso giurisdizionale specifico e senza, quindi, la necessità della pronuncia di una sentenza del Tribunale, pur tenendo luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali[327]), determinarne le condizioni e modulare i rispettivi interessi, nello svolgimento equilibrato (*id est*: *assistito*) e consapevole dell'autonomia negoziale, in una alla più effettiva verificazione[328], alla stregua dei canoni di lealtà, collaborazione e buona fede, del *duty of full disclosure*. Nel costante orizzonte dell'equilibrio e della proporzionalità del contenuto negoziale[329] (i cui diversi elementi di complessiva composizione potranno essere concretamente sottoposti al vaglio giudiziale, al fine di verificarne l'equità ovvero ricondurlo

[327] Assimilazione che, nondimeno, non può giungere a scardinare il sistema della pubblicità immobiliare che richiede, ai fini della trascrizione (e, dunque, per l'ingresso delle informazioni privilegiate che è destinato ad offrire il pubblico registro tenuto dall'Agenzia del territorio, ex Conservatoria dei Registri immobiliari, ai fini di una corretta circolazione immobiliare), un atto pubblico o una scrittura privata autenticata da notaio (o verificata giudizialmente: art. 2567 c.c.), non consentendo agli avvocati di procedere in tal senso (App. Trieste, di cui in seguito), giacché il potere di autentica ad essi specificamente attribuito è limitato ad alcune specifiche funzioni e benché l'accordo di negoziazione sia munito del 'nulla osta' del P.M. (che, come ribadito da App. Trieste di cui in seguito, non è assimilabile in termini giuridici, «agli altri provvedimenti che concludono l'iter della separazione avanti all'autorità giurisdizionale, sia essa consensuale o contenziosa»). Sul punto si è espresso Trib. Pordenone, 17 marzo 2017 che, in composizione collegiale ha ordinato la (così superando l'espresso rifiuto opposto dal competente Conservatore dei RR.II. alla) trascrizione di una negoziazione assistita contenente il trasferimento di diritti immobiliari, conclusa con la forma delle autentiche effettuate dagli avvocati; sennonché è poi intervenuto App. Trieste, 30 maggio 2017 che ribadisce la necessarietà dell'intervento notarile ai fini dell'accesso ai pubblici registri di ogni convenzione avente ad oggetto diritti immobiliari, compresa quell'accordo esito della negoziazione assistita.

[328] E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 543 ss., spec., 556 ss.

[329] G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 146; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 330 ss.; e, sia pure limitatamente all'ipotesi della corresponsione *una tantum* dell'assegno divorzile, M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 305; esclude, di contro, per le convenzioni stipulate in "negoziazione assistita", il controllo, anche mediante intervento giudiziale, L. BALLERINI, *Gli accordi sugli effetti patrimoniali del divorzio dopo il d.l. n. 132 del 2014*, cit., 34.

a questa, se eventi sopravvenuti avessero inciso su di esso modificandone sostanzialmente i valori sui quali si fondava) e per il quale, le effettive modalità applicative e di concretizzazione, potrebbero rinvenire sia nell'art. 5, comma 8, l. div., sia nella solidarietà post-coniugale, sia nella promozione dei valori generali dell'ordinamento, inteso nella sua unitarietà (specialmente emergenti nell'ambito del contratto sotto le spinte promozionali provenienti non soltanto del diritto europeo), il meditato *leitbild* «idoneo ad orientare la discrezionalità del giudice chiamato a ricostruire la regola del caso concreto»[330].

D'altra parte – e così immaginando di poter riuscire nel tentativo di far convergere le opposte posizioni che continuano a registrarsi, verso una più condivisa prospettiva ricostruttivo-applicativa, all'un tempo evidenziandone gli equivoci sottesi, i significativi margini di avvicinamento e fugando i pur evocati rischi della *privatizzazione* del diritto di famiglia – a «questi atti … non si richiede altro che l'elaborazione di un autoregolamento in grado, per la sua intrinseca equità [e tensione, in conformità ai principi generali dell'ordinamento costituzionalmente orientato, alla giustizia sostanziale[331]], almeno di mitigare il trauma connaturale alla fine dell'esperienza comunitaria»[332]. Con una attenta

[330] E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 332; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 157 ss.

[331] Modalità espressiva della *materializzazione* della giustizia che, nell'ambito dei rapporti familiari, si ritiene di dover tendenzialmente preferire a quella più propriamente *procedimentale* che si crede più conveniente nell'ambito contrattuale in generale, e che è ridimensionante soltanto a concepirla in una prospettiva che qui non si condivide; ciò in obbedienza anche alla più convincente diffusione di tensioni alla giustizia della contrattazione nell'ambito generale dell'ordinamento giuridico. Sia pure da prospettive e da fondamenti diversi, si esprimono per un controllo giudiziale degli accordi: G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 132; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, 48; M.R. MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, I, Torino, 2003, 208 ss.; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 100 ss. Dedica un intero capitolo, ampiamente documentato, alla 'giustizia contrattuale nella famiglia', di recente, R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 125 ss., 153 ss., 161 ss., con l'importante (e convincente) precisazione che un controllo sulla giustizia sostanziale degli accordi tra i coniugi, in vista del divorzio (e di là dal tempo in cui sono convenuti), si impone di là da una mera verifica del rispetto dei limiti inderogabili di legge e di quelli compendiati dall'ordine pubblico familiare, in quanto «un problema di giustizia contrattuale» potrà sorgere «anche con riguardo ad accordi con i quali siano attribuiti ad uno dei coniugi diritti maggiori rispetto a quelli previsti dalla legge ovvero che implichino rinuncia alle sole componenti derogabili dell'assegno di divorzio, ovvero, ancora, che risultano svantaggiosi in danno del coniuge economicamente forte» (153-154).

[332] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 525. Esito nel quale anche impostazioni (non solo giuridiche) delle quali non potrebbe che registrarsi

e più confacente sensibilità all'equilibrio del contenuto negoziale ed alla modulazione dell'apparato rimediale (anche mediante il controllo giudiziale[333]) che a questa prospettiva deve conformarsi, conseguendo, almeno, il risultato minimo di garantire la «libertà dal bisogno»[334] del coniuge divorziato[335]. In una alla più accorta linea culturale che sapientemente si muove a cavallo del contratto e del torto nella convincente curvatura dell'*effettività delle tutele*, al fine di scansare[336] le rigidità individuate nella pretesa (indeclinabililità o inevitabilità dello strumento della) nullità (almeno di quella assoluta[337]) ed intercettare la più performativa *materializzazione*[338] delle tutele a protezione degli interessi che il caso concreto, nella rilevazione delle disparità fra i coniugi (che dovranno esaurirsi nella verifica dell'autosufficienza economica), impone di considerare[339].

---

la (notevole) distanza (talvolta espressamente ribadita: A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 221, ma 229 ss.) tendono, nella prospettiva ultima della promozione della persona e delle effettività delle tutele, sensibilmente ad avvicinarsi nella condivisione dell'esito assiologico perseguito: la giustizia del patto; E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi di familiare*, in *Familia*, 2005, 9; R. AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia*, cit., 589; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 161-167.

[333] U. MAJELLO, *Effetti della rinuncia del coniuge affidatario all'assegno di mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia dedicate ad A. Trabucchi*, Padova, 1989, 519 ss.; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione*, cit., 114; F. MACARIO, *Art. 10*, in LIPARI (a cura di), *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimenti del matrimonio (l. 6 marzo 1987, n 74)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1987, 911; E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 69 ss.; C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione*, cit., 2605 ss., il quale aggiunge significativamente che al fine di agevole il controllo giudiziale, all'accordo dovrà accompagnarsi «una *full disclosure* da parte dei coniugi sulla situazione patrimoniale e reddituale di ciascuno» (2606).

[334] P. RESCIGNO, *Libertà dal bisogno ed esperienze del diritto*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999, 515 ss., richiamato da E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 331; R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, cit., 143.

[335] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 529, il quale puntualmente mette in guardia dal rischio che un'eccessiva ed acritica fiducia nell'accordo familiare «potrebbe rivelarsi capace, se [questo] non [fosse] oculatamente controllato nel suo impiego, di costituire il più serio intralcio al conseguimento, effettivo e non puramente declamato, delle finalità della riforma [del '75] stessa».

[336] Preoccupazioni anche di E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 303 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 221 ss.

[337] Uno spunto in tal senso anche in E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, cit., 68.

[338] A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 ss.

[339] In pari tenore G. FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*,

Senza che, allora, nessuna ulteriore utilità potrà recuperarsi al dibattito, ancora in essere, che s'attardasse a riflettere sull'astratta e generale ammissibilità degli accordi in previsione della fine del vincolo familiare e nell'acquisizione che i profilati esiti possano, nel rispetto delle assai diverse realtà socio-culturali sottese alle *famiglie* (intese soltanto, ma anche *definitivamente*, quale consorzio dello 'stare insieme', nelle quali dovrà ambirsi al raggiungimento tendenziale del primario valore della realizzazione della personalità dei suoi componenti), diffondersi in un condiviso orizzonte assiologico.

Non resta che auspicare[340], nell'ideale riconduzione all'autorevole pensiero di Arturo Carlo Jemolo[341] e nell'accoglimento dello *spirito* sotteso alle diverse

---

in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, III, Milano, 487 ss.: «nell'ambito del diritto di famiglia la constatazione che possono esistere situazioni di debolezza non è sufficiente per ritenere, in linea di principio, nullo per illiceità della causa il contratto destinato a regolare i rapporti economici post divorzili. Essa giustifica, piuttosto, rimedi volti a riequilibrare la posizione delle parti quando risulti in concreto dimostrato che l'una ha approfittato della situazione di debolezza, di fiducia, di dipendenza dell'altra, o a "rinegoziarne" i termini quando circostanze sopravvenute ne alterino l'originario equilibrio. L'impiego della clausola di buona fede contrattuale, si suggerisce con lo sguardo volto all'esperienza tedesca, potrebbe consentire un controllo sul contenuto dei patti in funzione di protezione del coniuge debole, ogni volta in cui essi determinino un significativo squilibrio a suo danno» (531); ma, sostanzialmente, anche C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 519 ss., 529 ss.; C. BRIGNONE - I. TARDIA, *Gratuità e accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 12 ss., sia pure non condividendone gli esiti ultimi per cui un rapporto «tra un uomo ed una donna … non si estinguono mai del tutto, ma, al più, si trasformano»; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 19: «nell'attuale regolamentazione [del matrimonio si deve] rompe[re] l'intimo collegamento con l'istante dello scambio delle dichiarazioni per proiettarsi sul rapporto. Il *consensus* dunque si trasforma in persistenza della comunione di vita intesa in senso spirituale»; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima*, cit., 310 ss.

[340] Nell'attesa di un intervento legislativo che disciplini l'intero ambito degli accordi in vista del divorzio. Frattanto sul d.d.l. n. S/2629 (XVI); sul testo del «Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali» presentato dall'Associazione Avvocati matrimonialisti Italiani; in merito alla proposta elaborata dal Consiglio Nazionale del Notariato si rinvia, anche per un'accurata analisi, a G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 62 ss., 70 ss., 74 ss.

Auspicio che è proprio anche di G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 144 ss.

[341] A.C. JEMOLO, *Convenzioni in vista dell'annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ*., 1967, 530 ss. il quale, nel riconoscere la liceità degli accordi tra coniugi stipulati in vista dell'annullamento del matrimonio (unica ipotesi, si rammenti, consentita, ai tempi, per lo scioglimento del vincolo), scriveva: «siamo in un caso in cui è palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamentazione, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche» e, con riferimento alla determinazione

proposte di modifiche legislative variamente avanzate[342], un più convincente intervento della Cassazione con il quale – più realisticamente (e coerentemente) nel prendere atto dei risultati concreti cui essa stessa è ripetutamente pervenuta[343] nella ragionevolezza delle tutele e nella promozione assiologica del caso concreto, con un incidente effetto deflattivo[344] – potranno essere definitivamente ripudiate le linee astratte di chiusura alla ricezione (nel nostro ordinamento) degli accordi in vista della crisi coniugale, che potranno essere così sdoganati (anche) *formalmente* dall'area del divieto (e, dunque, dell'illiceità) nella quale sono stati finora ricacciati. Per intraprendere un più significativo, evolutivo e fecondo confronto[345] tra gli interpreti, in una rinnovata e (ormai) maturata

---

delle prestazioni, anche se aggiungeva: «[c]irca il *quantum* dell'obbligazione, e l'addossarla all'uno o all'altro dei coniugi, è materia in cui l'autonomia delle parti agisce in pieno, dandosi insindacabilità del giudice nel valutare se ci sia stata o meno generosità di chi si è obbligato, se avrebbe potuto dare somma minore».

[342] Sulle quali G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 62 ss., nonché quella predisposta dal Consiglio Nazionale del Notariato, in *Nuove regole tra affetti e economia. Le proposte del notariato. Accordi prematrimoniali, convivenze, successioni*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011, *passim*; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili*, cit., 480 ss. Cfr., altresì, F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss.; G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 88 ss.

[343] Sia pure con i limiti e con qualche incertezza più sopra evidenziati, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.; Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit.; cui *adde*, Cass., 20 agosto 2014 n. 18066, cit.; Cass., 21 febbraio 2014 n. 4210; Cass. 19 agosto 2015 n. 16909; Cass., 3 dicembre 2015 n. 24621, in *Fam e dir.*, 2016, 747 ss. con nota di A. CARRATTA.

[344] Da ultimo, R. ROSETTI, *Le nuove prospettive del diritto di famiglia*, in *La Magistratura*, Organo della A.N.M., luglio-dicembre, 2014, in *www.associazionenazionalemagistrati.it*: «l'elevato livello del contenzioso familiare è determinato da regole di diritto sostanziale circa la crisi della famiglia che per molti versi appaiono superate dalla coscienza sociale e idonee a creare il conflitto piuttosto che a ridurlo»; già G. PASSAGNOLI, *Gli accordi sugli effetti economici del divorzio*, cit., 1334.

[345] Come virtuosamente intraprende Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit. (seguita da Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, cit. ed anticipata da Cass., 2012, n. 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.) ove, con coerenza e rigore, si rilevano – nella constatazione che gli accordi in vista della crisi coniugale «sono molto frequenti in altri Stati» e «svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili» – «le critiche di parte della dottrina all'orientamento tradizionale, che trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi del diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi, anche successivi alla crisi coniugale, ferma ovviamente la tutela dell'interesse dei figli minori»; Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 278 ss., con nota di A.C. ZANUZZI.

prospettiva del procedimento, *romanianamente* inteso[346] (e, dunque, non solo come *teoria*, ma anche come *metodo*), e della *procedimentalizzazione* della regola negoziale[347] (in funzione di una più consapevole proposizione e *misurazione* delle tutele). Interpreti che – meditatamente avvertiti della «nefasta prospettiva»[348] di una «mercantilizzazione»[349] (del diritto) della famiglia e della rilanciata sfida al suo rinnovamento etico, pur senza rinnegare (nella mutevolezza dell'enunciato legislativo) le istanze promosse dalla 'teoria dei valori' sui quali si fonda il sistema – dovranno sviluppare una più spiccata sensibilizzazione alla tutela effettiva degli interessi che in essi si agitano, per recepirne un'accorta ed equilibrata sintesi nella regola negoziale, in un momento storico in cui per gli stessi tradizionali e rassicuranti formanti e categorie ordinanti dell'ordinamento non è più procrastinabile il confronto con nuovi modelli di decisione, più rispondenti alle evolutive istanze di disciplina e alla mutevole coscienza sociale che nell'ambito delle relazioni familiari è particolarmente incidente, al fine di un necessario, costante aggiornamento valoriale del diritto *positivo* alla realtà *effettiva*.

Se è vero il diritto non potrà (e) mai (dovrà) regolare gli *affetti* tra le persone, non potrà, di contro, non accogliere – nell'acquisizione di un più convincente coordinamento tra *sein* e *sollen*, tra fatto (che è già anch'esso portatore di un valore) e valore (che esprime il criterio ultimo nel giudizio di compatibilità e nella *valutazione*) – una più intensa stagione della maturazione costituzionale dell'autonomia privata nella regolazione degli *effetti* del suo esercizio (il posizionamento della regola, espressione del potere di autodeterminazione) e degli *effetti* del prodotto (la modulazione delle conseguenze della regola), anche in un settore in cui le situazioni patrimoniali sono conformate da quelle esistenziali e relazionali tra le persone che intraprendono una convivenza senza i miraggi dell'eternità.

[346] SALV. ROMANO, I*ntroduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*.

[347] Ben distante e distinta da surrettizie o palesi prospettive di proposte per forme di giustizia sociale e/o di (re)distribuzione dei redditi che vorrebbero imputare al contratto (nel suo più specifico significato giuridico ed all'accordo tra i coniugi in vista del divorzio) compiti e ruoli che decisamente non gl'appartengono, perché probabilmente estranei alla stessa loro natura. Sia ancora consentito il rinvio a R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., *passim*.

[348] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 533.

[349] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 532; C.M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 18; P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, cit., 19 ss.

Si potrà allora condividere che «il ruolo della civilistica deve tendere responsabilmente a recuperare il punto di equilibrio fra enunciati ed esperienza, senza pretendere di appiattirsi sugli uni, ma senza neppure tentare di forzare l'altra»[350], in una condivisa linea di condotta, culturale e di pensiero, che se dovrà procedere senza slanci eccessivamente (quanto inutilmente) *liberizzatori*, dovrà del pari liberarsi, senza astratte nostalgie, delle categorie o dogmi che, con il progredire dei tempi e della società, potrebbero non rivelarsi più idonei ad intercettare i concreti interessi delle persone e, dunque, smettere quel ruolo primario ed improrogabile (che è a loro proprio) di strumento di conoscenza (non già di conoscenza in sé).

[350] N. LIPARI, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, cit., 445.

Negozi familiari in vista di separazione e divorzio

Vera Tagliaferri
Notaio in Crema

L'autonomia negoziale familiare è in costante aumento: da un lato, sconti procedurali per tutte le ipotesi di accordo fra i coniugi e, dall'altro, maggiori capacità negoziali soprattutto nella crisi della famiglia. I patti prematrimoniali, tradizionalmente vietati, vengono oggi riconosciuti validi solo in alcune ipotesi: devono avere causa autonoma e non rinvenibile nella crisi del matrimonio, soltanto condizionati nell'esecuzione dell'obbligazione al fallimento del matrimonio e comunque devono avere ad oggetto una parte determinata del patrimonio e non l'intera sistemazione degli interessi.

The family's negotiating autonomy is constantly increasing: on the one side, procedural discounts for all cases of agreement between spouses and, on the other side, more negotiating skills, especially in the family crisis. The prenuptial agreements, traditionally forbidden, are now recognized as valid only in some cases: they must have a specific consideration not arising from the marriage crisis, subjected in the obligation execution to marriage crisis and in any case they must have as a contractual object a specific part of the assets and not the whole arrangement of interests.

Sommario: 1. L'evoluzione del negozio giuridico familiare. – 2. I limiti dell'ordinamento. – 2.1. L'interesse superiore della famiglia. – 2.2. L'indisponibilità degli interessi regolati dallo *status* familiare e l'indeclinabilità degli effetti del matrimonio. – 2.3. Divieto di commercializzazione dello *status*. – 3. L'evoluzione dell'autonomia privata. – 3.1. Abolizione del divieto di donazione tra coniugi. – 3.2. L'autonomia privata nella separazione consensuale. – 3.3. Accordi modificativi di separazione e divorzi. – 3.4. Convenzioni matrimoniali. – 3.5. Accordi tra coniugi *ex* artt. 143 e 144 c.c. – 3.6. Divorzio congiunto. – 3.7. Assegno *una tantum*. – 3.8. Accordi in vista dell'annullamento del matrimonio. – 3.9. Separazione e divorzio mediante negoziazione esistita. – 3.10. Scioglimento del matrimonio avanti al sindaco. – 3.11. Divorzio breve. – 3.12. Scelta della legge applicabile *ex* art. 30 l. n. 218 del 1995. – 4. Accordi in vista di separazione e divorzio. – 4.1. Limiti tradizionalmente individuati dalla giurisprudenza. – 4.2. I recenti orientamenti favorevoli. – 5. Prime conclusioni sugli accordi in vista di separazione e divorzio. – 6 Polizze assicurative in supporto alla crisi della famiglia.

1. L'evoluzione del negozio giuridico familiare

Il negozio giuridico familiare è un accordo fra persone che hanno una qualità personale specifica ovvero quella di appartenere alla medesima famiglia.
Le difficoltà di inquadramento sistematico derivano dal fatto che il termine contratto[1] non viene normalmente utilizzato, poiché gli atti negoziali all'interno della famiglia non hanno avuto per lungo tempo contenuto patrimoniale[2].

Le prime osservazioni sul negozio giuridico familiare sono di Santoro Passarelli[3], che affermava come tale negozio fosse un atto di autonomia privata anche se con un livello di libertà ridotto. L'esistenza d'un interesse superiore si individua chiaramente nel fatto che la famiglia come tale deve poter realizzare un interesse che sovrasta quello individuale: ciò comporta che sussistano alcuni limiti all'autonomia della volontà. La conformazione della autonomia si riflette anche nella struttura negoziale a disposizione: i negozi familiari sono essenzialmente tipici e personalissimi, con una forma marcatamente protettiva,

[1] «Anche quando consistono in atti bilaterali i negozi familiari non sono comunque inquadrabili nella categoria dei contratti in quanto hanno ad oggetto rapporti giuridici non patrimoniali», così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, cit., 18; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, *passim*.
[2] A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. seminario giuridico Università di Catania*, 3. (1948), 241, «La famiglia appare sempre, se si consenta il simbolo, come un'isola che il mare del diritto può lambire ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica».
[3] F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, 3 ss., raccolto poi nei *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, 381 ss., il quale sottolinea come «importa non già che debba negarsi l'autonomia privata e ripudiarsi la figura del negozio, sì invece che la dottrina generale del negozio giuridico trovi qui applicazione con quegli adattamenti, dipendenti dal modo particolare in cui l'autonomia privata deve esplicarsi nel diritto di famiglia».

poiché richiedono l'atto pubblico e talvolta anche la presenza di testimoni. «Così che nel diritto di famiglia vengono a sovrapporsi sfere che l'autonomia pone su piani non coincidenti: il negozio concreto coincide col tipo negoziale, la capacità giuridica s'identifica con la capacità di agire. Inoltre, la capacità di stipulare negozi familiari non è attribuita a tutti i soggetti dell'ordinamento, ma esclusivamente a quanti si trovino o abbiano in programma di venire a trovarsi in una situazione familiare formalmente qualificata»[4].

In seguito alla più recenti riforme, gli atti negoziali all'interno della famiglia e aventi contenuto patrimoniale sono aumentati in maniera significativa, con l'ulteriore rilievo che spesso detti atti non hanno solo rilievo patrimoniale, ma anche una incidenza personale.

In effetti, l'evoluzione degli istituti, soprattutto di separazione e divorzio, ha portato la negozialità in tutti i campi della vita familiare con particolare spazio alla libera contrattazione per i rapporti patrimoniali.

Gli accordi in ambito familiare, però, quando hanno ad oggetto previsioni per l'ipotesi della crisi, restano soggetti ad una serie di limiti posti a presidio delle libertà personali che proprio nella famiglia si esercitano.

L'individuazione di detti limiti si complica certamente in considerazione dell'evoluzione del diritto di famiglia degli ultimi anni, perché la riforma della filiazione, l'introduzione della negoziazione assistita e del divorzio breve, come anche la costituzione delle unioni civili e l'inquadramento giuridico delle convivenze, sono tutti fattori che incidono in maniera marcata sulle capacità personali dei singoli nelle formazioni sociali familiari in cui abbiano deciso di meglio estrinsecare la loro personalità.

2. I limiti dell'ordinamento nella disciplina della famiglia

2.1. Il postulato dell'interesse superiore dello stato alla famiglia

La famiglia secondo il codice civile è un modello istituzionale[5], all'interno del quale trovano disciplina le istanze dei singoli componenti della famiglia, ma anche la famiglia stessa nella sua unità[6].

---

[4] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 214.

[5] F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e Famiglia*, in AA.VV., *Matrimonio fondamento della famiglia*, in *Quaderni di Iustitia*, 8, 1956, 3 ss; E. ROPPO, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 697.

[6] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 216 «… tale interesse

Ogni atto di esercizio del potere di autoregolamentazione del singolo componente si ripercuote in modo diretto o indiretto sugli altri[7]. Pertanto gli interessi coinvolti sono collettivi, nella più ampia accezione, ovvero all'interno della singola famiglia come all'interno di tutte le famiglie, comportando con ciò che detti interessi non possano essere altro che indisponibili[8]. Essi, infatti, presentano una impronta solidaristica comune a tutti coloro che fanno parte di un tale tipo di formazione, di modo che tali interessi debbano essere qualificati come interessi superiori[9].

In questa logica, la dinamica familiare si interfaccia con interessi che devono necessariamente essere sottratti al potere dispositivo del singolo, perché l'interesse di ciascuno è connesso alla posizione degli altri componenti di quella specifica famiglia, ma in generale di tutti quei soggetti che rivestono il medesimo ruolo all'interno di una famiglia giuridicamente riconosciuta come tale[10].

Tale valutazione, poi, si colora delle diverse famiglie introdotte dalla legge n. 76 del 2016, che la stessa qualifica come formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 della Costituzione[11]. La prospettiva normativa vuole far propendere per un differente trattamento delle nuove formazioni, per lo meno sotto il profilo degli

funzionalmente coincideva col potere di supremazia riconosciuto al marito e al padre (artt. 144 e 145 c.c. abrogati), che offriva la stregua di soluzione del conflitto familiare. Oggi è, invece, l'accordo la regola di governo della famiglia (art. 144 c.c.), sia nella fisiologia del rapporto sia nel momento della crisi (art. 145 c.c.)».

[7] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., «… Dall'inderogabilità della disciplina posta a tutela dei figli minori e, più in generale, dei terzi che con il nucleo familiare entrano in contatto non può certo desumersi una norma che precluda la validità della regola convenzionale che tali interessi non pregiudichi», 224.

[8] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ*., 1997, 494 ss.; in questa prospettiva, sostanzialmente anche R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Diritto & formazione*, 2002.

[9] M. RUVOLO, *Autonomia negoziale dei coniugi nella crisi della famiglia*, in *Il familiarista*, Focus del 13 giugno 2017.

[10] Nella recente sentenza della Suprema Corte del 3 dicembre 2015, n. 24621, si esclude che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto a quelli coordinati e collegati dei suoi singoli componenti, e si ammette «sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela", come riporta M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not*., 2017, 276.

[11] D. BUZZELLI, *La famiglia "composita"*, Napoli, 2012; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2015, 615 ss; G. OBERTO, *I rapporti nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, relazione tenuta al Convegno di Studi "Le unioni civili, le convivenze, le coppie di fatto nel diritto interno, in quello europeo ed internazionale" a Cereseto (AL), il 1 aprile 2016.

interessi costituzionalmente protetti, ma un'attenta lettura della legge n. 76 del 2016 impone di qualificare unioni civili e convivenze come nuove famiglie, portatrici dei medesimi interessi superindividuali, nello stesso modo delle famiglie fondate sul matrimonio[12].

L'interpretazione evolutiva del concetto di famiglia ha un ulteriore supporto nella riforma della filiazione, perché con essa il legislatore ha chiaramente mostrato di aver superato il dogma della famiglia fondata sul matrimonio in favore delle famiglie fondate sulla filiazione[13].

La conformazione normativa della famiglia istituzionale è sempre stata presa come punto di partenza per affermare l'incompatibilità degli interessi coinvolti con la dimensione contrattuale, anche qualora attinente al regolamento degli interessi prettamente patrimoniali[14]. Sotto il profilo normativo, questo assunto tradizionale si traduceva nel codice del 1942 nell'immodificabilità delle convenzioni durante il matrimonio (art. 162 c.c. pre riforma) e nel divieto di donazioni tra coniugi (art. 781 c.c.), norme entrambe che hanno subito una decisa rivisitazione[15]: abolito il divieto di donazioni fra coniugi e concessa la possibilità di mutare regime patrimoniale senza limitazioni.

Tali innovazioni non sono sufficienti, però, ad affermare che possa ritenersi superata la concezione istituzionalistica della famiglia e che per questo siano possibili tutti gli accordi familiari, siano essi all'interno delle fattispecie tipiche o ne siano al di fuori.

Certo è che l'introduzione delle nuove famiglie permette di affrontare con un diverso approccio sistematico il delicato problema del negozio giuridico familiare, dovendo individuare una linea guida operativa valida e ricercando tipologie e strutture negoziali applicabili a tutte le formazioni familiari, con correttivi non sostanziali, al fine di non incorrere in ingiustificabili disparità di trattamento.

Infine, nel quadro attuale non si deve trascurare il fatto che le famiglie hanno

---

[12] L. BALESTRA, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello matrimoniale": prime riflessioni*, in *Giur. it*., 2016, 1779 ss.

[13] V. TAGLIAFERRI, *Modifiche in materia di successione dei figli*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, 155 ss.

[14] P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia e un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ*., 1998, 116;.

[15] Corte Cost., 27 giugno 1973, n. 91, in *Foro it*., 1973, I, c. 2014 ss., con nota di A.C. JEMOLO. La norma, in realtà, «sanciva semplicemente il carattere inderogabile delle regole legali e convenzionali sulle relazioni patrimoniali tra i coniugi», come ha rilevato R. SACCO, *Se tra i coniugi l'attuazione di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia, discusse da vari giuristi e dedicate ad A. Trabucchi*, Padova, 1989, 83 ss., 91.

una struttura dinamica: può, infatti, capitare che una persona si sposi, sciolga il primo matrimonio, si sposi di nuovo, sciolga anche il secondo matrimonio e infine decida di convivere con una convivenza registrata.
Tale mutevolezza di *status*, un tempo impensabile, ora si presenta come realtà. Può soccorrere un principio, quello detto *rebus sic stantibus*, tradizionalmente applicato per il caso di mutamenti patrimoniali, che però deve essere utilizzato anche alle ipotesi di mutamenti personali[16].

2.2 L'indisponibilità degli interessi regolati dallo *status* familiare e l'indeclinabilità degli effetti

La caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, nel 1970, è il primo dei passi compiuti dal legislatore nel ridefinire la struttura dei rapporti familiari verso la "privatizzazione" degli stessi, ponendo in primo piano non più gli interessi pubblici o collettivi bensì quelli personali dei figli e degli altri membri.
Nonostante l'introduzione di separazione e divorzio, l'indeclinabilità degli effetti permane[17], perché al privato non è dato di comporre il contenuto del matrimonio, ed è soltanto concesso lo scioglimento con gli effetti previsti dalla legge e non derogabili dall'autonomia delle parti.

Sino al 2014 il sistema di scioglimento del vincolo è comunque sempre stato improntato dal controllo giudiziale, nella più vasta accezione del termine.
La precisazione temporale si impone, perché il decreto "Sblocca Italia" del 24 settembre 2014 ha introdotto la previsione di una negoziazione assistita[18], dove i coniugi e gli uniti civilmente non sono supportati dal giudice ma sono solo assistiti dagli avvocati (uno per parte), che fanno constare al pubblico ufficiale preposto ai Registri dello stato civile che è intervenuto lo scioglimento consensuale del

[16] In tema di separazione personale dei coniugi, la facoltà di chiedere la revisione dell'assegno di mantenimento, qualora sopravvengano giustificati motivi, è direttamente accordata dalla legge, né può essere oggetto di rinuncia in via preventiva, e, pertanto, non trova ostacolo, nel caso di separazione consensuale, nella clausola di essa che escluda o limiti tale revisione; vedi Cass. civ., 2 luglio 1990 n. 6773, in *Giur. it. Mass.*, 1990, 809.
[17] L'indeclinabilità degli effetti del matrimonio, logico portato dell'indisponibilità dell'interesse regolato, era confermata dall'art. 149, comma 1, c.c., ove si leggeva che «il matrimonio non si scioglie che con la morte di uno dei coniugi»; regola oggi cancellata per effetto dell'introduzione del divorzio, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 215.
[18] Sulla negoziazione assistita applicata in ambito familiare si vedano: F. DANOVI, *Il d.l. n. 132 del 2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.* 2014, 949 ss.; M. KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, Studio n. 571 - 2016/C.

vincolo in presenza dei presupposti normativamente preidentificati. Nei casi in cui tale procedimento è ammesso, il pubblico ministero interviene ma deve effettuare soltanto un controllo formale di sussistenza dei requisiti normativi che il legislatore ha indicato come necessari per poter accedere a questa procedura semplificata. Con tale riforma, il legislatore ha voluto fornire, alla luce dei mutati principi di ordine positivo, dei criteri certi circa il controllo che deve rimanere al giudice e quello che può, invece, essere lasciato all'autonomia delle parti. In particolare, alla procedura semplificata della negoziazione assistita possono accedere soltanto i coniugi che non abbiano avuto figli ovvero che abbiano figli maggiorenni ed autosufficienti, distinguendo nettamente l'interesse superindividuale alla tutela della filiazione e alla protezione del minore quale soggetto maggiormente bisognoso di cure, morali e materiali, nella fase della crisi della famiglia[19].

In questo modo, il legislatore traccia una prima linea marcata a favore dell'autonomia dei coniugi: essi possono disporre liberamente del loro *status* matrimoniale, purché siano d'accordo e non vi siano figli di cui preoccuparsi.

Con l'introduzione, infine, della separazione e del divorzio avanti al sindaco, il legislatore conferma questa linea: piena autonomia ai coniugi, senza alcun controllo da parte dell'autorità giudiziaria, purché non vi siano soggetti bisognosi di protezione, quali figli minori o portatori di handicap o comunque non autosufficienti[20].

2.3. Divieto di commercializzazione dello *status*

L'interesse superiore della famiglia e l'indisponibilità del contenuto degli *status* familiari ha come corollario indiscusso il divieto di commercializzazione proprio di detto *status*[21].

---

[19] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 494; G. OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, *Diritto privato*, t. 1, *Persone, famiglia, successioni e proprietà*, Milano, 1998, 134.

[20] Vedi *L'Orientamento della Commissione Famiglia e Successioni del Consiglio Notarile di Firenze*, https://www.consiglionotarilefirenze.it/index.php/component/content/article/44-osservatorio/famiglia-e-successioni/210-accordi-crisi-matrimoniale.html «… Dopo l'introduzione della negoziazione assistita da avvocati, e del divorzio davanti al sindaco (artt. 6 e 12, l. n.162 del 2014), non pare che i diritti di contenuto economico postconiugali siano ancora qualificabili come indisponibili, almeno per la componente non alimentare».

[21] A tale riguardo si riporta il recente orientamento della Commissione Famiglia e Successioni del

Il rischio sostanziale che il divieto di commercializzazione è volto ad evitare è la violazione del diritto alla difesa, che ben potrebbe avvenire: la previsione di un corrispettivo per il consenso allo scioglimento del vincolo matrimoniale potrebbe costituire idoneo condizionamento per il coniuge debole a rinunciare del tutto alla difesa e ad acconsentire ad una procedura consensuale, decisamente più snella per struttura normativa.
Tale assunto induce tuttavia, ad una riflessione.
Indiscutibilmente l'accordo sulla separazione consensuale o sul divorzio congiunto ben può essere concluso fra i coniugi al momento dell'insorgere della intollerabilità della prosecuzione della convivenza o allo scadere dei termini minimi di separazione. In tale contingenza temporale non sussistono rimedi al fatto che il coniuge debole contratti una sistemazione economica di suo gradimento per sottoscrivere la procedura consensuale semplificata[22].
In ogni caso, poi, qualsiasi accordo in materia, sia che venga stipulato

Consiglio Notarile di Firenze, sopra citato: «Sono ammissibili gli accordi di natura patrimoniale tra coniugi o nubendi che non incidano sullo *status* coniugale e sui diritti e doveri matrimoniali. È conseguentemente consentito, nel rispetto dei principi inderogabili che governano la materia, stipulare accordi patrimoniali tra coniugi e nubendi, nei quali l'evento – separazione o divorzio – sia dedotto in condizione (sospensiva o risolutiva). I limiti posti dall'art. 160 c.c. potrebbero non precludere ai nubendi o ai coniugi di stipulare accordi volti a regolare i reciproci rapporti patrimoniali in costanza di matrimonio nonché gli effetti economici conseguenti alla crisi del matrimonio stesso, nel rispetto dei principi di reciprocità, proporzionalità e adeguatezza». Nella motivazione si sottolinea come «i tradizionali limiti individuati dalla giurisprudenza più tradizionale sfavorevole a tali patti (*ex multis* Cass., 11 giugno 1981, n. 3777; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857; Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084) possono essere così riassunti: a) illiceità della causa per contrasto con il principio di ordine pubblico della indisponibilità dello *status* (artt. 1343 c.c. e 1418, comma 2 c.c.); b) limitazione del diritto di difesa (art. 24 Cost,); c) inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio (art. 160 c.c.). Un più recente orientamento della Cassazione (tra cui Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713 e Cass., 21 agosto 2013, n. 19304) è nel senso di ritenere valide le pattuizioni di natura patrimoniale tra nubendi o tra coniugi, volte a disciplinare il tempo in cui il matrimonio (già celebrato o da celebrarsi) sia entrato in crisi o sia sciolto (anche in assenza dell'insorgenza di uno stato di crisi, cioè per cause naturali), ricorrendo all'utilizzo di meccanismi condizionali e comunque limitatamente ad elementi patrimoniali non ricollegabili a questioni di *status* «… gli accordi prematrimoniali vengono ancora visti come contratti atipici, per i quali il concetto di meritevolezza deve essere rinvenuto nella possibilità di regolare i rapporti patrimoniali interfamiliari, con l'avvertenza che il fallimento del matrimonio non debba assurgere a causa genetica dell'accordo, ma debba essere "degradato" a evento condizionale».

[22] Il tempo rappresenta una variabile significativa per gli accordi di definizione della crisi: sono validi senza alcun dubbio se conclusi al momento della crisi e simmetricamente sono nulli senza alcun dubbio se conclusi prima del matrimonio. M. MORETTI, *Gli accordi ora per allora, commento a Cass., 13 gennaio 1993, n. 348*, in *Contratti*, 1993, 140.

contestualmente o successivamente alla sentenza di divorzio, sia che venga concluso precedentemente ad essa, deve ritenersi soggetto alla regola *rebus sic stantibus*[23]; in tale ottica, se le condizioni patrimoniali delle parti dovessero mutare nel periodo di tempo intercorrente tra la stipula dell'accordo e la pronuncia di divorzio, ciascuno dei coniugi potrà chiedere la revisione della determinazione convenzionale nell'ambito dello stesso procedimento di scioglimento del matrimonio[24].

I nuovi termini del divorzio breve, introdotti con la legge n. 55 del 2014, sei mesi in caso di accordo fra i coniugi e un anno in caso di disaccordo, rendono la regola praticamente inapplicabile; infatti, nei sei mesi fra una separazione e il relativo divorzio, nella maggior parte dei casi la situazione di ciascun coniuge sarà la medesima e si presenterà come eccezionale una qualsiasi modifica.

Infine, la nuova previsione della separazione e del divorzio assistito, che non richiede, per le ipotesi disciplinate, la presenza dell'autorità giudiziaria, mette in discussione l'assunto di partenza, ovvero che l'autorità giudiziaria intervenga necessariamente in ogni scioglimento di matrimonio con un controllo quanto meno di legittimità.

3. L'evoluzione dell'autonomia privata nel diritto di famiglia

L'analisi dell'evoluzione non solo sociale ma anche giuridica della famiglia dimostra come la negozialità all'interno della stessa sia in aumento esponenziale, sino al punto di poter affermare che l'orientamento è verso una aperta contrattualità della materia, anche in considerazione delle forme familiari che hanno ottenuto riconoscimento normativo[25].

---

[23] Sul punto vi è una diffusa adesione, v. G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ*., I, 1996, 698; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it*., 1995, V, 117 ss.; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, 52 ss.; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in BELVEDERE - GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001.

[24] La previsione di una clausola di adeguamento opera per certi versi in modo analogo alla cosiddetta clausola di *hardship*, ossia quella, nota in altri ordinamenti, che impone il riequilibrio del contratto ove le condizioni siano divenute, per effetto di circostanze sopravvenute, particolarmente gravose per una parte come sottolinea M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi tra matrimoni*, cit., 287.

[25] P. RESCIGNO *I rapporti personali fra coniugi*, in BELVEDERE - GRANELLI (a cura di),

Le innovazioni rappresentano mostrano chiaramente come il legislatore abbia recepito le istanze della prassi, con evidenza del fatto che nei tempi recenti siano sempre più le novità legislative (seppur non sempre organiche e coordinate) che attribuiscono maggior spazio all'autonomia di scelta del singolo all'interno della famiglia.
Al fine di mostrare come il legislatore sia intervenuto verso la negozialità familiare è utile e opportuno ripercorrere brevemente le modifiche normative, così da definire il mutato quadro normativo e tentare di ricomporne le linee portanti.

3.1. Abolizione del divieto di donazioni tra coniugi

L'abolizione del divieto di donazione fra coniugi rende automaticamente e sistematicamente legittima ogni attività negoziale fra gli stessi.
Il divieto, la cui ragione legislativa sembrava risiedere nella presunzione della pericolosità in ogni caso delle donazioni e della difficoltà di fornire la prova dell'effettivo abuso dell'affetto coniugale da parte del coniuge malizioso nei confronti dell'altro, non appare ormai più giustificato alla luce delle moderne concezioni sociali e giuridiche.

La parità della posizione sociale, dei diritti e dei doveri dei coniugi come di tutti gli altri cittadini e la scomparsa di ogni traccia dell'inferiorità della moglie come attuazione dell'art. 3 della Costituzione ha fatto definitivamente cadere uno dei maggiori sostegni del divieto di donazioni fra coniugi, cioè le minori capacità sociali della donna.
Inoltre, il divieto costituiva una disparità di trattamento fra cittadini, limitando l'attività negoziale dei coniugati legittimi, in confronto a quella degli altri cittadini, senza che il divieto perseguisse alcuna finalità apprezzabile[26].

Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma, Padova, 1996, 25 ss., ed ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 232 ss., 239, in cui l'Autore afferma: «se l'autonomia contrattuale diventa il criterio determinante nell'ambito della famiglia [...] a maggior ragione la prospettiva può essere estesa alle comunità non fondate sul matrimonio ma nelle quali la sostanza è una comunione di vita materiale e spirituale non diversa da quella che si realizza nel matrimonio».

[26] Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91. L'esame della recente giurisprudenza pone in luce le gravissime differenze concrete dovute al divieto, il quale appare incompatibile con le attuali esigenze familiari e con la realtà sociale ed economica del nostro tempo, facendo fra l'altro sorgere situazioni palesemente ingiuste ed anche moralmente aberranti in contrasto con gli stessi principi cui si ispirano altre norme del vigente codice civile italiano. L'applicazione della norma

3.2. L'autonomia privata nella separazione consensuale

Ai fini della presente ricostruzione dell'autonomia privata è utile evidenziare come essa, nell'ambito della separazione consensuale, oggi, abbia uno spazio di manifestazione estremamente ampio e vario.
La connotazione giudiziale del procedimento di separazione consensuale è meramente marginale: esso, infatti, è principalmente composto dall'accordo dei coniugi di vivere separati, che viene sottoposto al vaglio del giudice per l'omologazione.
In assenza di figli minori, la volontà di vivere separati costituisce il contenuto minimo essenziale di detto accordo e non può essere messo in discussione dal giudice[27].
Gli eventuali accordi sul contenuto economico della separazione possono essere rinviati in altra sede o, persino, non esistere, ovvero, infine, essere destinati ad una mera fase di chiusura che prevede che ciascuno dei coniugi sia autonomo e che siano stati, prima dell'accordo, regolati i reciproci rapporti economico patrimoniali[28].

denunziata porta fra l'altro necessariamente a considerare valide le donazioni fra coniugi fatte in pendenza di matrimonio putativo o di matrimonio successivamente annullato e nulle quelle fatte in pendenza di matrimonio sciolto in seguito a sentenza di divorzio anche se pronunziata da tribunali stranieri e delibata in Italia, mentre considera valide le donazioni compiute in Italia da un cittadino straniero al proprio coniuge.

[27] S. MEMMO, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella crisi matrimoniale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, CAGNAZZO - PREITE - TAGLIAFERRI (a cura di), Milano, 2015, 547 ss.; M. RUVOLO, *Autonomia negoziale dei coniugi nella crisi della famiglia*, cit., «La giurisprudenza ha costantemente affermato che in riferimento al contenuto degli accordi dei coniugi in sede di separazione e divorzio si configura la distinzione tra contenuto essenziale e contenuto eventuale. Del contenuto essenziale, denominato così in quanto collegato direttamente al rapporto matrimoniale, fanno parte le pattuizioni, le clausole e le condizioni che devono essere contenute nell'accordo per permettere che esso venga giuridicamente ad esistenza e sia produttivo di effetti. In tale ambito rientrano, dunque, gli accordi che hanno ad oggetto il consenso reciproco dei coniugi a vivere separati, l'affidamento dei figli, l'assegnazione della casa familiare in funzione del preminente interesse della prole e la previsione di un assegno di mantenimento a carico di uno dei coniugi in favore dell'altro, ove ne ricorrano i presupposti. Nel contenuto eventuale rientrano, invece, le pattuizioni, le clausole e le condizioni che possono volontariamente essere incluse nell'accordo e la cui assenza non incide in alcun modo sul perfezionamento, sull'efficacia e sulla validità dell'accordo stesso, in quanto si tratta di un contenuto collegato in via occasionale ai diritti ed agli obblighi nascenti dal matrimonio. Del contenuto eventuale fanno soprattutto parte le pattuizioni relative alla definizione dei rapporti patrimoniali ed economici tra i coniugi (Cass. n. 21736/2013), anche se concernenti l'assegno di mantenimento, in relazione all'instaurazione di un regime di vita separata (cfr. Cass. n. 16909/2015)».

[28] Diverse pronunce della Cassazione (tra cui Cass., 10 ottobre 2005, n. 20290) affermano la

In presenza di figli, l'accordo che viene sottoposto al vaglio del giudice è più composito perché il contenuto minimo essenziale si arricchisce di tutti quegli aspetti inerenti la vita dei figli, minori certamente e maggiorenni se non ancora autosufficienti[29]. Perciò nell'accordo dovranno essere previsti sia il mantenimento che i diritti di frequentazione e di visita del genitore come anche degli ascendenti. Qualora il giudice non ritenga che l'accordo raggiunto dai coniugi tuteli a sufficienza i figli potrà soltanto rigettare il ricorso ma non potrà modificarlo, dando massima espressione all'autonomia negoziale delle parti[30]. Il giudice potrà, infatti, convocare le parti ed indirizzare il loro futuro accordo, segnalando quali dovranno essere i punti minimi da modificare e integrare perché l'accordo possa esser omologato. Se i genitori non dovessero raggiungere un accordo dotato dei requisiti per ottenere l'omologazione, altro non resterà che mutare il titolo della separazione e rivolgersi al tribunale per una separazione giudiziale, procedimento nel quale il giudice prenderà autonomamente e d'autorità i provvedimenti temporanei ed urgenti dapprima e i provvedimenti necessari in seguito.

Nella struttura di tale procedimento emerge con chiarezza la autonomia negoziale delle parti per il caso in cui esse vogliano sciogliere il matrimonio di comune accordo e comincino ad allentare il vincolo: la comune volontà dei coniugi è, infatti, il fulcro della separazione consensuale[31], mentre l'intervento

validità delle pattuizioni e degli accordi cosiddetti *a latere*, ossia di quelli convenuti dai coniugi antecedentemente o contemporaneamente al decreto di omologazione, e non trasfusi nell'accordo omologato, o anche successivi a quest'ultimo, purché, tuttavia, rispetto ad esso si pongano in posizione di non interferenza o di conclamata e incontestabile migliore rispondenza all'interesse della parte più debole, oltre che dei minori. G. OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 150 ss.

[29] In tema di separazione consensuale, il regolamento concordato fra 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, al quale compete l'essenziale funzione di controllare che i patti intervenuti siano conformi ai superiori interessi della famiglia. Cass., sez. I, 9 aprile 2008, n. 9174.

[30] L'accordo delle parti in sede di separazione o divorzio ha natura negoziale e talora dà vita ad un vero e proprio contratto, e comunque trovano applicazione i principi propri della relativa disciplina; vedi Cass. n. 24621/2015.

[31] P. RESCIGNO, in *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1975, 274, è favorevole ai patti prematrimoniali ed a tal riguardo afferma che i negozi atipici sono ammissibili anche nell'area degli interessi non patrimoniali, con riferimento anche ai patti che accompagnano separazione e divorzio, quali negozi autonomi o incorporati nell'accordo che viene omologato dal tribunale in sede di separazione consensuale. I patti relativi all'educazione dei figli, o alle modalità di visita o di soggiorno col genitore che non li ha in affidamento, o all'uso del nome maritale, a titolo esemplificativo, secondo l'autore possono essere stipulati anche all'inizio del matrimonio

del giudice ha una funzione di controllo, peraltro estremamente poco invasivo, soprattutto per il caso di assenza di figli minori.
Infine, è importante nella valorizzazione dell'autonomia delle parti, ricordare come la separazione, come anche il divorzio, costituiscano un diritto del coniuge, anche contro la volontà dell'altro.

3.3. Accordi modificativi dell'accordo di separazione e di divorzio

La autonomia negoziale si rammostra al meglio di sé nei contratti modificativi degli accordi di separazione e divorzio, aventi lo scopo precipuo di integrare le pattuizioni contenute nell'accordo di separazione o nella sentenza di divorzio[32]. Essi regolano aspetti economici oppure personali connessi alla rottura coniugale, collocandosi, tuttavia, al di fuori dell'accordo di separazione raggiunto dalle parti e omologato dal Tribunale o al di fuori della sentenza di divorzio emessa dal giudice[33].
Tali accordi possono essere integrativi del verbale di separazione consensuale o del divorzio congiunto oppure di tipo derogatorio o modificativo delle condizioni omologate dal Tribunale.
La prima delle due tipologie di accordi *a latere* presenta una natura prettamente

e durante la piena persistenza del vincolo. L'autore ritiene poi legittima la stipula di accordi prematrimoniali che, come tali, siano quindi anteriori al matrimonio, prevedendo la possibilità di rinegoziarli qualora appaiano inattuali al momento dello scioglimento del matrimonio, magari perché intervenuto dopo molti anni dalla redazione degli accordi in commento.

[32] Con opposte soluzioni, M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., c. 105 ss., e G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit., 1996, I, 695 ss.; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, t. I, *Ammissibilità e fattispecie*, e t. II, *Contenuti e disciplina*, Milano, 1999; G. OBERTO, *Gli accordi a latere nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2, 2006, 153.

[33] V. DE VELLIS - V. TAGLIAFERRI, *I Patti prematrimoniali*, Milano, 2015, 42 ss.; l'evoluzione dei diversi orientamenti in materia è giunta sino all'attribuzione di validità seppur nel rispetto di interessi protetti; gli orientamenti in merito agli accordi *a latere* della separazione da segnalare sono i seguenti: invalidità assoluta degli accordi *a latere* per non essere stati sottoposti al vaglio dell'Autorità giudiziaria (Cass. civ., 5 gennaio 1984, n. 401), validità nei limiti in cui si pongono in posizione di non interferenza rispetto all'accordo omologato (Cass. civ., 15 marzo 1991, n. 2788; Cass. civ., 22 gennaio 1994, n. 657; Cass. civ., 30 agosto 2004, n. 17434; Trib. Monza, 19 novembre 1986), validità nei limiti in cui rechino maggior vantaggio all'interesse protetto o riguardino aspetti non presi in considerazione dal verbale di separazione (Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21736), invalidità se in contrasto con le statuizioni giudiziali (Cass. civ., 28 luglio 1997, n. 7029).

ricognitiva e chiarificatoria, posto che le pattuizioni integrative si limitano a precisare, puntualizzandole, le condizioni già concordate e omologate, oppure a introdurre condizioni aggiuntive rispetto a quelle contemplate nel verbale di separazione[34].

Le pattuizioni, invece, convenute dagli stessi coniugi antecedentemente o contemporaneamente al decreto di omologazione, e non trasfuse nell'accordo omologato, sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di non interferenza o in posizione di conclamata e incontestabile maggiore (o uguale) rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'articolo 158 del c.c.[35]

I patti volti a derogare o a modificare le condizioni contenute nel verbale omologato o nella sentenza di divorzio possono collocarsi sia in un momento antecedente che successivo all'accordo sottoposto al vaglio del Tribunale e presentano, nella prassi, i contenuti più svariati: dalla previsione di un diverso ammontare dell'assegno di mantenimento del coniuge o della prole, all'assegnazione della casa familiare, alla previsione di impegno al trasferimento di beni immobili con funzione solutoria-compensativa dell'assegno di mantenimento dei figli o del coniuge.

Proprio di fronte a tale tipologia di accordi *a latere* sorge l'importante interrogativo della validità ed efficacia attribuibile alle pattuizioni non omologate.

Tali accordi, che ai fini di questa breve analisi meritano di essere qualificati come veri e propri contratti, sono disciplinati dall'art. 158 c.c. per il caso in cui siano modificativi dei patti omologati e applicati anche al divorzio *ex* art. 711 c.p.c., o al divorzio congiunto *ex* art. 4 l. div.[36]

---

[34] La funzione propria degli accordi "meramente integrativi" è quella di definire questioni di dettaglio non previste nel verbale o nella sentenza di divorzio, oppure di risolvere problemi sorti nella fase dell'esecuzione e dell'attuazione degli accordi di separazione o di divorzio (come, per esempio, le modalità di corresponsione dell'assegno di mantenimento, oppure gli orari per la gestione dell'affidamento dei figli, etc), V. DE VELLIS - V. TAGLIAFERRI, *I Patti prematrimoniali*, cit., 42 ss.; gli obblighi assunti da un coniuge nei confronti dell'altro negli accordi non omologati prescindono da un intento liberale, assumendo nella normalità dei casi una funzione spiccatamente solutoria, ossia di definizione dei rapporti patrimoniali, resa necessaria dalla crisi coniugale; vedi Cass. civ., sez. II, 23 settembre 2013, n. 21736.

[35] Cass. civ., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 2, 107.

[36] Cass., 20 ottobre 2014, n. 18066: «Al riguardo, la giurisprudenza di questa Corte è variamente intervenuta, con particolare riferimento agli accordi extragiudiziali, in occasione della separazione, attraverso una complessa evoluzione verso una più ampia autonomia negoziale dei coniugi. Dapprima si affermava che tutti i patti intercorsi tra i coniugi, in vista della separazione, anteriori, coevi o successivi, indipendentemente dal loro contenuto, dovevano essere sottoposti al controllo

Tale impostazione, ancora una volta, manifesta il valore che l'ordinamento attribuisce all'autonomia negoziale, poiché i coniugi, purché di comune accordo, possono arrivare a modificare persino quanto deciso dal giudice[37].
Naturalmente il potere di modificare quanto già omologato o stabilito dal giudice è sempre limitato dalla tutela dell'interesse protetto del minore, impedendo un peggioramento delle condizioni attribuite allo stesso, senza un ulteriore controllo giudiziale.
Inoltre, i nuovi accordi non devono essere peggiorativi della posizione del coniuge debole, evitando che un coniuge accetti *a posteriori* un peggioramento in assenza del controllo giudiziale, piuttosto che subire pressioni psicologiche o ritorsioni che abbiano ad oggetto anche il minore[38].

3.4. Convenzioni matrimoniali

Il codice utilizza il termine *convenzione* nel libro I per individuare i negozi di diritto familiare relativi al regime patrimoniale, stabilendone le regole di forma e di pubblicità.
Sono convenzioni quelle con cui si convengono la separazione dei beni (anche all'atto di celebrazione del matrimonio), il ritorno alla comunione legale

del giudice che, con il suo decreto di omologa, conferiva ad essi valore ed efficacia giuridica. Successivamente si cominciò ad effettuare distinzione sul contenuto necessario ed eventuale delle separazioni consensuali, sui rapporti tra i genitori e figli, riservati al controllo del giudice, e tra coniugi, che, almeno tendenzialmente, rimanevano nell'ambito della loro discrezionale ed autonoma determinazione, in base alla valutazione delle rispettive convenienze, fino a sostenere successivamente l'autonomia negoziale dei genitori, anche nel rapporto con i figli, purché si pervenga ad un miglioramento degli assetti concordati davanti al giudice (tra le altre, Cass. civ., 22 gennaio 1994, n. 657; Cass. civ., 22 dicembre 2005, n. 20290; Cass. civ., 12 ottobre 2006, n. 23801)».

[37] Cfr. G. ALPA - G. FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in AA.VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia, discusse da vari giuristi e dedicate ad A. Trabucchi*, cit., 505 ss.

[38] A tali pattuizioni, pertanto, può riconoscersi validità solo in quanto, alla stregua di una indagine ermeneutica condotta nel quadro dei principi generali di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., risultino tali da assicurare una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma, ovvero concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo, o ancora costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraversi il controllo giudiziario ex art. 158 c.c. Trib. Roma, sez. I, 26 marzo 2013.

oppure la comunione convenzionale e il fondo patrimoniale. Ulteriore campo di applicazione del modello di convenzione matrimoniale è quello del mutamento e della modificazione di precedenti convenzioni[39].
Nell'ambito in questione si rileva dunque non l'indisponibilità assoluta degli interessi di cui s'intende disporre, quanto la presenza di una serie di limiti alla autonomia, che definiscono la posizione di ciascuno dei due coniugi e l'affidamento dei terzi che entrano in contatto con un soggetto coniugato[40].
Esempi di ciò sono l'inderogabilità delle norme della comunione legale relative all'amministrazione dei beni della comunione e all'uguaglianza delle quote, limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale stessa, o l'impossibilità di includere in comunione convenzionale i beni di cui all'art. 179 c.c. lettere c), d) ed e).

3.5. Accordi tra i coniugi ai sensi dell'artt. 143 c.c. e 144 c.c.

Sin dal 1942, il legislatore ha attribuito ai coniugi l'autonomia di stabilire, in accordo, le regole del matrimonio e concretizzare il contenuto degli obblighi inderogabili di cui all'art. 143 c.c.[41]

Tali patti, conclusi prima o durante il matrimonio, hanno la finalità di regolare aspetti importanti della convivenza, quali, per esempio, la suddivisione dei compiti di organizzazione domestica, la gestione dei figli, il loro accudimento e la loro educazione, la ripartizione delle spese del *ménage* familiare[42].
Tali accordi trovano fondamento nell'articolo 144 c.c., che rimette alla concorde

---

[39] Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2007, n. 9863, *Obbl. contr.*, 2007, 6, 483.
L'atto interveniente tra i coniugi separati col quale, al fine di disciplinare i reciproci rapporti economici, un coniuge s'impegna a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, non configura una convenzione matrimoniale *ex* art. 162 c.c., postulante lo svolgimento della convivenza coniugale ed il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione, ma un contratto atipico, con propri presupposti e finalità, soggetto per la forma alla comune disciplina e, quindi, se relativo a beni immobili, validamente stipulabile con scrittura privata senza necessità di atto pubblico.
[40] La convenzione intervenuta tra i coniugi in sede di separazione consensuale, con la quale essi pattuiscono un trasferimento patrimoniale ai figli, a titolo gratuito e in funzione di adempimento dell'obbligo genitoriale di mantenimento, non è nulla, qualora garantisca il risultato solutorio, non essendo in contrasto con norme imperative, né con diritti indisponibili. Cass. civ., sez. II, 23 settembre 2013, n. 21736, in *Fam. e dir.*, 2013, 11, 1033.
[41] Su cui v. G. DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 259 ss.
[42] V. DE VELLIS - V. TAGLIAFERRI, *I Patti prematrimoniali*, cit., 45-46.

volontà dei coniugi la determinazione dell'indirizzo della vita familiare.
Evidentemente tale potere non è in deroga ma solo in regola dei diritti e dei doveri che nascono dal vincolo matrimoniale: la libertà dei coniugi non è illimitata; al contrario, essi, stante il disposto dell'art. 160 c.c., non potranno derogare ai diritti e ai doveri fondamentali derivanti dal matrimonio di cui all'art. 143 c.c., così come ai doveri verso i figli, di cui all'art. 147 c.c.

3.6. Divorzio congiunto

L'art. 8 della legge n. 74 del 1987 ha innovato la formulazione dell'art. 4 della legge sul divorzio, introducendo la possibilità per i coniugi di proporre una domanda congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio[43].
Nel caso specifico non abbiamo la possibilità di analizzare con attenzione l'istituto, ma evidenziare in breve solo ciò che rileva ai fini della presente analisi.
Con l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, invero, il legislatore non ha affatto voluto accogliere nel nostro ordinamento il divorzio consensuale[44]: seppur ai coniugi venga riconosciuta ampia autonomia nella definizione delle relazioni personali ed economiche per il tempo successivo allo scioglimento del vincolo, spetta comunque al giudice verificare che sussistano i presupposti della pronuncia, nonché che le condizioni non contrastino con gli interessi dei figli. Il consenso nella procedura in oggetto è pertanto unicamente un presupposto per la proposizione della domanda congiunta.
In virtù del combinato disposto dell'art. 70 c.p.c. e dell'art. 5 della legge n. 898 del 1970, l'intervento del P.M. è obbligatorio nelle cause concernenti lo scioglimento e la cessazione degli effetti civili del matrimonio: il compito del P.M., figura indipendente, estranea al conflitto dei coniugi, è, infatti, quello di salvaguardare l'ordine della famiglia con riferimento sia ai coniugi stessi che

[43] A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, 128; G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nel divorzio*, in AUTORINO STANZIONE - MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, 207. Il divorzio su domanda congiunta non costituisce un procedimento propriamente consensuale, dal momento che è definito da un provvedimento di natura decisoria (la sentenza di scioglimento) pronunciata dal giudice previo accertamento della sussistenza delle cause tassativamente previste dalla legge. È però indiscutibile il suo «alto tasso di negozialità».
[44] G. OBERTO, *Volontà dei coniugi e intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta*, in *Dir. fam.*, 2, 2000.

alla prole, non dovendo sostenere la pretesa di una delle parti; il P.M. persegue il superiore e fondamentale interesse della famiglia.
Perciò, in questa innovazione normativa, il legislatore ha dato una importante valorizzazione al consenso fra i coniugi concedendo a tale consenso la possibilità di accelerare la procedura, senza però togliere i connotati della procedura tradizionale.

3.7. L'assegno *una tantum*

L'assegno divorzile riveste un ruolo fondamentale per gli effetti del divorzio: permette, infatti, di realizzare la solidarietà tra ex coniugi e la sua titolarità è rilevante nel concedere diritti successori, pensione di reversibilità e indennità di fine rapporto.
Il nostro legislatore ha riconosciuto e tutela marcatamente il diritto dei coniugi a regolare autonomamente i propri interessi: la fissazione dell'assegno può essere, pertanto, il frutto di una libera determinazione dei coniugi, sulla base di una soggettiva valutazione delle ragioni specifiche atte a giustificare l'attribuzione patrimoniale, sulle quali il tribunale non è chiamato ad esprimere un giudizio; i coniugi, dunque, possono, in piena autonomia, prescindere, nella determinazione dell'assegno, da qualsiasi criterio di adeguamento automatico, non essendo applicabile al divorzio congiunto l'art. 5, comma 7, della legge n. 898 del 1970.

L'accordo di riconoscimento e quantificazione di assegno divorzile in favore di uno dei due (sempre e solo fra coniugi e non a favore della prole) non è discutibile e con ciò emerge la piena disponibilità del diritto in questione. I coniugi possono, inoltre, scegliere di prevedere la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione. Tale scelta crea una modifica importante nei rapporti patrimoniali ancora a venire fra gli ex coniugi: la corresponsione *una tantum* li interrompe definitivamente. Infatti, la pensione di reversibilità, così come l'indennità di fine rapporto e l'eventuale assegno a carico dell'eredità spettano solo al coniuge che sia titolare effettivo dell'assegno di divorzio e non lo abbia percepito *una tantum*.
Nel momento in cui il legislatore ha lasciato liberi i coniugi di determinare non solo l'entità ma anche la modalità di corresponsione, ha concesso ai coniugi di incidere anche su diritti che hanno la ragion d'essere nella solidarietà matrimoniale e nel dovere di contribuzione, mostrando ancora una volta di voler valorizzare l'autonomia negoziale nei rapporti susseguenti alla crisi della famiglia.

3.8. Accordi in vista dell'annullamento del matrimonio

Gli accordi in vista dell'annullamento del matrimonio sono strutturati sulla scorta di una premessa differente: il matrimonio cessa non per volontà concorde delle parti ma per l'esistenza di un vizio pregresso alla conclusione dello stesso. La dottrina ha sempre sottolineato come detti accordi non possono costituire un atto di disposizione dello *status*, dato che il relativo procedimento risulterebbe caratterizzato da "forti connotazioni inquisitorie" e quindi su di esso non potrebbero incidere volontà e atteggiamento delle parti[45].
Gli accordi stipulati in sede di separazione per regolamentare i rapporti economici successivi all'annullamento sono stati infatti ritenuti validi ed efficaci dalla Suprema Corte mancando motivi di ordine pubblico a giustificare una limitazione del principio di autonomia contrattuale[46].
Prima delle lettere di Papa Francesco in ordine alla nullità del matrimonio concordatario, tale pronuncia aveva con certezza già una discreta forza, in considerazione del fatto che alcuni coniugi sceglievano di annullare il matrimonio piuttosto che scioglierlo per salvaguardare la loro immagine, a nulla valendo le connotazioni religiose o inquisitorie del procedimento, ma al limite facendone solo una questione di costi rilevanti.
Dopo le recenti modifiche introdotte dal Papa nel 2015, volte a semplificare il procedimento e a ridurlo ad un solo grado di giudizio[47], la valutazione di tali accordi come leciti, lascia, nuovamente, molto spazio operativo all'autonomia dei coniugi nella regolamentazione dei loro rapporti.

3.9. Separazione e divorzio mediante negoziazione assistita

La l. n. 162 del 2014 ha previsto una procedura semplificata per lo scioglimento del vincolo matrimoniale o dell'unione civile per tutti i casi in cui i coniugi o

---

[45] A. C. JEMOLO, *La famiglia ed il diritto*, 1957, in AA.VV., *Verso la terra dei figli*, Milano, 1994, 69, individuava nel principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., la base per disciplinare un accordo volto alla predeterminazione delle conseguenze dell'annullamento del matrimonio.
[46] Cass., 13 gennaio 1993, n. 348 con commento di M. MORETTI, *Gli accordi ora per allora, commento a Cass. 13 gennaio 1993 n. 348*, in *Contratti*, 1993, 140.
[47] *Lettera apostolica in forma di "motu proprio" sulla riforma del processo canonico per le cause di dichiarazione di nullità del matrimonio nel codice di diritto canonico*, https://w2.vatican.va/content/francesco/it/motu_proprio/documents/papa-francesco-motu-proprio_20150815_mitis-iudex-dominus-iesus.html.

gli uniti abbiano raggiunto un accordo e non ci siano figli minori o maggiori incapaci o portatori di handicap, mostrando, ancora una volta, come il legislatore qualifichi l'interesse delle parti allo scioglimento del vincolo familiare come disponibile alle stesse[48]. Ai fini della presente analisi, tralasceremo le ipotesi in cui i figli ci sono, per concentrarci sulla autonomia concessa in loro assenza.
In particolare, l'art. 6 del predetto decreto prevede che i coniugi legalmente separati possano stipulare una convenzione di negoziazione assistita[49] con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, al fine di raggiungere una soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del medesimo.
In tutti le questioni che non riguardano i figli, l'accordo è sottoposto ad un controllo affidato al Pubblico Ministero, ma è un controllo di mera legittimità e non di merito: il P.M. è tenuto a verificare che esso non contenga irregolarità; a seguito di detta verifica il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente comunica agli avvocati il nullaosta per i successivi adempimenti.

3.10. Scioglimento del matrimonio avanti al sindaco

L'art. 12 del decreto legge n. 132 del 2014 ha introdotto la possibilità per i coniugi che non abbiano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, di concludere, innanzi al Sindaco del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, un accordo avente ad oggetto la separazione consensuale, la richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e le modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.
In tale ipotesi, l'Ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che entrambi vogliono separarsi, ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate, o ancora modificare le condizioni già convenute.
L'assistenza di un avvocato è facoltativa, a differenza della procedura dinanzi

---

[48] F. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1141; ID., *Il d.l. n. 132 del 2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 949.
[49] M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 296 e ss.

al Tribunale, che, invece, comporta l'osservanza inderogabile della regola della c.d. difesa tecnica[50].
Anche tale modalità di separazione o di scioglimento del matrimonio è una manifesta dichiarazione del legislatore di voler aumentare lo spazio concesso di autonomia dei coniugi, ovvero degli uniti civilmente; con la previsione dell'assenza del controllo giudiziale e la mancanza di una difesa tecnica, il legislatore ha posto in secondo piano quella attitudine normalmente conformante il diritto di famiglia di proteggere il coniuge da se stesso e dalla sua incapacità di ben valutare le conseguenze delle sue scelte.

3.11. Divorzio breve

È stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'11 maggio 2015, n. 107 la cosiddetta legge sul Divorzio breve (legge 6 maggio 2015, n. 55), che interviene sulla disciplina della separazione e del divorzio, riducendo i tempi per la domanda di divorzio, fino a questo momento fissati dal legislatore in tre anni dalla avvenuta separazione giudiziale o consensuale tra i coniugi.
La novità è la previsione che le separazioni devono essersi protratte ininterrottamente da almeno dodici mesi dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale nella procedura di separazione personale e da soltanto sei mesi nel caso di separazione consensuale, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile.
Anche tale riforma valorizza l'accordo dei coniugi, dimezzando i termini per il caso in cui l'accordo sussista. In ogni caso, poi, la riduzione del tempo fra separazione e scioglimento del matrimonio mostra una sensibilità elevata del legislatore verso la scelta del singolo, che ha un indiscutibile diritto a liberarsi dal vincolo che non ritiene più adatto a supportare la sua personalità, cioè è una manifestazione ulteriore dell'aumento dell'autonomia negoziale attuata con maggior potere del singolo rispetto alla tutela della famiglia.

[50] La normativa in esame, peraltro, prevede che l'Ufficiale dello stato civile, dopo aver ricevuto le dichiarazioni dei coniugi, li inviti a comparire di fronte a sé non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo stesso. Il legislatore "sostituisce" la presenza del supporto legale con la doppia dichiarazione di volontà conforme.

3.12. Scelta della legge applicabile *ex* art. 30 l. n. 218 del 1995

Ai sensi dell'art. 30 legge 31 maggio 1995 n. 218 i coniugi possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali siano regolati dalla legge dello stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede. Tale accordo sul diritto applicabile è valido se è considerato tale dalla legge scelta o da quella del luogo in cui l'accordo è stato stipulato.
La questione si complica nel caso della opponibilità ai terzi di detti accordi[51], ma non è questa la sede per un approfondimento in tal senso; ciò che rileva, ai fini del presente studio, è la disponibilità della legge applicabile, nel caso di coppie formate da cittadini di stati diversi di cui uno italiano.
Pur essendo la scelta limitata alla legge del paese di cittadinanza di uno dei coniugi o a quello di residenza dei coniugi, è pur vero che questo potrebbe comportare che l'ordinamento applicato riconosca validità ai patti prematrimoniali.
In tal modo, in effetti, il cittadino italiano che sposa un cittadino straniero, per esempio svizzero, potrebbe avere il vantaggio di poter sottoscrivere un valido patto prematrimoniale, mentre al cittadino italiano che ne sposa un altro, tale contratto risulterà vietato[52].
La circolazione dei cittadini e il tentativo a livello europeo di uniformare le normative rendono evidente come la giurisprudenza abbia risposto positivamente ad istanze della prassi, che hanno riconosciuto validità ad accordi in vista dello scioglimento del matrimonio[53].

[51] F. SALERNO CARDILLO, *Le convenzioni matrimoniali provenienti dall'estero - Opponibilità ai terzi del regime patrimoniale tra coniugi regolato da legge straniera*, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2007; E. CALÒ, *Annotazione di convenzioni matrimoniali straniere a margine dell'atto di matrimonio*, in *Studi e materiali*, 6.1, 2001, 77 ss.

[52] La Corte di legittimità (Cass. civ., 3 maggio 1984, n. 2682) ha affermato la validità di un accordo stipulato durante il matrimonio tra due coniugi statunitensi, sposati all'estero e residenti in Italia, finalizzato a regolamentare i rapporti patrimoniali tra i coniugi in vista del divorzio (il c.d. *postnuptial agreement*). In particolare, la Corte ha ritenuto tale patto operante in Italia, senza necessità di omologazione del Tribunale, sul presupposto che dette intese fossero compatibili con le regole dell'ordine pubblico internazionale (art. 16 l. n. 218 del 1995) e che il principio di invalidità di un accordo di tipo preventivo tra i coniugi sull'assetto dei rapporti patrimoniali per l'epoca successiva al divorzio riguardasse, invece, l'ordine pubblico interno e trovasse di conseguenza applicazione solo per i cittadini italiani (argomentazione forse discutibile, ma che dimostra come le argomentazioni addotte a sostegno della tesi della nullità non siano poi così irrinunciabili).

[53] L'accordo rivolto a regolamentare, in previsione del futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli art. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità

Anche sotto il profilo normativo, numerose sono state in le proposte di legge aventi ad oggetto i patti prematrimoniali ed ora è in discussione la proposta di legge d'iniziativa dei deputati Morani e D'Alessandro avente ad oggetto proprio modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali.

4. Accordi in vista di separazione e divorzio

Il rapido *excursus* delle riforme del diritto di famiglia mostra come il legislatore, accogliendo di volta in volta specifiche istanze concrete, abbia scelto, in maniera consapevole, di aumentare vieppiù lo spazio concesso dall'autonomia negoziale all'interno della famiglia fondata sul matrimonio.
Inoltre, è evidente la maggior attenzione normativa alle necessità di tutti i cittadini, che si è tradotta nell'istituzione delle unioni civili e nelle convivenze di fatto oggetto di registrazione.
Anche tale novella (l. n. 76 del 2016) si inserisce nell'orientamento normativo di valorizzazione del singolo o della coppia specifica rispetto al tradizionale principio dell'interesse superiore della famiglia fondata sul matrimonio.
Le regole emerse dalla giurisprudenza impongono una riflessione: esse sono dettate in materia di famiglia fondata sul matrimonio.
Ciò non di meno, tali regole si devono ritenere applicabili anche alle famiglie fondate sull'unione civile e a quelle fondate sulla convivenza registrata di cui alla legge n. 76 del 2016.
In primo luogo perché la protezione che il legislatore ha sempre voluto fornire alla famiglia fondata sul matrimonio è la più forte, e nel momento in cui tali accordi sono validi per tale forma di famiglia lo devono essere anche per le altre forme familiari neo disciplinate.
Perciò, i principi come sopra enucleati dovranno essere certamente applicati come validi anche per le unioni civili e per le famiglie fondate sulla convivenza registrata. In tale ultimo caso, poi, lo spazio lasciato all'autonomia contrattuale

di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani. Cass. civ., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Giust. civ. Mass*., 1984.

è sicuramente più ampio: proprio la stessa legge n. 76 del 2016 contempla la possibilità di un contratto di convivenza all'interno del quale sono indicate solo alcune delle pattuizioni possibili, lasciando ampio spazio all'integrazione ad opera dei conviventi.

Alla luce di tali osservazioni, l'approccio ai contratti in vista di separazione e divorzio, i cosiddetti patti prematrimoniali, deve essere effettuato con lo spiriti innovativo e moderno che il legislatore ha mostrato.

I patti prematrimoniali sono accordi fra nubendi destinati a regolare l'eventuale futura crisi del matrimonio, contemplando sin dalla conclusione di tale accordo quali saranno le prestazioni a carico dell'uno o dell'altro coniuge.

Nell'ordinamento italiano non esiste una previsione normativa volta a regolare i patti prematrimoniali; non esiste nemmeno una norma che possa in qualche modo essere applicata in via analogica e la loro presunta invalidità viene desunta da principi di ordine pubblico positivo, di matrice prettamente italiana, poiché non si rinvengono eguali negli altri ordinamenti confinanti, né tantomeno in quelli di *common law*, al cui interno la prassi si è sviluppata.

La Corte di Cassazione, inizialmente, ha avuto una posizione di totale chiusura[54], dichiarando la nullità per illiceità della causa dell'accordo che prevedeva il diritto per il marito separato di mantenere fermo per un certo periodo di tempo l'ammontare dell'assegno dovuto alla moglie per il mantenimento della stessa e dei figli, a prescindere dall'eventuale divorzio. Nello stesso senso si è pronunciata la Corte qualche mese più tardi[55], ritenendo non vincolante per il giudice del divorzio il patto stipulato tra i coniugi anteriormente all'instaurazione del giudizio (nella specie, in sede di accordo di separazione consensuale), per l'assegnazione del godimento della casa di abitazione a uno di essi.

L'indirizzo prevalente, propenso a individuare molteplici e specifici profili di nullità dei patti in questione, ha consentito alla giurisprudenza degli anni '90 di dichiarare nulli una pluralità di accordi in vista del divorzio soprattutto affermando l'illiceità della causa[56]; oppure l'accordo con cui erano stati pattuiti, in via anticipata, la debenza e il *quantum* dell'assegno divorzile[57].

---

[54] Cass. civ., 11 giugno 1981, n. 3777.

[55] Cass. civ., 5 dicembre 1981, n. 6461.

[56] È stata dichiarata la nullità per illiceità della causa dell'accordo con cui i coniugi avevano pattuito, in sede di separazione consensuale, il diritto personale di godimento sulla casa di proprietà di un coniuge a favore dell'altro, destinato a valere per il periodo successivo al divorzio. Cass. civ., 11 dicembre 1990 n. 11788.

[57] Cass. civ., 6 dicembre 1991, n. 13128. Analogamente, sono state dichiarate nulle le intese preventive con le quali i coniugi avevano pattuito il diritto della moglie di godere di determinati beni mobili e immobili del marito in caso di divorzio (Cass. civ., 1 marzo 1991, n. 2180); oppure,

Nel 2000, una pronuncia della Corte di Cassazione ha fatto discutere gli addetti ai lavori, in quanto, pur riaffermando il generale e consolidato principio della nullità delle intese concluse al fine di regolamentare il futuro divorzio, ha tuttavia enunciato il principio per cui l'invalidità di tali accordi può essere fatta valere solamente dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno. Si è giunti, dunque, in via giurisprudenziale, a declassare un'ipotesi di nullità assoluta, come quella derivante dall'illiceità della causa o dalla violazione dell'ordine pubblico, a un'ipotesi di nullità relativa[58].

La Corte di Cassazione ha dato i primi segni di apertura nei confronti dei patti prematrimoniali con il nuovo millennio: nel 2001 ha pronunciato la validità di un accordo stipulato da due coniugi in sede di udienza presidenziale di divorzio, in forza del quale il marito avrebbe corrisposto alla moglie un assegno divorzile e, in aggiunta, quaranta milioni delle vecchie lire. Tale somma era stata espressamente qualificata dalle parti quale anticipo su eventuali aumenti che l'assegno divorzile avrebbe potuto subire in seguito a eventuali pronunce giudiziali di modifica (in aumento) dell'ammontare dell'assegno divorzile[59].

---

degli accordi con cui era stata concordata la vendita di un immobile con conseguente divisione del ricavato tra i coniugi (Cass. civ., 4 giugno 1992, n. 6857).

[58] Cass. civ., 14 giugno 2000, n. 8109: nella specie, il caso riguardava un accordo intervenuto tra due coniugi, in sede di separazione e in vista del divorzio, con il quale le parti avevano concordato l'ammontare dell'assegno divorzile; successivamente, il coniuge onerato alla corresponsione aveva invocato la nullità dell'accordo. Sempre nel medesimo anno, sei mesi più tardi, la Cassazione (Cass. civ., 1 dicembre 2000, n. 15349), richiamando la sua precedente decisione, ha affermato che tale "nullità relativa" non soltanto avrebbe potuto essere invocata solo dal coniuge avente diritto all'assegno (in violazione dell'art. 1421 c.c.), ma avrebbe dovuto anche essere fatta valere esclusivamente nella procedura di divorzio, e non in epoca successiva alla pronuncia stessa. In tal modo, è stata introdotta per quell'ipotesi di nullità anche un'impropria forma di prescrizione.

[59] Non viola il principio di indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del vincolo coniugale (ed è, pertanto, del tutto legittima) l'eventuale compensazione operata tra l'importo del credito vantato dall'ex coniuge in ragione del successivo incremento dell'assegno divorzile disposto dal giudice ed una somma in precedenza corrisposta dall'obbligato all'assegno stesso con funzione integrativa di quest'ultimo, da tenere in conto (come convenzionalmente pattuito tra i coniugi in sede di scioglimento del vincolo matrimoniale) nell'ipotesi, appunto, di verificazione delle condizioni legali per un aumento, somma da considerare, conseguentemente, come una forma di anticipazione del maggior importo eventualmente dovuto in futuro all'ex coniuge (nell'affermare il principio di diritto che precede la S.C. ha ulteriormente precisato che, dal computo aritmetico necessario ai fini della compensazione, vanno esclusi gli interessi corrispettivi di cui all'art. 1282 c.c. tutte le volte in cui il tenore dell'accordo intercorso tra i coniugi non consenta di ravvisare, in capo all'obbligato, il permanere della titolarità, in relazione all'importo versato, di un credito liquido ed esigibile); cfr. Cass. civ., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 345.

4.1. Limiti tradizionalmente individuati dalla giurisprudenza

La giurisprudenza negli anni ha perciò assunto una posizione contraria alla validità dei patti prematrimoniali, seppur con qualche spunto di apertura.
In assenza di un divieto normativo espresso, le sentenze fanno tutte riferimento alla contrarietà a principi superiori, di ordine pubblico e di struttura dell'ordinamento.
Una prima categoria di nullità asserite è quella della illiceità della causa *ex* art. 1343 c.c., per violazione del principio (di ordine pubblico) di indisponibilità dello *status*, consistendo in una mercificazione dello *status* di coniuge che è, invece, per sua natura indisponibile[60].
Tali accordi determinerebbero la prestazione del consenso allo scioglimento del matrimonio in cambio di una prestazione patrimoniale, limitando, tra l'altro, la libertà di difesa dei coniugi nel futuro giudizio di divorzio (in tal senso: Cass. civ., 5 dicembre 1981, n. 6461; Cass. civ., 20 maggio 1985, n. 3080; Cass. civ., 28 ottobre 1994, n. 8912).
Al primo motivo di nullità, perciò, se ne sovrappone anche un secondo: i patti prematrimoniali condizionerebbero il comportamento processuale dei coniugi in un giudizio, quale quello di divorzio, che ha per oggetto il mutamento dello *status*.

Ai fini della validità dei patti, si può evidenziare come essi non possano determinare una mercificazione dello *status*, in quanto il divorzio, nel nostro ordinamento, prescinde dal consenso del marito o della moglie e costituisce, al contrario, un diritto potestativo esercitabile liberamente da ciascuno dei coniugi e agevolato anche dalla previsione normativa della possibilità di ottenere una pronuncia non definitiva esclusivamente sullo *status*[61].

---

[60] Cass. civ., 20 maggio 1985, n. 3080, in *Foro it*., 1986, I, 747: gli accordi preventivi tra i coniugi sul regime economico del divorzio prima che esso sia pronunciato hanno sempre lo scopo o, quanto meno, l'effetto di condizionare il comportamento delle parti nel giudizio concernente lo *status*, limitandone la libertà di difesa.
Cass. civ., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. e dir*., 1995, 14: L'accordo preventivo concluso fra i coniugi riguardante l'assetto dei rapporti matrimoniali tra essi intercorrenti in caso di divorzio è radicalmente nullo, poiché con esso si limita il loro comportamento processuale in un giudizio concernente uno "*status*": nella specie, è nulla la transazione avente ad oggetto il diritto all'assegno divorzile.

[61] Se lo scopo del Legislatore fosse stato effettivamente quello di rendere la decisione in ordine allo *status* del tutto svincolata da ogni valutazione di tipo economico, allora non si spiegherebbe l'introduzione del divorzio su domanda congiunta, nel quale gli accordi economici e patrimoniali vengono liberamente concordati dai coniugi in un momento anteriore rispetto all'emissione, da parte del Tribunale, della decisione sullo *status*. Come osserva autorevole dottrina, «… il

Inoltre, la nullità dei patti prematrimoniali è imputata alla indeclinabilità degli effetti del matrimonio[62]. Con detti patti si andrebbe a disporre del contenuto degli obblighi matrimoniali, seppur nella fase dello scioglimento della stessa. Il regolamento dei rapporti patrimoniali tra coniugi divorziati deve infatti poter assicurare al coniuge richiedente, qualora questi non abbia adeguati mezzi propri, il mantenimento, almeno in via tendenziale, del tenore di vita goduto durante il matrimonio e, pertanto, nei limiti in cui non si stravolga detto principio, può considerarsi valida e vincolante la rinuncia al mantenimento liberamente concordata dalle parti, salvo il sopravvenire di nuove circostanze che impongano la revisione di detti accordi[63]. Le componenti, quindi, sono due: la rinuncia preventiva e il fatto che essa possa essere stata dettata da un interesse economico di facile quantificazione[64].

---

consenso alla procedura su domanda congiunta ben può essere barattato fino all'ultimo istante prima della firma dell'istanza, con più o meno estese concessioni della controparte in assenza delle quali lo scioglimento del matrimonio rischia di arrivare, anziché subito, con diversi anni di ritardo. Il che evidenzia che … se il legislatore avesse veramente voluto rendere la scelta sul divorzio del tutto avulsa da quella sulle relative condizioni economiche, non avrebbe consentito alle parti di discutere queste ultime se non dopo il passaggio in giudicato della decisione sullo scioglimento del vincolo» (cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, *Fam. e dir.*, I, 2012).

[62] Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio e volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo per illiceità della causa in quanto diretto, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio e perché contrario ai principi di indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive decise in sede divorzile e di tutela del coniuge economicamente più debole. Trib. Varese, 29 marzo 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 3, 295.

[63] Una volta omologate, le condizioni di separazione anche in sede di divorzio costituiscono un punto di riferimento e sono suscettibili di essere replicate nella sentenza di divorzio se sono rimaste invariate le circostanze di fatto che le avevano giustificate. La questione relativa alla validità degli accordi preventivi di divorzio non è tanto in termini di astratta classificazione del diritto al mantenimento come indisponibile o parzialmente disponibile, e quindi rinunciabile in via preventiva o successiva, quanto quella di verificare se nel fare riferimento, nella sentenza di divorzio, agli accordi dei coniugi adottati in sede di separazione ovvero ad accordi preventivi di divorzio, si realizzi una lesione di interessi primari per la cui tutela il legislatore – ed il giudice nell'applicare la legge – interviene in senso positivo, ponendo dei limiti alla autonomia privata: quindi, è da verificare se l'accordo adottato dai coniugi in sede di separazione (corresponsione di una somma *una tantum* e rinuncia ad altre pretese) in concreto violi quel limite inderogabile rappresentato dalla funzione assistenziale che la legge attribuisce all'assegno di divorzio. Trib. Messina, 10 dicembre 2002, *Arch. civ.*, 2003, 410.

[64] Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo; è consentito, invece, che le parti, in sede di divorzio, dichiarino espressamente che, in virtù di una pregressa operazione (ad es. trasferimento immobiliare) tra di esse, l'assegno di divorzio sia già stato corrisposto *una tantum*

Tale motivo di nullità non sussiste tutte le volte in cui i coniugi si limitano a prevedere le conseguenze sul piano economico del loro eventuale divorzio, senza tuttavia assumere alcun impegno con riferimento ai comportamenti processuali da tenere nel successivo giudizio di divorzio e destinati a influire sullo *status* coniugale[65]. Infatti, la pattuizione sulle condizioni patrimoniali in vista del divorzio non incide necessariamente sui futuri comportamenti processuali che i coniugi devono tenere nel relativo giudizio, posto che «altro è porre a base del sinallagma negoziale l'impegno sullo *status* (mi obbligo a divorziare/a non divorziare), e ben altro è prestabilire le mere conseguenze economiche dell'eventuale mutamento di *status*», concludendo per la validità di una pattuizione in cui le parti «si limitino a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale»[66].

---

con conseguente richiesta il giudice di stabilire conformemente l'assegno medesimo, ma in assenza di tale inequivoca richiesta è inibito al giudice di determinare l'assegno riconoscendone l'avvenuta corresponsione in unica soluzione. Del tutto diversa è l'ipotesi in cui le parti abbiano già regolato i propri rapporti patrimoniali e nessuna delle due richieda un assegno (tale regolamento, infatti non necessariamente comporta la corresponsione di un assegno *una tantum*, potendo le parti avere regolato diversamente i propri rapporti patrimoniali e riconosciuto, sulla base di ciò, la sussistenza di una situazione di equilibrio tra le rispettive condizioni economiche con conseguente non necessità della corresponsione di alcun assegno), nel qual caso l'accordo è valido per l'attualità, ma non esclude che successivi mutamenti della situazione patrimoniale di una delle due parti possa giustificare la richiesta di corresponsione di un assegno a carico dell'altra. (Nella fattispecie la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, escluso che i coniugi avessero dichiarato l'avvenuta corresponsione *una tantum* dell'assegno di divorzio in virtù di una precedente operazione di trasferimento immobiliare, aveva proceduto alla determinazione dell'assegno medesimo su richiesta di modifica delle condizioni di cui alla sentenza di divorzio presentata da uno degli ex coniugi). Cass. civ., 9 ottobre 2003, n. 15064, in *Arch. civ.*, 2004, 1335.

[65] Il principio secondo il quale gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, sono nulli per illiceità della causa, anche nella parte in cui concernono l'assegno divorzile – che per la sua natura assistenziale è indisponibile – in quanto diretti, implicitamente o esplicitamente, a circoscrivere la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole, la cui domanda di assegnazione dell'assegno divorzile potrebbe essere da detti accordi paralizzata o ridimensionata. Cass. civ., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. e dir.*, 2000, 429.

[66] L'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 c.c. (nella specie le parti, pochi mesi prima della pronuncia di separazione "a conclusioni congiunte", avevano convenuto che l'erogazione dell'importo a titolo di assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta meno all'atto dell'inizio della causa per la pronunzia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a "nulla pretendere dal marito, né a titolo di "*una tantum*", né di mantenimento". Trib. Torino, ord. 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803.
In dottrina: G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio*, cit.

Infine, si deve sottolineare come lo stesso accordo formato contestualmente alla separazione o al divorzio non sia valido se convenuto e formato fra i coniugi in un momento antecedente, dove per antecedente si intende sicuramente antecedente alla crisi del matrimonio, ma anche alla conclusione dello stesso.
Da un lato il dubbio è che uno dei coniugi possa essere indotto ad accettare la separazione o il divorzio per il solo fattore economico favorevole, già pattuito in precedenza. Dall'altro lato, il timore è che l'accordo, che in un momento anteriore pareva equilibrato e sensato, al momento della separazione o del divorzio si possa presentare come assai sfavorevole e gravoso per uno dei due coniugi, che in quel momento non avrebbe accettato quel contenuto economico, pur convenendo sulla necessità di interrompere il vincolo matrimoniale.
Anche l'analisi di questo principio si rivela strettamente connessa a quanto già osservato in precedenza; in particolare, sotto il profilo temporale emerge con marcata chiarezza la forza della regola *rebus sic stantibus* e la differenza operativa delle normali regole contrattuali, che chiamerebbero in causa i rimedi dell'eccessiva onerosità sopravvenuta o della presupposizione per poter porre nel nulla l'accordo e procedere ad una nuova negoziazione[67].

È necessario distinguere tra accordi aventi a oggetto il condizionamento del comportamento delle parti in un giudizio sullo *status*, nulli per illiceità della causa, ed accordi diretti solo a concordare in prevenzione l'assetto economico dei rapporti conseguenti al divorzio, in cui il condizionamento del comportamento processuale rileva, semmai, alla stregua di un semplice motivo; R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975. Un comportamento umano non deducibile in obbligazione può essere dedotto in condizione e tra tali comportamenti umani rientra anche la volontà di assumere uno *status*. Ciò in particolare si verifica quando le parti non intendono con il loro negozio porre un vincolo, giuridicamente rilevante, a tenere o a non tenere un certo comportamento, ma si limitano a prefigurare le conseguenze di quest'ultimo, condizionandovi l'efficacia di un determinato impegno di carattere patrimoniale.

[67] Vedi *Orientamento della Commissione Famiglia e Successioni del Consiglio Notarile di Firenze*, https://www.consiglionotarilefirenze.it/index.php/component/content/article/44-osservatorio/famiglia-e-successioni/210-accordi-crisi-matrimoniale.html «… Conseguentemente, le residue cautele manifestate dalla giurisprudenza italiana, diversamente da altri ordinamenti vicini al nostro (Francia, Germania, Catalogna) attraverso il formale ossequio alla posizione tradizionale, anche quando decide per la validità del singolo contratto sugli effetti economici del divorzio, sembrano riposare sul timore di una possibile sopraffazione di un coniuge a danno dell'altro. Per superare simili residue perplessità, sul piano operativo può essere utile, in primo luogo, fare emergere dal testo contrattuale che le parti avessero chiare e definite le reciproche condizioni economiche e patrimoniali, cioè i presupposti di fatto che hanno condotto alla conclusione di quel contratto ed a quelle condizioni (c.d. *full disclosure*). In secondo luogo, può essere opportuno che le parti siano assistite da consulenti di fiducia, ove la informativa notarile non risulti in concreto sufficiente a superare eventuali asimmetrie informative. Infine, ove la parti non intendano procedere ad una sistemazione definitiva, ma, al contrario, intendano dare rilevanza alle sopravvenienze che dovessero verificarsi nel lasso di tempo intercorrente tra la conclusione

4.2. I recenti orientamenti favorevoli

La posizione della giurisprudenza, ancora una volta, si è mostrata innovativa e disposta ad accogliere le istanze della prassi. La Cassazione, infatti, ha confermato la validità di alcuni patti prematrimoniali, tracciando i confini di quanto accettabile per il nostro ordinamento, fermi i principi cardine già analizzati, e accogliendo la possibilità di pattuizioni valide ora per allora. Due sono le sentenze che hanno segnato il passo: Cass. n. 23713/2012 e 19304/2013.
La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 23713 del 21 dicembre 2012, ha esaminato il caso di due coniugi che, prima del matrimonio, avevano convenuto, con scrittura privata, che la moglie avrebbe trasferito al marito, in caso di fallimento del matrimonio, un immobile di sua proprietà, in adempimento dell'obbligo di restituzione di somme sovvenute dal marito per la sistemazione di altro immobile, sempre di sua proprietà, adibito dopo la ristrutturazione a residenza coniugale[68].
La sentenza della Cassazione n.19304 del 21 agosto 2013, invece, si pronuncia su un contratto fra coniugi che avevano pattuito che l'obbligo di restituzione di una somma mutuata dall'uno coniuge all'altro sarebbe stato subordinato alla intervenuta separazione personale. La Cassazione, dopo aver riconosciuto che la condizione così formulata ha piena validità, nega che il contratto in questione possa essere considerato un negozio atipico, qualificandolo invece come contratto di mutuo.
Le sentenze in commento mostrano come la scelta della giurisprudenza sia stata quella di riconoscere validità a tutti gli accordi stipulati in prossimità del matrimonio o in costanza dello stesso che prevedano una sospensione di una delle obbligazioni contrattuali sino a che il matrimonio funzioni, in considerazione della solidarietà familiare e della assistenza materiale dovuta fra i coniugi, valorizzando, da un lato, le obbligazioni matrimoniali e, dall'altro, l'autonomia negoziale per disciplinare alcune situazioni meritevoli *ex* art. 1322 c.c. per il caso in cui il matrimonio si sciolga. In tal modo la Cassazione sottolinea la prima linea guida per l'analisi di questi contratti: per la loro validità, la causa di queste obbligazioni non deve essere il matrimonio o lo scioglimento del matrimonio ma la causa del contratto effettivamente concluso dalle parti.

del contratto e la sua effettiva esecuzione, è possibile prevedere una clausola di rinegoziazione, recante appunto l'obbligo di rinegoziare il contenuto delle prestazioni postconiugali, se del caso anche attraverso l'intervento di un mediatore qualificato, al verificarsi di significativi mutamenti delle reciproche condizioni (es. un licenziamento, una malattia invalidante etc.)».

[68] A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Fam. e dir.*, 2013, 69 ss.

Nella prima sentenza, n. 23713 del 2012, le parti hanno concluso un prestito e hanno previsto che l'obbligazione di restituzione fosse sin da subito con facoltà alternativa, attribuendo alla parte obbligata alla restituzione la possibilità di pagare con denaro o mediante dazione in pagamento di un bene pre identificato, già accettato come modalità solutoria da parte del creditore. L'obbligazione di restituzione ha, perciò, origine nel prestito e non nella crisi della famiglia, che funziona solo come evento a cui è condizionata la detta restituzione.
La Cassazione non qualifica di per sé invalida detta condizione per il fatto che l'evento dedotto sia la cessazione del matrimonio o l'insorgenza della crisi coniugale; l'indagine, per stabilire la validità di detto accordo condizionato, va condotta sulla causa concreta perseguita dalle parti e sulla tenuta tecnica della previsione del meccanismo condizionale, anche prendendo spunto da quanto già consolidato in materia di condizioni lecite collegate alle nozze.
La regola che emerge con chiarezza, perciò, prevede che se la crisi del matrimonio è solo condizione di una obbligazione, che ha la sua fonte in un diverso ed autonomo contratto, la validità del contratto e della condizione apposta non sono in discussione.
Il corollario di questa regola è evidente: il contratto non potrà avere ad oggetto la sistemazione dell'intero patrimonio dei coniugi, poiché un simile contratto ha la sua unica causa nella crisi del matrimonio. Perciò, il contratto a cui è apposta la condizione avrà per natura una causa autonoma e relativa ad una sola porzione del patrimonio di uno dei due coniugi.

Una recentissima sentenza della Cassazione, 30 gennaio 2017, n. 2224, ha ribadito i principi in discussione in materia di assegno in favore del coniuge divorziato, sottolineando l'orientamento tradizionale secondo cui gli accordi preventivi aventi ad oggetto l'assegno di divorzio sono affetti da nullità, affermando come gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico – patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio – potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio.
Tale cassazione, che è evidentemente chiara sulla nullità dei patti prematrimoniali, ha però ad oggetto un patto avente ad oggetto l'assegno di divorzio nel suo

complesso (addirittura stabilito *una tantum*), che per sua struttura potrebbe indurre il coniuge a rinunciare alla controversia per accettare quanto pattuito in precedenza, compromettendo il libero diritto alla difesa e commercializzando lo *status*.
Questa recente Cassazione non si pone in rottura con le Cassazioni favorevoli sopra citate, bensì è allineata, perché ribadisce la nullità del patto complessivo, avente ad oggetto la sistemazione dell'intero patrimonio e della posizione dei coniugi post matrimoniale in caso di crisi, con la causa della attribuzione che è proprio lo scioglimento del vincolo.
La Cassazione, perciò, seppur *a contrario*, approva la linea già delineata in precedenza e mantiene fermi i limiti già enunciati: riconoscimento di validità alle pattuizioni che abbiano la loro causa non nella crisi del matrimonio ma che siano solo condizionati nell'esecuzione dell'obbligazione al fallimento del matrimonio e comunque che abbiano ad oggetto una obbligazione specifica e non una generica obbligazione di dare relativa all'intero patrimonio familiare.

5. Prime conclusioni sugli accordi in vista di separazione e divorzio

L'autonomia negoziale fra i coniugi è stata, negli anni, oggetto di numerosi ampliamenti ad opera del legislatore. Tali innovazioni sono state principalmente di due categorie.
Una prima categoria, conforme anche ai principi più tradizionali, è quella nella quale è possibile raggruppare le novità destinate a concedere vantaggi e sconti procedurali per tutte le ipotesi di accordo fra i coniugi. In tali situazioni, come il divorzio congiunto o i termini abbreviati per chiedere il divorzio, il legislatore non modifica sostanzialmente i diritti spettanti agli stessi ma amplia il contenuto degli stessi, concedendogli maggiori mezzi di attuazione dei diritti già loro spettanti.
Una seconda categoria, frutto soprattutto delle più recenti riforme, comporta innovazioni più profonde: l'autonomia fra coniugi cambia contenuto e vengono concessi maggiori diritti.
La prima riforma storica in tal senso è stata quella dell'assegno *una tantum* in sede di divorzio, con la previsione del quale alle parti era concesso di modificare le regole sulla solidarietà post coniugale. L'esempio più recente è lo scioglimento degli effetti civili avanti al Sindaco, senza che sia necessario alcun controllo giudiziale, nemmeno di legittimità o regolarità.
La linea guida che conforma entrambe le categorie è comunque sempre la medesima: spazio all'autonomia dei coniugi, purché non ci siano figli bisognosi

di tutela. In quel caso, rivivono tutte le cautele predisposte, un tempo anche a tutela reciproca dei coniugi, ed oggi solo a vantaggio della prole.
In questa tendenza normativa, la giurisprudenza si è inserita con una posizione decisa e chiara, dapprima fortemente contraria, poi sempre più disponibile, sino al punto di tracciare delle linee guida per stabilire se un patto prematrimoniale possa essere considerato valido nel nostro ordinamento, ovvero esso debba esser tacciato di nullità. La prassi, poi, ha marcatamente spinto verso il riconoscimento di tali pattuizioni, soprattutto considerando la diffusione internazionale di tali accordi e la loro capacità di prevenzione della litigiosità.
Certamente il legislatore e la giurisprudenza, ciascuno nel suo ambito, hanno permesso di identificare, attraverso i più recenti interventi, pattuizioni valide e accettabili per il nostro ordine pubblico positivo.
Le due principali caratteristiche di un accordo in vista di separazione e divorzio perché possa superare il vaglio giurisprudenziale è che abbiano la loro causa non nella crisi del matrimonio ma che siano solo condizionati nell'esecuzione dell'obbligazione al fallimento del matrimonio e comunque che abbiano ad oggetto una obbligazione specifica e non una generica obbligazione di dare relativa all'intero patrimonio familiare.

6. Polizze assicurative in supporto alla crisi della famiglia

Uno strumento che si presenta consono e adeguato ai principi giurisprudenziali come evidenziati nelle precedenti pagine è la polizza assicurativa.
Per poter correttamente funzionare dovrà avere alcune caratteristiche: essa, in primo luogo, dovrà avere come finalità il supporto alla famiglia e non essere creata per la sola crisi della stessa.
La polizza sarà una polizza principalmente di accumulo con la possibilità di avere anche una componente rischio morte per il caso in cui la famiglia si sciolga per tale evento.
Il prodotto assicurativo, perciò, dovrà avere la sua causa, la sua funzione concreta indipendentemente dalla crisi della famiglia: il contratto dovrà essere un contratto di assicurazione che concede al contraente alcune possibilità, fra le quali c'è quella di un riscatto anticipato nel caso di crisi della famiglia.
Perciò il primo requisito, ovvero che l'obbligazione abbia una sua fonte diversa ed autonoma è pienamente rispettata. La fonte, infatti, delle obbligazioni è il contratto con l'assicurazione, solo parzialmente condizionato nell'esecuzione di una o più prestazioni alla crisi della famiglia.
Inoltre, una polizza di tal fatta non nasce per avere ad oggetto l'intero patrimonio

della famiglia e comunque non ha la pretesa di essere sostitutivo di un accordo da concludersi in sede di separazione consensuale e di contemplare tutte le obbligazioni connesse allo scioglimento della famiglia.
Infatti, punto di estrema importanza è che il diritto di riscatto anticipato sia condizionato non alla generica crisi della famiglia, bensì allo scioglimento della famiglia in base ad un accordo (sia esso di separazione o di divorzio, sia esso mediante procedimento avanti al giudice consensuale, ovvero mediante negoziazione assistita o ancora mediante accordo espresso avanti al sindaco). Il fatto che la polizza sia collegata e tecnicamente condizionata allo scioglimento contrattuale della famiglia permette anche di superare con certezza la tutela del diritto alla difesa del coniuge: se ciò che potrebbe ricevere in forza della polizza nel caso di separazione consensuale non pare idoneo o sufficiente, la parte potrà sempre scegliere di avvalersi della separazione giudiziale o piuttosto del divorzio contenzioso, senza alcun pregiudizio per il suo diritto alla difesa. Anzi, con il vantaggio che la conoscenza della polizza e l'avvenuto accantonamento in essa di una somma per la famiglia sia una informazione da riportare nel giudizio contenzioso di scioglimento della famiglia.
Sarebbe valida anche una clausola contenuta nel contratto di assicurazione che, in presenza di un simile contenzioso, prevedesse un recesso con restituzione (salvo penali) alle parti che hanno proceduto al versamento della polizza. Anche in questo caso la polizza non perderebbe la sua funzionalità poiché chi ha versato sperando di evitare un contenzioso e lo deve affrontare ugualmente, potrebbe avere interesse a riottenere i premi versati per utilizzarli ai fini del giudizio instauratosi.
In conclusione, la polizza assicurativa presenta una serie di caratteristiche che le permettono di essere funzionale alla crisi della famiglia, senza perdere di utilità nel caso in cui detta crisi non si verifichi senza infrangere i limiti imposti dalle recenti cassazioni in tema di patti prematrimoniali.
In particolare, detta polizza ha cinque punti di forza a sostegno della sua validità: essa ha ad oggetto un'obbligazione di dare con una sua causa autonoma e non connessa alla famiglia (non ha causa illecita); ha ad oggetto solo una parte del patrimonio e certamente non attiene agli accordi personali fra coniugi (non ha oggetto illecito); ha come condizione di riscatto anticipato lo scioglimento consensuale della famiglia (non commercializza lo *status* familiare); non lede il diritto di difesa del coniuge per il quale non è impregiudicato il diritto di rivolgersi al giudice per uno scioglimento contenzioso (non lede il diritto di difesa) e, infine, conferisce il vantaggio di sapere che esiste una polizza destinata ai bisogni della famiglia che potrebbe essere asservita alla crisi della famiglia su indicazione del giudice (tutela l'interesse superiore della famiglia).

Accordi stragiudiziali sulla crisi coniugale e giustizia contrattuale

Roberta Montinaro
Ricercatrice confermata, Università di Teramo

Il ruolo riservato all'autonomia privata nella determinazione delle conseguenze economiche della separazione e del divorzio è mutato nel tempo, per via della evoluzione della disciplina positiva e della sua interpretazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza. I coniugi possono concludere accordi circa le suddette conseguenze nell'ambito delle regole concernenti la negoziazione assistita, per prevenire e risolvere liti in materia di separazione e divorzio (legge n. 162 del 2014). Tali regole non prevedono alcun sindacato del giudice sull'accordo raggiunto dai coniugi. Inoltre, la loro introduzione ha riacceso il dibattito, mai sopito, circa la validità dei cc. dd. accordi preventivi per regolare i termini economici della crisi coniugale. Ne discende l'arduo compito per gli interpreti di stabilire una chiara linea di confine tra quegli aspetti della disciplina in tema di separazione e divorzio, che non appaiono derogabili ad opera dell'autonomia privata, e ciò che invece può costituire oggetto di accordo. Allo stesso tempo, il nuovo, più ampio, peso riconosciuto al contratto solleva preoccupazioni sotto il profilo della c.d. giustizia contrattuale ed esige che si rinvengano adeguate tecniche di tutela, anche attingendo al diritto comune dei contratti.

The role played by private ordering in regulating the financial terms of marriage dissolution has changed over time due to the evolution undergone by family law rules. Indeed, the spouses may agree on the terms of separation and divorce within the frames set out by the rules on consensual dispute resolution enacted by Law n. 162/2014. The latter does not explicitly provides any judicial review of the parts of the agreements that delineate the spouses economic rights. Such a broader role played by private ordering has revived the debate on the validity of the so-called pre-nuptial (or post-nuptial) agreements under the rules on marriage dissolution. At the same time, it entails the need to establish a clear distinguish between those aspects that can become the subject of an agreement between the spouses and what is outside the realm of private ordering. Private

ordering also raises concerns regarding, on the one hand, the possible condition of bounded rationality by one of the parties at the time the agreement is concluded and, on the other hand, the substantive fairness of the terms agreed upon.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Pretesa indisponibilità dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Lo *status* di coniuge debole. – 3. Posizione assunta dalla giurisprudenza sul tema della indisponibilità dell'assegno di divorzio. La questione della validità degli accordi preventivi (rinvio). – 4. Segue: riflessi degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza relativa agli accordi preventivi sul tema della c.d. giustizia compensativa o giustizia di genere; ruolo svolto dall'autonomia contrattuale. – 5. Revisione critica della impostazione tradizionale: la dottrina alla ricerca di un equilibrio tra tutela del coniuge economicamente svantaggiato e libera esplicazione dell'autonomia contrattuale. – 6. Segue: Il problema (ancora aperto) della spettanza e determinazione dell'assegno divorzile. – 7. La legge n. 164 del 2014 e l'autonomia privata assistita nel campo dei rapporti patrimoniali inerenti alla crisi. – 8. Autonomia privata assistita nel campo degli accordi conclusi in vista della crisi: la giustizia procedurale nella fase della negoziazione. – 9. Il sindacato di equità del giudice sugli accordi stragiudiziali tra coniugi: l'autonomia privata controllata nella materia dei rapporti patrimoniali che si rannodano alla crisi coniugale.

1. Premessa

La prassi fa registrare la conclusione di accordi, con cui i coniugi mirano a dare regola ai rapporti patrimoniali conseguenti alla crisi coniugale al di fuori dei procedimenti giudiziali di separazione o di scioglimento del matrimonio. Si tratta di una categoria assai ampia, che include, innanzitutto, le pattuizioni negoziate quando la crisi è ancora futura ed eventuale (i c.d. accordi preventivi[1], intercorsi tra i coniugi prima o dopo la celebrazione del matrimonio); ma

[1] G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, I, 493 ss.; ID., «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171 ss. Per la dottrina successiva si veda L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento, Commento a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109 - Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810*, in *Corr. giur.*, 2000, 1023 ss.; F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio:* distinguishing *o* perspective overruling?, in *Contr. impr.*, 2000, 1136 ss.; E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 303 ss., 312; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici, Nota a Cass., 14 giugno 2000, n. 8109*, in *Familia*, 2001, 245 ss.; C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio, Art. 149*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 643 ss.; ID., *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, in *Fam. pers. e succ.*, 2005,

che comprende altresì quegli accordi, più diffusi nella nostra realtà socio-economica, presi quando la crisi è già in corso. Tra questi, come si dirà, vanno collocate, non solamente le pattuizioni concluse al tempo della separazione ed in vista del divorzio, ma, più in generale, quelle raggiunte nell'ambito delle procedure di negoziazione assistita in materia di controverse familiari, di cui agli artt. 6 e 12 della legge 10 novembre 2014, n. 162[2] (che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132). Mancando una disciplina legislativa che distingua tra le diverse specie di accordi, ad esempio, in ragione del tempo in cui sono assunti o del loro contenuto[3], pare corretto accomunare le suddette manifestazioni di volontà negoziale, ai fini della presente indagine, in considerazione del fatto che si tratta di forme di esercizio stragiudiziale dell'autonomia dei coniugi.

Ed infatti, in mancanza di un controllo giudiziale (di tipo preventivo[4]), tali accordi sollevano taluni interrogativi sotto il profilo della c.d. giustizia contrattuale[5],

54 ss.; E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 543 ss.

[2] C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 665 ss., 677-678; F. TOMMASEO, *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1053 ss.; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 304 ss.; G.A. PARINI, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 602 ss.

[3] Si rinvia, per un esame delle diverse proposte di legge, a F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 191 ss., 198. La dottrina osserva che gli accordi tra coniugi possono perseguire diverse funzioni, tipiche od atipiche (R. BOCCHINI, *Sussidiarietà ed accordi prematrimoniali*, in AA.VV., MAR. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 375 ss.), ed avere il contenuto più vario. La giurisprudenza, invece, ha tracciato una distinzione, recepita tuttavia criticamente dagli studiosi della materia, tra accordi per regolare l'intero assetto economico della crisi od un suo aspetto rilevante, come l'assegno divorzile (questi solo qualificabili come preventivi ed affetti da nullità, per le ragioni che si chiariranno più oltre nel testo), e contratti che vertono su una specifica situazione patrimoniale, nei quali la crisi matrimoniale assume la veste di mera condizione. Cfr. sul punto, G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, cit., 250 ss., 264 e V. CARBONE, *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, ivi, 243 ss.

[4] Cfr. A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio*, in *Familia*, 2003, 133 ss. nonché E. QUADRI, *Il giudice nelle relazioni familiari: ruolo e caratteristiche*, in *Fam. pers. e succ.*, 2009, 952 ss. Tale ultimo A. sottolinea l'arduo compito che l'interprete è costretto ad assumere, al fine di armonizzare la tendenza alla contrattualizzazione dei rapporti tra coniugi, ricordata nel testo, e le forme di controllo giudiziale, che costituiscono la più spiccata espressione di specialità del diritto di famiglia.

[5] E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole*

imponendo di ricercare un punto di equilibrio tra due contrapposte esigenze: da un lato, garantire all'autonomia privata la possibilità di esplicarsi[6], dall'altro, offrire adeguata tutela al coniuge che versi in una condizione di debolezza economica e/o di inferiorità di potere negoziale nei confronti della controparte[7]. Ed infatti, la *contrattualizzazione* del diritto di famiglia[8] – espressione utilizzata per registrare l'ampiezza con cui l'autonomia contrattuale dei coniugi può esplicarsi[9] – reca con sé il problema della possibile disparità di forza negoziale tra i contraenti e degli squilibri del regolamento contrattuale. Accanto alla prospettiva tradizionale, preoccupata per lo più di affrontare i problemi correlati alla posizione di svantaggio economico di uno dei coniugi (cfr. *ultra*, par. 1), l'attenzione della dottrina si è rivolta a prendere in considerazione aspetti ulteriori. Invero, dall'intreccio tra profili economici ed interessi di tipo personale, che connota la contrattazione tra coniugi, può discendere, nel caso concreto, un assetto d'interessi imposto dall'uno all'altro, anziché frutto di accordo[10]. Inoltre, il regolamento negoziale può essere il risultato di *deficit* informativo (in ordine ai presupposti di fatto presenti al tempo della conclusione del contratto e/o alle prerogative riconosciute a ciascun contraente dalla legge) o di incapacità di prevedere mutamenti futuri delle condizioni economiche e personali di uno dei contraenti[11]. Nel primo caso, si pone l'esigenza di tutelare l'autodeterminazione dei coniugi al tempo della conclusione dell'accordo; nel

tra legge e autonomia privata, in *Familia*, 2002, I, 990 ss., 1000; M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 57 ss.

[6] In ordine al ruolo assunto dall'autonomia privata come fonte dei rapporti in seno alla famiglia, nel prisma del principio di sussidiarietà, si veda R. GIANPIETRAGLIA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 330 ss., nonché R. BOCCHINI, *Sussidiarietà ed accordi prematrimoniali*, cit., 375 ss.

[7] Circa la necessità per l'interprete di bilanciare le due esigenze ricordate nel teso, anche alla luce della tendenza, riscontrabile nel diritto di famiglia per effetto dell'evoluzione legislativa, ad un avvicinamento al diritto comune e alla conseguente perdita di specialità, cfr. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, cit., 198, cui si rinvia per più ampi richiami.

[8] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 213 ss., 229.

[9] M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, cit., 57.

[10] C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 494 ss., 529; A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio*, cit., 133; E. SOMMA, *Autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 597 ss.

[11] M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, cit., 100- 102. Anche T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, I, 45 ss., 58, nota 45, pone in

secondo, invece, si tratta di rimediare ad assetti negoziali svantaggiosi per una delle parti, dipesi da una condizione di razionalità limitata[12], al pari di quanto avviene in altre aree del diritto dei contratti. Per consolidata tradizione, inoltre, gli accordi tra coniugi si reputano soggetti al principio *rebus sic stantibus*[13], desumibile dalla disciplina in tema di separazione e divorzio ed applicabile in presenza dei presupposti ivi previsti. Non si dubita, quindi, che anche gli accordi stragiudiziali siano sottoposti al suddetto principio; si discute, tuttavia, circa la questione se quest'ultimo possa assumere contorni e funzioni parzialmente diversi da quelli prefigurati dalla suddetta disciplina (cfr. *ultra*, par. 8).

Proprio la consapevolezza di siffatti modi di atteggiarsi della debolezza contrattuale nella contrattazione tra coniugi è alla base di alcune concezioni restrittive dell'autonomia privata e, in particolare, delle teorie che negano validità agli accordi preventivi conclusi per regolare le conseguenze economiche della crisi[14].

Nelle riflessioni della dottrina straniera, alla categoria degli accordi preventivi si ascrivono anche quei patti attinenti a diritti di contenuto patrimoniale acquistati in costanza di matrimonio, patti che appaiono idonei ad incidere sull'allocazione della ricchezza tra i coniugi al tempo della crisi[15]. Si tratta di aspetti che, nell'ottica dell'ordinamento interno, attengono alla materia delle convenzioni matrimoniali, le quali, per le ragioni che si chiariranno, sollevano, anch'esse, interrogativi non dissimili da quelli sopra ricordati (cfr. *ultra*, par 7): con riguardo alle suddette convenzioni, la migliore dottrina da tempo osserva come la fisionomia data dai coniugi al regime patrimoniale della famiglia sia in

luce un'esigenza di tutela del coniuge debole per cause economiche, inesperienza e/o limitata capacità di autodeterminarsi.

[12] A. ATWOOD, *Marital Contracts and the Meaning of Marriage*, 54 *Arizona Law Review*, 11 (2012).

[13] Il quale, invece, si è fatto strada nelle riflessioni sul contratto in genere soltanto di recente ed è tuttora oggetto di accese discussioni in dottrina. In ordine al suddetto principio, cfr. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 983 ss. Una sintesi sul punto si rinviene in L. BALLERINI, *Accordi preventivi sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, I, 1 ss., 42.[1]

[14] Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. e dir.*, 2000, 429, con nota di V. CARBONE, *Gli accordi patrimoniali relativi alla crisi coniugale*, in *Giur. it.*, 2000, c. 2229 s., e con nota di L. BARBIERA, *Un incerto* revirement *della Cassazione a favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali fra coniugi anche dopo il divorzio*, nonché con nota di G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista del divorzio tra regole operative e limiti di liceità*, e di E. RUSSO, *Il divorzio "all'americana" ovvero l'autonomia nel rapporto matrimoniale*.

[15] Cfr. E. QUADRI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2006, 16 ss., 33.

grado di riverberarsi sui rapporti economici che si rannodano alla separazione od al divorzio[16].
Si rammenti, infine, che i temi appena richiamati riguardano altresì il campo dei rapporti tra parti di un'unione civile, giacché la l. 20 maggio 2016, n. 76, sulle unioni civili e convivenze di fatto[17], ha esteso alle prime la disciplina relativa al divorzio[18] ed alle conseguenze economiche dello stesso, ivi incluse le disposizioni sull'assegno divorzile (art. 1, comma 25).

2. Pretesa indisponibilità dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Lo status di coniuge debole

Il problema delle disuguaglianze economiche tra coniugi occupa un ruolo centrale nel dibattito dottrinale dei primi anni Settanta del secolo scorso[19]. Si fa strada la considerazione che, al fine di riequilibrare le reciproche posizioni patrimoniali, occorra garantire al coniuge svantaggiato delle prerogative indisponibili, comprese nel relativo *status* (uno *status* di protezione, quello di coniuge "debole")[20] e presidiate dal concetto di *ordine pubblico familiare*[21]. In quest'ottica, si ritiene che qualsivoglia istanza di giustizia distributiva sia da soddisfare attraverso l'imposizione di un regime dei rapporti patrimoniali coniugali, di stampo eteronomo e di carattere imperativo; e che, di conseguenza, all'autonomia privata sia da riconoscere il potere di esplicarsi solamente mediante accordi non riconducibili alla categoria del contratto, perché aventi

[16] A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it*., 1990, I, 1, 1323 ss. Sul tema cfr. altresì R. BOCCHINI, *Sussidiarietà ed accordi prematrimoniali*, cit., 382-383.
[17] Senza pretesa di completezza, si vedano AA.VV., *La nuova regolamentazione della unione civili e delle convivenze di fatto*, Torino, 2016, ivi, in particolare, R. CAMPIONE, *L'unione civile tra disciplina dell'atto e regolamentazione dei rapporti di carattere personale*, 1 ss.; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Milano, 2016. Cfr., altresì, M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it*., 2016, 1792 ss., 1795-1797.
[18] E. AL MUREDEN, *Accordi innanzi al sindaco e assegno divorzile tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 535 ss.
[19] F.D. BUSNELLI, *Libertà e responsabilità dei coniugi nella vita familiare*, in *Riv. dir. civ*., 1973, 119 ss., 131; M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di uguaglianza*, Torino, 1971, spec., 149 ss.
[20] P. RESCIGNO, *Situazione e* status *nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ*., 1973, I, 209 ss., ID., voce Status, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1993; G. ALPA, Status *e capacità. La costruzione giuridica delle diversità individuali*, Bari, 1993, 3 s. e ID., Status *e capacità giuridica*, in *Vita not*., 1992, 433 ss.

ad oggetto la mera *determinazione* della spettanza e dell'entità dei diritti riconosciuti dalla legge (c.d. autonomia familiare determinativa[22]). I suddetti accordi, poi, sono concepiti come suscettibili in ogni tempo di revisione, proprio perché tramite essi i coniugi non dispongono dei reciproci interessi, ma si limitano a riempire di contenuto le previsioni di legge alla luce delle circostanze concrete. Emblematiche di un simile modo di vedere appaiono le tesi propugnate da alcuni autori circa gli accordi vertenti sull'assegno divorzile: poiché i criteri concernenti la determinazione di tale assegno sono indisponibili[23], deve considerarsi nullo qualsivoglia contratto volto a sostituire l'obbligazione legale con quella convenzionale[24] (indipendentemente dal momento della sua conclusione), come pure qualsiasi atto implicante rinuncia al diritto. Di conseguenza, si concepisce un incisivo sindacato giudiziale su simili manifestazioni dell'autonomia dei coniugi[25].

Accanto alle istanze di perequazione delle condizioni economiche delle parti, emerge subito un'altra esigenza, tutelare la libertà di autodeterminarsi dei coniugi nel rapporto coniugale, non solo nel momento in cui questo si svolge[26], ma anche al tempo in cui la crisi si manifesta[27]; esigenza che, inizialmente, si riteneva dovesse, anch'essa, essere garantita qualificando come indisponibili gli

[21] Per cui si veda U. BRECCIA, *Causa*, in ALPA - BRECCIA - LISERRE (a cura di), I*l contratto in generale*, t. III, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1999, 151.

[22] C.M. BIANCA, Sub *art. 5 l. div.*, in *Commentario Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1993, 349 e 358. Circa l'autonomia dei coniugi in funzione determinativa dei rapporto, E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, Artt. 159-166*-bis, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2004, 39.

[23] Per le diverse opinioni, si rinvia a G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, in BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, 3° ed., Milano, 2010, 120 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti patrimoniali familiari*, Padova, 1997, 285; sul tema più di recente A. LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione* una tantum, in *Riv. dir. civ*., 2010, II, 453 ss.

[24] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ*., 1996, I, 695 ss., 699. Si vedano al riguardo C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, cit., 530; F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, in RUSCELLO (a cura di), *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, 1 ss., 6.

[25] Cfr. A. LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1975, 485 ss., il quale predica l'esistenza di un potere del giudice di valutare l'effettiva adeguatezza dell'importo dell'assegno, determinato mediante accordo.

[26] Ad esempio, nel caso in cui si sia pattuito che uno dei coniugi, durante la convivenza, si dedichi prevalentemente od esclusivamente alla cura della famiglia.

[27] Si pensi al rischio di rinunce, da parte di un coniuge, a pretese di natura economica, aventi come contropartita l'atteggiamento consenziente dell'altro in relazione ad aspetti ulteriori del rapporto, quali le decisioni attinenti agli interessi dei figli.

assetti determinati dalla disciplina di legge. In sintesi, in tale ottica, con esito che ha del paradossale, si propende per la tutela della suddetta libertà attraverso la negazione di qualsivoglia autonomia dispositiva in capo ai coniugi; si reputano validi, invece, quegli accordi aventi, al pari del provvedimento giudiziale, funzione meramente determinativa o consistenti in negozi di accertamento dei presupposti e del *quantum* dell'assegno di divorzio[28], secondo l'insegnamento già ricordato[29].

3. Posizione assunta dalla giurisprudenza sul tema della indisponibilità dell'assegno di divorzio. La questione della validità degli accordi preventivi (rinvio)

La giurisprudenza che si è espressa sui temi sopra toccati ha fatto registrare traiettorie contrassegnate da evoluzioni non sempre nitide e non ancora giunte a compimento.

Ed infatti, in un primo tempo, sotto il vigore della originaria disciplina in tema di divorzio, alcune pronunce hanno negato che la parte dell'assegno divorzile avente funzione assistenziale possa essere oggetto di disposizione, perché il relativo diritto costituisce espressione di solidarietà post-coniugale; mentre hanno ammesso la validità degli accordi sull'assegno di divorzio relativi alle componenti risarcitoria e compensativa dello stesso, purché non si tratti di accordi preventivi[30]. Solo in seguito alla riforma della disciplina del divorzio del 1987, si è fatto strada un orientamento divenuto nel tempo consolidato, alla luce del quale il diritto all'assegno di divorzio riveste carattere indisponibile, per via della sua natura assistenziale ed in considerazione del disposto dell'art. 160 c.c.[31]

[28] Così T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 45 ss., 60 nota n. 56; L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., 65.

[29] G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare: gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione e del divorzio*, Milano, 1996, 252 e F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 308.

[30] Più in particolare, la giurisprudenza ha negato la disponibilità dell'assegno divorzile per quanto si riferisce alla sua componente assistenziale, come espressione del perdurare, pur dopo lo scioglimento del vincolo, di un rapporto di solidarietà economica, nel quale viene trasferito ciò che rimane del reciproco soccorso della vita matrimoniale. Così Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it*., 1981, I, c. 184; in *Giur it*., 1981, I, 1, c. 1553 con nota di TRABUCCHI; in *Dir. fam. e pers*., 1981, 1025; in *Giust. civ*., 1982, I, 724.

[31] Cfr. Cass., 11 novembre 2009, n. 23908, in *Dir. giust. online*; nonché Cass., 25 gennaio 2012, n.

Un simile modo di argomentare, tuttavia, è stato recepito criticamente dalla dottrina, poiché solleva il problema della inadeguatezza del rimedio della nullità, con il relativo statuto (sotto il profilo, ad esempio, della legittimazione assoluta e delle conseguenze demolitorie, anche verso terzi, di essa proprie). In ragione di ciò, alcune sentenze[32] hanno tentato la via del ricorso alla nullità di protezione, con i noti corollari in punto di disciplina[33].

In aggiunta, la giurisprudenza ha espresso una posizione di pregiudiziale chiusura sul tema della ammissibilità degli accordi preventivi. Ed invero l'orientamento dominate da lunga data[34], fatta salva qualche isolata pronuncia[35], nega ad essi validità, in primo luogo, in base alla considerazione che si tratterebbe di accordi vertenti sullo *status* stesso di coniuge (e, dunque, contrari all'ordine pubblico), e, in secondo luogo, in ragione della indisponibilità dell'assegno divorzile, da cui discenderebbe la nullità di qualsivoglia patto che abbia quest'ultimo ad oggetto. Sennonché, entrambi gli assunti – di recente ribaditi dalla giurisprudenza di legittimità[36] – appaiono destituiti di fondamento, per le ragioni individuate dalla più accorta dottrina[37]: il commercio di *status* non può essere ravvisato *per il fatto solo che* i coniugi abbiano determinato di comune accordo le conseguenze economiche della crisi[38], ma deve essere dimostrato nel caso concreto; il giudice

1084, in *Dir. giust*., 2012, Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, nn. 7-8, 955 ss., con nota di GRAZZINI, e Trib. Milano, 15-16 aprile 2015, in *Fam. e dir*., 2016, 496 ss.

[32] Così già a partire dalle ricordate Cass., 14 giugno 2000, n. 8109 e 1° dicembre 2000, n. 15349; sul punto G. PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti del divorzio*, 560 ss., E. BARGELLI, *Accordi in vista del divorzio: il* revirement *incompiuto della Cassazione; critiche alla tesi della nullità*, in A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, 135-138.

[33] Per i quali si veda C. IRTI, *L'accordo di corresponsione* una tantum *nelle procedure stragiudiziali di separazione e di divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 812 ss., 822-824, ove ampi richiami di dottrina.

[34] Si veda Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it*., I1, 1553, con nota di TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessi*; in *Dir. fam*., 1981, 1025 ss.; in *Foro it*., 1982, I, 184 ss., con nota di DI PAOLA. Cfr., più di recente, Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, cit.

[35] Tribunale di Torino (ord.), 20 aprile 2012, in *Fam. e dir*., 2012, 803, con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*.

[36] Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, nn. 7-8, 955 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi tra coniugi e assegno divorzile* una tantum*: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*.

[37] E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 73; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 427; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 425.

[38] C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione*

deve valutare se, alla luce dell'assetto di interessi voluto dalle parti, siano stati valicati i limiti di inderogabilità, sopra ricordati.

Preme sottolineare come, con riguardo agli accordi aventi ad oggetto l'assegno divorzile, presi durante la separazione ed in vista del futuro divorzio, le argomentazioni addotte a sostegno della nullità degli stessi ruotino sovente intorno al tema della dell'indisponibilità dell'assegno stesso, al di fuori del giudizio di divorzio (si veda, al riguardo, *ultra*, par. 6). In tale ottica, dunque, non è rilevante tanto il tempo in cui i suddetti accordi sono conclusi, quanto la loro sede[39]. Inoltre, la logica della stabilità che li sottende appare stridente rispetto alla *ratio* della regolamentazione dei rapporti patrimoniali rannodabili alla crisi, improntata, viceversa, sia al principio, già rammentato, di revocabilità, sia al sindacato giudiziale di adeguatezza del regolamento contrattuale voluto dai coniugi (cfr. *ultra*, par. 8).

Inoltre, sempre secondo il richiamato orientamento, gli accordi preventivi sono invalidi a prescindere dal loro contenuto, e, quindi, anche allorché prevedano una sistemazione patrimoniale vantaggiosa per il coniuge meno abbiente[40], ad esempio, al fine di compensarlo della perdita della capacità di produrre reddito, dipesa dalla decisione (concordata in costanza di rapporto) di assumere il ruolo di principale "*child caterer*", ossia il compito, esclusivo o prevalente, di cura degli altri membri della famiglia.

della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari, in *Fam. e dir.*, 2015, 209 ss., 213, 220; M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 304.

[39] C. COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. III, Milano, 2016, 2843 ss., 2852.

[40] Cfr. Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344. Si veda Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064, secondo cui «Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo»; nonché Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit., in cui, invece, la validità dell'accordo è argomentata a partire dalla considerazione che lo stesso non assolverebbe alla funzione di dare sistemazione ai rapporti tra coniugi successivamente al divorzio, bensì di porre fine ad una controversia tra i coniugi relativa a rapporti tra gli stessi già insorti. Sul punto, T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 458 ss.

4. Segue: riflessi degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza relativa agli accordi preventivi sul tema della c.d. giustizia compensativa o giustizia di genere; ruolo svolto dall'autonomia contrattuale

Ed infatti di recente è giunto all'attenzione degli interpreti il problema di accordare tutela al coniuge che abbia svolto il ruolo appena ricordato[41] (la c.d. *giustizia compensativa o giustizia di genere*), in ragione dell'inadeguatezza, a tal fine, delle discipline di fonte eteronoma che regolano i rapporti patrimoniali al tempo della crisi.

Al fenomeno della «fuga dal regime di comunione legale»[42], concepita dal nostro legislatore quale principale strumento per perequare le condizioni patrimoniali dei coniugi, va aggiunta la considerazione che questi ultimi sono liberi di escludere tale regime ed una simile scelta è spesso compiuta in condizioni di razionalità limitata o comunque nella inconsapevolezza circa i diritti riconosciutigli dalla legge (a differenza di quanto previsto in alcuni regimi stranieri[43]; cfr. *ultra*).

Inoltre, le regole sulla spettanza e sulla determinazione dell'assegno di divorzio, presenti nel nostro sistema, non permettono di remunerare il coniuge per la perdita di occasioni e di capacità reddituale[44]. Ed infatti, l'obbligo di mantenimento posto a carico del coniuge più abbiente nella fase della crisi matrimoniale assolve in prevalenza ad una funzione assistenziale[45], e vale

[41] E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, I, 990 ss., 1004; nonché ID., *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse*, in FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia, I, Matrimonio, separazione e divorzio*, Zanichelli, 2007, 1024 ss.; ID., *Crisi del matrimonio, famiglia destrutturata e perduranti esigenze di perequazione tra i coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2007, 233 ss.

[42] Si veda G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (già diretto da) e SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 2010, 372 ss.

[43] A. FUSARO, Marital contracts, ehevertraege, *convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss., nonché A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali,* status *dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 913 ss.

[44] Cfr. E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, cit., 26 ss., nonché ID., *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 1304 ss., e ID., *La crisi familiare e le sue conseguenze*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 132 ss. Il tema è trattato altresì da E. AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, cit., 1000; M. R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, cit., 57 ss.

[45] Cass., 3 gennaio 2014, n. 488, in *Dir. giust.*, 2014, sulla scorta di Cass., sez. un., 29 novembre

solo in parte a compensare eventuali rinunce da parte dell'altro coniuge[46]. Si considerino, poi, le possibili ricadute sul tema in oggetto del recente orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità sulla spettanza e determinazione dell'assegno divorzile[47]. Ed infatti, come osservato dai più accorti commentatori, tale giurisprudenza condurrebbe, se confermata dalle sezioni unite della Cassazione[48], a negare qualsivoglia tutela compensativa all'ex coniuge in tutti i casi in cui quest'ultimo abbia redditi sufficienti a consentirgli di raggiungere l'autosufficienza economica[49]. L'autonomia contrattuale costituisce allora un insostituibile mezzo per remunerare il coniuge che abbia assunto su di sé in via principale i compiti di cura della famiglia, a titolo di esempio, attraverso il ricorso a contratti con i quali, in sede di separazione o di divorzio (ma pure in via preventiva), si trasferiscono diritti su dati beni[50] ovvero si attribuiscono assegni di mantenimento eccedenti la misura determinabile attraverso il ricorso ai criteri legali[51]; contratti, in sintesi, la cui funzione pratica – onerosa[52] e meritevole di tutela – può consistere nell'intento di *ristabilire un equilibrio di condizioni economiche* tra gli stessi, venuto meno per effetto delle scelte compiute durante lo svolgimento del rapporto.

Anche il tema degli accordi preventivi sulla crisi coniugale abbraccia il profilo

1990, n. 11490, in *Foro it*., 1991, I, 67, con nota di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*.

[46] G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, in G. BONILINI - F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., 585 ss.

[47] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Giust. civ. Mass*., 2017, per la quale si veda *ultra*, par. 5.

[48] Alle quali la questione è stata rimessa in data 13 dicembre 2017. Cfr. www.quotidianodiritto.ilsole24ore.com/art/civile/2017-12-12.

[49] Cfr. C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Giur. it*., 2017, 1799 ss., 1803.

[50] Circa gli accordi traslativi tra coniugi, si vedano G. DORIA, *Autonomia privata e "causa familiare": gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione e del divorzio*, cit.; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio. Autonomia negoziale e crisi della famiglia*, Napoli, 2001, *passim*; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit.

[51] A.C. ZANUZZI, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale*, in *Fam. e dir.*, 1997, 417.

[52] M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia*, cit., 106. Si vedano altresì G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, cit., 250 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., 290. L'autonomia privata può essere invocata per compensare eventuali prestazioni rese o contributi dati al patrimonio altrui o familiare. Cfr., al riguardo, Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713 (circa un accordo vertente su un obbligo di restituzione di un mutuo concesso dalla moglie al marito e condizionato alla intervenuta separazione personale tra i coniugi), in *Fam. e dir*., 2013, 321, con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali e la Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce*

in questione, giacché, come già ricordato, il loro contenuto spesso eccede la mera determinazione dei diritti patrimoniali del coniuge meno abbiente, attribuendogli più di quanto dovuto alla luce dei parametri di legge; le tesi che negano ad essi validità (si veda *retro*, par. 3), dunque, inevitabilmente frustrano l'intento delle parti, consentendo al coniuge obbligato di sottrarsi al vincolo invocandone la nullità per contrasto con l'ordine pubblico[53].

5. Revisione critica della impostazione tradizionale: la dottrina alla ricerca di un equilibrio tra tutela del coniuge economicamente svantaggiato e libera esplicazione dell'autonomia contrattuale

Sennonché, le posizioni accolte dalla giurisprudenza sono state sottoposte ad attenta revisione critica da una parte cospicua della dottrina, sotto una pluralità di aspetti. In primo luogo, è stato osservato come la tesi relativa alla c.d. autonomia determinativa dei coniugi poggi, a ben vedere, su un artificio logico: la possibilità di distinguere i casi in cui i coniugi si limitano a determinare i diritti spettanti ad uno di essi, da quelli per il cui mezzo si attua una disposizione o finanche una rinuncia a tali diritti[54].

Inoltre, le concezioni restrittive dell'autonomia negoziale trascurano di considerare che la stessa legislazione in materia di famiglia riserva ampi spazi agli accordi tra coniugi vertenti sui reciproci rapporti patrimoniali[55]; spazi

nella haarspaltemaschine, in *Contratti*, 2013, 221; nonché Cass., 21 agosto 2013, n. 19304 e Cass., 20 agosto 2014, n. 18066.

[53] Cfr., E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista di divorzio*, cit., 67. Si consideri poi che gli esiti cui la giurisprudenza nazionale perviene sul piano degli accordi preventivi aventi funzione, in senso lato, compensativa delle rinunce di un coniuge, urta contro la tendenza, emersa in altri sistemi, a ricorrere al contratto, nella forma dell'accordo tacito, per riallocare la ricchezza tra i coniugi al momento della crisi. Si rinvia, sul punto, a M.R. MARELLA, *Il matrimonio tra* status *e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in MARELLA - GRILLINI (a cura di), *Stare insieme. I regimi giudici della convivenza tra* status *e contratto*, Napoli, 2011, 32 ss., nonché, per un esame di simili problemi, con riguardo all'ambito delle convivenze di fatto, a E. BILOTTI, *Convivenza e arricchimento, La regolazione dei rapporti patrimoniali tra conviventi nell'esperienza tedesca*, in BERTINO (a cura di), AA.VV., *Crisi familiare e profili restitutori*, Milano, 2017, 139 ss.

[54] E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista di divorzio*, cit., 72-73.

[55] G. DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di Rescigno, Diritto privato*, vol. II, Milano, 1998, 259 ss., 263; M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it*., 1995, V, 105 ss., 113.

soltanto delimitati dai profili inderogabili di tale legislazione, da ritracciare rinvenendo un punto di equilibrio tra l'autodeterminazione dei protagonisti del rapporto coniugale, garantita dall'ordinamento, e le esigenze di protezione del coniuge che versi in una condizione economica deteriore. Si riconosce dunque, all'autonomia privata il ruolo di principio sotteso (anche) alla materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi[56] e si ammette, di conseguenza, che il contratto possa regolare gli interessi economici che si collegano alla crisi matrimoniale, dando ad essi la veste più opportuna[57]; tuttavia, si individua un limite al potere di disposizione dei coniugi stessi nel divieto di creare assetti negoziali che si traducano in una (sostanziale[58]) rinuncia alle posizioni soggettive inderogabili riconosciute al coniuge svantaggiato sotto il profilo economico, visto dalla legge come «contraente debole»[59]. Spetta però all'interprete tracciare con nettezza il suddetto limite. Al riguardo, quanto all'assegno di mantenimento nella separazione, una parte consistente della dottrina individua un profilo di inderogabilità della relativa disciplina nel (solo) diritto del coniuge bisognoso agli alimenti, ma non anche nel diritto al mantenimento[60]. In ordine poi all'assegno divorzile, si osserva come[61] la determinazione convenzionale dello stesso sia rimessa alla disponibilità delle parti, ad eccezione del diritto agli alimenti in favore dell'*ex* coniuge in stato di bisogno[62].

[56] G. BONILINI, *Gli accordi in vista del divorzio*, in *Contratti*, 1998, 472 s.

[57] Si veda P. RESCIGNO, *I rapporti personali tra coniugi*, in BELVEDERE - GRANELLI (a cura di), *Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, Padova, 1996, 240, il quale distingue tra *derogare* ai diritti che nascono dal matrimonio e *regolare* gli interessi, dando attuazione al precetto normativo, sì che vi sarebbe contrasto con l'art. 160 c.c. solo nel caso di assetti di interessi implicanti abdicazione alle situazioni soggettive riconosciute dalla legge; si veda, altresì, G. DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia privata*, cit., 263.

[58] Circa la irrinunciabilità in via preventiva degli assegni di mantenimento e divorzile, A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 166-174, ove si rinviene un'acuta analisi critica delle tesi contrarie. Cfr. altresì C. COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 2863-2864.

[59] A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, cit., 1330.

[60] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 116; P. POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione personale: il problema degli accordi di separazione non omologati*, in *Dir. giur*., 1988, 112 ss., 116; G. OBERTO, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 116.

[61] E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it*., 1993, I, 1, 342 s.; nonché M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 114.

[62] F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., 44,

I temi sopra ricordati intersecano quindi il dibattito mai sopito circa il fondamento stesso dell'assegno divorzile[63]. Né può trascurarsi che i termini stessi di tale dibattito sono posti in discussione dalla posizione espressa dalla giurisprudenza in tema di spettanza e determinazione dell'assegno divorzile.

6. Segue: Il problema (ancora aperto) della spettanza e determinazione dell'assegno divorzile

In alcune, recenti, pronunce[64], la giurisprudenza di legittimità ha mutato il proprio, consolidato, punto di vista in ordine al rapporto tra obbligazioni gravanti sul coniuge in costanza di rapporto matrimoniale e solidarietà economica nella fase della crisi. Ed infatti, ha affermato che la pretesa del coniuge divorziato è autonoma rispetto al dovere di contribuzione inerente al rapporto coniugale; tale pretesa allora esula dagli effetti inderogabili del matrimonio di cui all'art. 160 c.c.[65] Nessuna ultrattività di tale rapporto è quindi concepibile alla luce del sistema[66]; ed anzi il soggetto richiedente, dopo lo scioglimento del matrimonio, è persona singola (non più *partner*) ed il suo diritto trae fondamento dal principio

M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 115.

[63] E. AL MUREDEN, *Crisi coniugale ed equa ripartizione delle risorse*, cit., 1024. Ricorda tesi e tendenze, espresse sul tema dalla dottrina e dalla giurisprudenza, C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Giur. it*., 2017, 1799 ss. In dottrina, la funzione compensativa dell'assegno è posta in luce da E. QUADRI, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam*., 2005, 1307; ID., *Brevissima durata del matrimonio e assegno di divorzio*, in *Corr. giur*., 2009, 474. Per una completa rassegna, si rinvia a G. BONILINI - A. NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 2870, 2882-2892.

[64] A partire da Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1261, con nota di E. QUADRI, *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità". Gli ex coniugi persone singole rispetto al loro passato comune. Più di recente*, cfr. Cass. civ., 5 dicembre 2017, n. 28994.

[65] L'annoso dibattito circa la possibilità di estendere la previsione di cui all'art. 160 c.c. agli effetti patrimoniali ricollegabili alla crisi matrimoniale è preso in analisi da A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 166.

[66] *Contra*, tuttavia, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, 520. Sulla questione se l'assegno di separazione e quello divorzile si pongano in linea di continuità rispetto al rapporto matrimoniale oppure costituiscano obbligo diverso che origina dalla crisi familiare, cfr. L. ROSSI CARLEO - C. CARICATO, *La separazione e il divorzio*, nel *Trattato Bessone*, IV, in AULETTA (a cura di), *Il diritto di famiglia. La crisi familiare*, II, Bologna, 2013, 285 ss.

di solidarietà economica di cui all'art. 2 Cost. Di conseguenza, il parametro alla luce del quale va riconosciuto all'ex coniuge il diritto al sostentamento consiste nell'autosufficienza economica, anziché nel tenore di vita coniugale[67], in coerenza con il principio di autoresponsabilità economica degli ex sposi, desumibile dalla riforma del 1987[68]. Importanti corollari si riallacciano ad un simile modo di argomentare, cui, in questa sede, si può solo fare cenno. In primo luogo, diviene arduo tracciare una netta linea di demarcazione tra diritto all'assegno e diritto agli alimenti[69]; in secondo luogo, la misura minima ed inderogabile della solidarietà post-coniugale tende a coincidere con quanto necessario al raggiungimento dell'autosufficienza economica del coniuge meno abbiente (come sostenuto già da una parte della dottrina; si veda *ultra*).
Un'attenta dottrina, poi, osserva come al suddetto parametro occorra agganciare anche la valutazione di adeguatezza del contributo economico, sia in sede di modifica o revoca dello stesso (ai sensi dell'art. 9 l. div.)[70], sia nell'ambito del giudizio di equità (demandato al giudice dall'art. 5, comma 8 l. div.)[71].

[67] Come affermato invece dalla giurisprudenza dominante, a partire da si vedano Cass., sez. un., 29 novembre 1990, nn. 11489, 11490, 11491,11492, in *Foro it*., 1991, I, 67, con note di QUADRI e di CARBONE; in *Giust. civ.*, 1990, I, 2789 e 1991, I, 1223 con nota di SPADAFORA; in *Nuova giur. comm*., 1991, I, 112 con nota di QUADRI; in *Giur. it*., 1991, I, 1, 536 con nota di PELLEGRINI; in *Corr. giur*., 1991, 305 con nota di CECCHERINI. L'orientamento espresso dalle sezioni unite del '90 è stato ribadito da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11, in *Fam e dir*., 2015, 537 con nota di E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*.

[68] Cfr. per ampi richiami E. QUADRI, *L'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità". Gli ex coniugi persone singole rispetto al loro passato comune*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 1261 ss.

[69] Così L. BARBIERA, *Il divorzio dopo la seconda riforma*, Bologna, 1988, 98 s. Ad uno «stato di bisogno latamente inteso» allude, pure di recente, M. PALAZZO, *Le progressive aperture della Suprema Corte al principio di autoresponsabilita` nella configurazione dell'assegno post-matrimoniale*, in *Rass. dir. civ*., 2013, 437. Circa il tema in oggetto, alla luce delle recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità, si veda R. NATOLI, *Noterelle "a caldo" su Cassazione 11504/2017: dal tramonto dell'assegno divorzile a una nuova albe del diritto agli alimenti?*, in *Dir. civ. cont*., anno IV, n. II, aprile/giugno 2017.

[70] G. BONILINI, *La revisione dei provvedimenti accessori alla pronuncia di divorzio*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, cit., 850.

[71] C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e di divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, cit., 829.

7. La legge n. 164 del 2014 e l'autonomia privata assistita nel campo dei rapporti patrimoniali inerenti alla crisi

Al quadro sino ad ora rappresentato si è aggiunta la ricordata legge n. 162 del 2014, recante talune disposizioni relative alla negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio (artt. 6 e 12), in virtù delle quali l'autodeterminazione dei coniugi è assurta a fonte principale di regolazione dei rapporti ricollegabili alla crisi del matrimonio.

Ed invero la suddetta disciplina riconduce la separazione o lo scioglimento del matrimonio alla determinazione delle parti dell'accordo[72], espressa al di fuori del procedimento giudiziale[73]. Inoltre, in base ad essa, il contenuto del suddetto accordo è liberamente determinabile dalle parti per ciò che attiene ai rapporti patrimoniali, ed il regolamento negoziale stabilito dai coniugi non può essere assoggettato ad alcun controllo preventivo diverso da quello di regolarità formale attribuito al pubblico ministero[74].

Da tale legge si ricavano alcune argomentazioni attinenti al dibattito sulla validità degli accordi preventivi, dotate di indubbia forza persuasiva: il sistema consente legittimamente al coniuge di subordinare il proprio consenso ad una soddisfacente intesa sui profili patrimoniali[75]; nulla osta a che il suddetto consenso sia prestato anche anteriormente all'avvio del relativo procedimento. Cade, quindi, l'argomento della «indisponibilità preventiva al di fuori del

[72] F. TOMMASEO, *La gestione dei conflitti coniugali tra autonomia privata e giurisdizione*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1053 ss., 1055.

[73] L'accordo incide cioè sullo *status* familiare e rispetto ad esso non occorre più un controllo giudiziale di verifica del venir meno della comunione di vita nella coppia, essendo il controllo di regolarità formale funzionale solamente all'attribuzione di pubblica certezza alla modifica dello *status*. Sul punto per il diritto anteriore, si veda G. FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti patrimoniali della crisi coniugale*, in *Studi in onore di Schlesinger*, I, Milano, 2004, 510.

[74] Sul punto, cfr. A. IPPOLITO - P. DELLA VALLE, *La negoziazione assistita nella crisi coniugale*, Milano, 2015, 106 ss.; C. SILVESTRI, *La circolazione nello spazio giudiziario europeo degli accordi di negoziazione assistita in materia di separazione dei coniugi e cessazione degli effetti civili del matrimonio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1287 ss., in part. 1302-1303.

[75] Un simile assunto era già stato formulato da un'accorta dottrina, alla luce della indiscussa possibilità per i coniugi di concludere accordi in seno alla separazione consensuale ed al divorzio su domanda congiunta. Cfr. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, 2° ed., in CICU - MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, 131; F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., 50, il quale osserva come le intese dei coniugi relative alle conseguenze della separazione e del divorzio, rispettivamente, nella separazione consensuale e nella procedura di divorzio su domanda congiunta, siano suscettibili di imporsi al vaglio giudiziale. Sul punto, inoltre, L. BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, cit., 120 ss.

procedimento di divorzio» (su cui già *retro*, par. 2), sostenuto da una parte della dottrina favorevole alla tesi della nullità degli accordi preventivi[76]. Vacilla, di conseguenza, l'intera costruzione contraria alla ammissibilità di simili accordi, sol che si pensi che anche l'ulteriore argomento a sostegno della nullità, costituito dal contrasto con l'art. 160 c. c., tende, anch'esso, a perdere consistenza. Ed invero si va diffondendo la prospettiva per la quale, mediante gli accordi preventivi in vista del divorzio, i contraenti non regolano gli effetti del matrimonio (considerati dal citato art. 160 c.c.), bensì situazioni che insorgono nella fase della dissoluzione del vincolo[77] e che trovano fondamento nel principio di solidarietà post-coniugale. La suindicata prospettiva, come già detto, è stata recepita dalla recente giurisprudenza in tema di assegno divorzile (si veda *retro*, *par*. 5).

Deve allora ammettersi che i coniugi possano regolare in via preventiva i reciproci rapporti economici, determinando la misura dell'assegno di mantenimento e di divorzio (fatti salvi gli aspetti inderogabili); e che possano altresì disporre la liquidazione delle pretese del coniuge meno abbiente in unica soluzione, finanche inserendo una clausola di irrevocabilità delle pattuizioni sulle quali è intervenuto l'accordo (passibile, però, di controllo da parte del giudice), come meglio si chiarirà oltre (cfr. *ultra*, par. 8). Né può escludersi la facoltà dei coniugi di prevedere un assetto unitario dei rapporti patrimoniali, comprensivo cioè delle conseguenze economiche non solo della separazione, ma anche del divorzio. Ed infatti gli accordi aventi ad oggetto una sistemazione complessiva dei rapporti economici, relativa cioè alla fase della crisi intesa in senso unitario, non soltanto non contrastano con alcuna disciplina imperativa, ma appaiono anzi meritevoli di tutela: la riforma del divorzio dell'87, prima, e soprattutto la recentissima disciplina del c.d. "divorzio breve" (l. 6 maggio 2015, n. 55[78]), poi, hanno reso assai prossimi i rapporti tra separazione e divorzio; di conseguenza, non possono ritenersi indifferenti rispetto al secondo le pattuizioni e le attribuzioni avvenute in occasione ed in dipendenza della separazione[79].

[76] E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, cit., 338 ss.

[77] G. BONILINI, in *Gli accordi in vista del divorzio*, cit., 475. Sul punto cfr., altresì, G. DORIA, *Autonomia privata e "causa" familiare*, cit., 189, nonché F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti patrimoniali familiari*, cit., 433.

[78] In argomento R. LOMBARDI, *Si abbrevia la distanza tra separazione e divorzio*, in *Dir. fam. e pers*., 2016, 325 s.

[79] F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., 48, ma già E. QUADRI, *La crisi della unione matrimoniale, in Famiglia e diritto a vent'anni dalla riforma*, cit., 77.

In sintesi, la citata legge conferma che è consentito ai coniugi, in ogni tempo (vale a dire, anche prima che la crisi abbia inizio, data l'irrilevanza del momento in cui l'accordo è concluso[80]), di concludere accordi per regolare i rapporti patrimoniali che alla crisi si rannodano; accordi suscettibili di conseguire gli effetti che la legge ricollega al provvedimento del giudice[81], in presenza dei requisiti ivi previsti[82]. Le parti, tuttavia, hanno *l'onere* di negoziare ciascuna con l'assistenza di un avvocato (non invece, di stipulare la convenzione di negoziazione assistita, la quale produce come unico effetto quello di specificare gli obblighi di lealtà e correttezza già insiti nella buona fede[83]).
Si consideri che tali accordi sono soggetti ai medesimi limiti cui sono sottoposti i contratti conclusi nell'ambito del procedimento di separazione o di divorzio: limiti legati all'esistenza di norme inderogabili od a principi di ordine pubblico. Da tali contratti, inoltre, originano le medesime preoccupazioni circa la purezza del consenso e l'equilibrio dei rapporti creati dalle parti, che vengono in considerazione in relazione ad ogni altra manifestazione dell'autonomia contrattuale dei coniugi (si veda *retro*, in premessa).
Ed invero un'attenta dottrina ha argomentato la invalidità degli accordi preventivi tra coniugi proprio partendo dalla considerazione che in simili contratti mancherebbe una consapevole libertà contrattuale delle parti, poiché, nel momento in cui sono stipulati, non si sono ancora verificati o non sono

[80] G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 129, circa gli accordi presupposti nella disciplina di divorzio su domanda congiunta *ex* art. 4 l. div. La prossimità o la lontananza dell'accordo rispetto alla crisi, invero, diviene un dato irrilevante e meramente estrinseco, alla luce della legge in oggetto, dato il carattere stragiudiziale della procedura. *Contra*, C. COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, in Trattato di diritto di famiglia, cit., 2866, ma apoditticamente. Non si può convenire invece con la tesi per la quale la stessa convenzione di negoziazione assistita costituirebbe un patto preventivo in vista della crisi; così C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, cit., 207 ss.

[81] Ed invero l'art. 6, comma 3, prevede che «l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene il luogo dei provvedimenti giudiziali».

[82] Al riguardo, Trib. Palermo, 25 marzo 2016 (decr.), in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 834, con nota di G. GIAIMO, *Stato coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. Brevi note comparatistiche in tema di negoziazione assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 841 ss., ove si chiariscono funzioni e ruolo dell'avvocato in veste di negoziatore.

[83] Cfr., al riguardo, C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessione e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, cit., 213, secondo il quale l'efficacia prevista dalla citata legge si ricollega agli accordi comunque raggiunti dai coniugi, a prescindere dal fatto che tra di stessi sia intercorsa la suddetta convenzione. Sulla natura ed effetti derivanti da quest'ultima, si veda, invece, S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della "negoziazione assistita"*, in *Giust. civ.*, 2015, 106 ss., 111).

ancora pienamente conoscibili gli elementi di fatto indicati dalla disciplina di legge come presupposti per la spettanza e la determinazione dell'assegno di mantenimento o di divorzio[84]. A ciò, tuttavia, si può obiettare che la tutela della consapevolezza del consenso non giustifica una radicale negazione della libertà contrattuale dei coniugi (la quale costituisce, anch'essa, un principio cardine della materia). I limiti cui tale libertà incorre vanno desunti dal complesso delle regole sulla crisi coniugale e la loro ricognizione non esaurisce lo sforzo cui gli interpreti sono tenuti, ove solo si consideri che le suddette esigenze di tutela possono insorgere anche con riguardo ad accordi con i quali siano attribuiti ad uno dei coniugi diritti maggiori rispetto a quelli previsti dalla legge ovvero che implichino rinuncia alle sole componenti derogabili dell'assegno di divorzio ovvero, ancora, che risultino svantaggiosi in danno del coniuge economicamente forte[85]. Piuttosto, al fine di prevenire alterazioni della piena capacità di autodeterminarsi, è necessario ricorrere a strumenti idonei ad accrescere l'auto-responsabilità delle parti nella fase della contrattazione. Parimenti, si avverte il bisogno di forme di controllo del regolamento di interessi creato dai contrenti, per il caso di squilibri, originari o sopravvenuti, di tale regolamento[86] (si veda *ultra*, par. 7 e 8).

In difetto di una disciplina specifica, gli interpreti appaiono inclini, come si dirà, ad offrire soluzioni tratte dal diritto comune dei contratti (cfr. *ultra*, par. 7 e 8)[87].

[84] G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 695 ss., 698.

[85] Cfr. T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 65, il quale indaga il problema del possibile contrasto di simili contratti con l'ordine pubblico famigliare, impiegato come presidio a tutela della purezza del consenso e della libertà di *status* dei coniugi da qualsivoglia condizionamento, anche indiretto. Sul punto si rinvia alla approfondita analisi di A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 60 ss., ove attento esame del problema delle tutele, ad iniziare da quelle di tipo demolitorio, quali la nullità, per giungere sino a quelle di tipo manutentivo e risarcitorio.

[86] T. GALLETTO, voce *Clausola* rebus sic stantibus, in *Dig. civ.*, IV ed., II, Torino, 1988, 383 ss., 396 ss., circa la connotazione di esso nel diritto di famiglia. Si veda, in generale, E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 72-73.

[87] Il problema dei rimedi è segnalato dalla dottrina. Sul punto, cfr., A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 91-92. Per una panoramica dei sistemi europei, si rinvia a N. DETHLOFF, *Contracting in Family Law: A European Perspective'*, in K. BOELE - WOELKI (a cura di), *The Future of Family Property in Europe* (Cambridge: Intersentia, 2011), 65 ss., 76.

8. Autonomia privata assistita nel campo degli accordi conclusi in vista della crisi: la giustizia procedurale nella fase della negoziazione

La disciplina di cui alla legge n. 164 del 2014 ha introdotto, dunque, una forma di autonomia privata "assistita", avente la funzione di stimolare un'attenta ponderazione delle parti in vista della conclusione dell'accordo, proprio come avviene in altri ordinamenti nei quali l'efficacia dei contratti tra coniugi è subordinata alla circostanza che i contraenti abbiano negoziato con l'ausilio di un *indipendent legal counsel*[88]. La ricordata disciplina è stata recepita criticamente dagli interpreti, perché frutto della maldestra importazione di modelli consolidati in quei sistemi (modelli piegati dal nostro legislatore eminentemente alla realizzazione di fini di "degiurisdizionalizzazione")[89]. Tuttavia, nella negoziazione assistita non si può non scorgere un utile strumento di «giustizia procedurale»[90]. La soluzione offerta dal legislatore si aggiunge ai numerosi casi in cui, per rimuovere in radice posizioni di disparità di forza negoziale rinvenibili in seno ai contratti d'impresa, si fa ricorso a forme di assistenza del contraente nella fase della negoziazione, talvolta con l'effetto di derogare a discipline di carattere imperativo[91].

Ed infatti il professionista che assiste il coniuge nella conclusione dell'accordo, dovendo certificarne la conformità all'ordine pubblico, assume il ruolo di garante delle posizioni soggettive tutelate da norme di carattere imperativo[92];

[88] G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 73, 88, 94; Sul requisito dell'*indipendent legal or financial advice*, si veda M. PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul* Family Law Amendment Act 2000 *Australiano*, in *Familia*, 2002, 153 ss.

[89] G.A. PARINI, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuovo giur. civ. comm*., 2015, II, 602 ss., 603-605; G. GIAIMO, *Stato coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia*, cit., 1515 ss.

[90] Senso e portata di tale espressione sono chiariti da E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista di divorzio*, cit., 325.

[91] A. GENTILI, *Relazione*, in AA.VV., *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro. Atti del convegno - Roma 7 maggio 2004*, Torino, 2005, 31 ss., 44 e ID., *L'autonomia assistita nel diritto privato*, in PERONE - VALLEBONA (a cura di), AA.VV., *La certificazione dei contratti di lavoro Torino*, 2004, 386 ss. Circa l'incidenza delle tecniche dell'autonomia privata assistita sul rapporto contrattuale, cfr. le riflessioni di U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, III, Milano, 2010, 394 ss. Si vedano, inoltre, E. BATTELLI, *I contratti-tipo*, Napoli, 2017, 334-335.

[92] F. TOMMASEO, *La separazione e il divorzio: profili processuali e degiurisdizionalizzazione alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur*., 2015, 1144; secondo M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 304, tra i doveri inderogabili da cui è caratterizzata la relazione coniugale, *ex* art. 2 Cost., rientrano pure quelli attinenti ai

egli, pertanto, ha innanzitutto il dovere di rendere edotto l'assistito dell'esistenza di diritti inderogabili; ma è altresì tenuto ad informare circa i diritti di natura derogabile, che spettano al coniuge. Inoltre, nel rapporto tra il professionista e l'assistito, la gamma delle condotte esigibili include tutti i comportamenti atti a far sì che quest'ultimo maturi un consenso consapevole in ordine al significato ed alla convenienza del regolamento contrattuale[93], anche in relazione agli aspetti dello stesso che implicano deroga a situazioni soggettive disponibili.
Si consideri poi che da tale legge deriva altresì un dovere di lealtà nella negoziazione (artt. 2, comma 1, e 9, comma 2, l. n. 162 del 2014) sia in capo al professionista, sia a carico di ciascuna parte, nei confronti dell'altro contraente[94]. Pertanto, da un lato, sul primo gravano degli obblighi di protezione verso la controparte del proprio assistito; dall'altro lato, i coniugi hanno un dovere reciproco di trasmettere la conoscenza degli elementi di fatto pertinenti rispetto al costituendo regolamento negoziale, pena la nascita di una responsabilità precontrattuale[95]. Ed invero, un simile dovere appare desumibile già sulla scorta della clausola di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.)[96] e grava su ciascun coniuge, a tutela degli interessi dell'altro. In tal modo, diviene concepibile, pure alla luce del nostro sistema, un *duty of full disclosure*, che, sempre in altri ordinamenti, costituisce un'utile salvaguardia rispetto ai rischi di inconsapevolezza e di razionalità limitata dei contraenti. Siffatta conclusione può poi essere estesa anche alle trattative rivolte alla conclusione di contratti tra *partners* delle unioni civili (e delle convivenze di fatto), essendo relazioni che parimenti sono informate ad un principio di solidarietà, dal quale scaturiscono dei doveri di protezione.
Infine, le considerazioni di cui sopra stimolano un ripensamento in ordine al problema della carenza di adeguate forme di tutela nell'ambito della contrattazione rivolta alla conclusione di convenzioni matrimoniali. Come già ricordato, attraverso tali convenzioni i coniugi[97] optano per il regime

rapporti economici nella separazione e nel divorzio, regolati, rispettivamente, dagli artt. 156 c.c., e 5, comma 6, l. div.

[93] L. NIVARRA, *Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2016, 9.

[94] S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della negoziazione assistita*, in *Giust. civ.*, 2015, 105 ss., 122-124: l'a. ricollega alla violazione del suddetto dovere una responsabilità di tipo contrattuale.

[95] A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 92; propugna una simile soluzione, con ricchezza di argomentazioni.

[96] Di responsabilità per violazione degli obblighi di buona fede discorre G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 132, ove riferimenti al potere di modificare od integrare i patti iniqui, perché risultato della violazione dei suddetti obblighi.

[97] Si ricordi che, per effetto della citata l. n. 76 del 2016 (art. 1, comma 13), il regime legale

di separazione dei beni (o modificano, nei limiti del consentito, il regime di comunione legale, ovvero danno vita ad un regime atipico); alterano, in sintesi, un regolamento voluto dalla legge allo scopo di attuare la redistribuzione della ricchezza tra i coniugi (ed ora anche tra *partner* di altri modelli familiari), anche in vista della fase successiva alla cessazione del *menage* coniugale.
Si tratta di contratti che, a ben vedere, rientrano nel *genus* dei *prenuptial* (o *postnuptial*, a seconda del momento in cui vengono conclusi) *agreements*, con cui i contraenti regolano la sorte del regime patrimoniale (secondario) della famiglia, con effetti anche per il periodo in cui la crisi si manifesta. In relazione a questi ultimi, in altri sistemi giuridici, sono state da tempo sollevate preoccupazioni circa la possibile disparità di forza negoziale tra i contraenti, variamente risolte dalla dottrina e dalla legislazione di quegli stessi sistemi[98].
Simili preoccupazioni sono alla base di alcune disposizioni in materia di convenzioni matrimoniali: si pensi all'art. 162 c.c., che introduce un onere di forma solenne, implicante il ruolo di "garante" del notaio rogante la convenzione matrimoniale[99]; nonché all'art. 161 c.c., che prescrive un onere di trasparenza, per il quale i coniugi che vogliano invocare l'applicazione di usi o leggi straniere debbono enunciarne in modo espresso il contenuto[100]. In aggiunta, in quanto espressione di autonomia contrattuale, si può concludere per l'esistenza, in capo ai contraenti di una convenzione matrimoniale, di doveri desumibili dalla clausola di buona fede nelle trattative e nella conclusione del contratto, al fine di riequilibrare eventuali condizioni di disparità di forza negoziale tra i contraenti, attraverso la trasmissione di informazioni pertinenti[101]. Resta fermo,

patrimoniale delle unioni civili, salva diversa convenzione matrimoniale, è costituito dalla comunione dei beni, assoggettata alla medesime norme che tale regime reca con sé nella famiglia matrimoniale. Per le convivenze di fatto, invece, tale legge consente ai *partners* di optare per il regime di comunione attraverso la stipulazione di un contratto di convivenza (art. 1, comma 52).

[98] E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, 543 ss.

[99] Circa il ruolo "di garante" del notaio, attraverso l'introduzione di un onere di forma solenne. Così C. DONISI, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 85 ss.; vedi anche T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 458 ss., 482-483.

[100] Da ciò la tendenza, in un'ottica di tutela, ad estendere il concetto di convenzione matrimoniale, e la relativa disciplina, ad ogni ipotesi di accordo diretto a regolare i rapporti patrimoniali, sia tra coniugi, sia tra *partners* di una convivenza non matrimoniale. Già in F.D. BUSNELLI - E. BARGELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 135 ss. Cfr. F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 431 ss., 453.

[101] Sul tema E. AL MUREDEN, *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del*

tuttavia, il divario di trattamento giuridico tra situazioni che possono presentare, entrambe, profili di disparità di forza negoziale, o di razionalità limitata, di una delle parti: ed infatti, mentre nella negoziazione dei contratti della crisi matrimoniale, è ora prevista, come detto, una forma di autonomia negoziale assistita (cui si deve ricorrere, per conseguire gli effetti propri dei provvedimenti giudiziali), invece, una simile salvaguardia manca del tutto nella stipulazione di convenzioni matrimoniali, nonostante queste possano comportare una sostanziale abdicazione alle prerogative riconosciute dalla legge.

9. Il sindacato di equità del giudice sugli accordi stragiudiziali tra coniugi: l'autonomia privata controllata nella materia dei rapporti patrimoniali che si rannodano alla crisi coniugale

L'interrogativo circa l'ammissibilità di un sindacato giudiziale vertente sul contenuto dell'accordo raggiunto dai coniugi (sindacato ulteriore rispetto a quello con cui si accerti il contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico)[102] interseca l'arduo tema relativo all'esistenza in capo al giudice del potere di valutare l'adeguatezza del regolamento negoziale creato dai contraenti e, eventualmente, di correggerne la fisionomia[103].

Circa gli accordi conclusi in vista della crisi, alcune, autorevoli voci, ritengono che spetti al giudice accertare se la posizione di debolezza negoziale in cui in concreto versava uno dei *partner* lo abbia indotto ad accettare un accordo svantaggioso, prefigurando, in tal caso, una nullità ed un potere di modificazione od integrazione dello stesso da parte del giudice[104]; altre, invece, fondano sulla

---

diritto italiano, cit., 556-557 che auspica «l'introduzione di strumenti idonei a garantire la corretta formazione del consenso ed a promuovere un approccio sempre più consapevole e responsabile rispetto alle scelte concernenti il regime patrimoniale».

[102] *Contra* G. GIAIMO, *Stato coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. Brevi note comparatistiche in tema di negoziazione assistita*, cit., 1524, il quale paventa che, per effetto delle recenti soluzioni normative, non possa aver più luogo alcun sindacato circa l'esercizio dell'autonomia privata; e ciò, diversamente dalla disciplina francese di cui all'art. 2067 *Code Civil*, da cui origina il modello domestico, la quale prevede un controllo di merito del giudice che può stimolare le parti a correggere ed integrare il contenuto degli accordi.

[103] C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017, 625 ss.

[104] Così G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 132, in caso di iniquità dell'accordo. Cfr. E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale*, 71-72, che invoca la possibilità di ricorrere all'art. 5, comma 8, l. div., in relazione ad ogni accordo, indipendentemente dalla pattuizione di un'attribuzione *una tantum*, nonché ID., *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 68.

clausola di buona fede un controllo giudiziale relativo al contenuto dei patti, in caso di squilibrio degli stessi in danno di uno dei coniugi[105]. Anche per la dottrina straniera, l'accordo *one-sided* o *unconscionable* concluso tra coniugi va sottoposto al sindacato (ed al correlato potere correttivo) giudiziale[106]. In sintesi, la ricordata prospettiva caldeggia un ampio riconoscimento dell'autonomia contrattuale nel governo degli effetti della crisi coniugale; ma, al tempo stesso, propugna il ricorso a soluzioni e tecniche che vanno emergendo nel diritto dei contratti, nel quale si riscontra il ricorso a rimedi, non solo di tipo demolitorio, ma anche di natura correttiva[107].

Nel diritto di famiglia è rinvenibile una disciplina specifica in tema di assegno di divorzio (art. 5, comma 8, l. div.)[108] secondo la quale sottostanno ad una valutazione di adeguatezza da parte del giudice i (soli) accordi – presi in seno al procedimento contenzioso – con cui le parti predispongono una sistemazione definitiva dei reciproci rapporti economici, attraverso l'attribuzione *una tantum* di una somma di denaro (o di altri beni o diritti)[109]. La richiamata disciplina, come già osservato, è stata a lungo vista quale indice della specialità del diritto di famiglia, a paragone con le regole ed i principi che sovraintendono alla materia del contratto.

Più in particolare, secondo un'accorta dottrina, la presenza di tale disposizione nella regolamentazione del divorzio testimonia che si tratta di una materia in cui vige il principio di libertà negoziale (si veda retro, par. 4)[110], mitigato, tuttavia, dalla regola per la quale qualsivoglia sistemazione attinente a diritti di contenuto economico nascenti dal divorzio, che intenda essere "definitiva" (e, dunque,

[105] F. ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale*, cit., 48; M.R. MARELLA, *Gli accordi tra coniugi tra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, *Giur. sist. dir. civ. comm*., Torino, 2003, 153 ss., 208; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 100.

[106] G. OBERTO, Civil law *e* common law *a confronto nell'ottica del giudice civile*, in *Contr. impr. EU*, 2005, 620 s., sulla diversità dei poteri del giudice nei due sistemi.

[107] A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., 226. Si veda altresì T. ARRIGO, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, in FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, cit., 727 ss., 731.

[108] F. MACARIO, *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio – l. 6 marzo 1987, n. 74 –, sub. Art. 10*, in *Nuove leggi civ.*, 1987, 898 ss.; E.QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 52 ss.

[109] A. FINOCCHIARO- M. FINOCCHIARO, *Il divorzio*, in *Diritto di famiglia*, III, Milano 1988 cit., 448; F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della l. n. 74 del 1987*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1987, 898 ss. C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1° dicembre 1978, n. 898*, in CIAN - OPPO - TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1993, 359.

[110] E. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, cit., 43 ss.

insuscettibile di revisione ai sensi dell'art. 9 l. div.), deve essere sottoposta al controllo giudiziale di equità[111]. Si discorre, al riguardo, di "*autonomia privata controllata*"[112], per indicare che la ragione del sindacato ivi previsto risiede nella protezione del coniuge assegnatario[113], in considerazione dei gravi effetti che si riconnettono a simili accordi[114]. Tuttavia, è stato altresì posto in luce il fatto che dalla ricordata disciplina deriva un *deficit* di tutela del coniuge beneficiario di un simile accordo, rispetto al verificarsi di circostanze sopravvenute (specie se imprevedibili)[115]; *deficit* tanto più stridente, in quanto, nelle altre aree del diritto dei contratti, si tende ad offrire rimedi al contraente pregiudicato da uno squilibrio del regolamento negoziale, dipeso da incapacità di previsione di eventi probabili o da imprevedibilità delle circostanze sopravvenute.

---

[111] Sul punto T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 56, ove, tuttavia, rinvii alla dottrina che da un lato esclude tale controllo in caso di domanda congiunta di divorzio, dall'altro rileva che l'omesso controllo del giudice comporta solo che non può aversi l'effetto preclusivo della proposizione di successive domande. Sul tema A. NARDONE, *Autonomia privata e controllo del giudice sulla disciplina convenzionale delle conseguenze del divorzio*, in *Familia*, 2003, 133 ss.; E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 1.

[112] G. BONILINI, *L'accordo per la corresponsione dell'assegno in unica soluzione*, in *Contratti*, 1996, 401 ss.

[113] A. LUMINOSO, *La riforma del divorzio: profili di diritto sostanziale (prime impressioni sulla legge 6 marzo 1987, n. 74)*, in *Dir. fam.*, 1988, (438 ss.), 451.

[114] Così C.M. BIANCA, *Sub art. 5 l. div.*, in *Commentario*, cit., 360. *Contra*, però, M. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio. Il dato normativo. I problemi interpretativi*, Torino, 1995, 233. In quest'ottica, l'accordo, una volta reputato equo, preclude solamente la revisione dell'assegno. Viceversa esso non incide sul diritto alimentare, poiché: i) si tratta di un diritto diverso; ii) tale diritto è indisponibile e dunque non può costituire oggetto di rinuncia. Su tale accordo ed i suoi effetti, si vedano F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 355; A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare*, cit., 1319; G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., 398. Nel senso che esso preclude qualsivoglia richiesta di rinegoziazione, cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., 234.

[115] In dottrina, si veda G. DOSI, *Autonomia privata e riforme del diritto di famiglia. Due concezioni contrattualistiche contrapposte: quale prevarrà?*, in *www.lessicodidirittodifamiglia.com*, ove un'attenta analisi della giurisprudenza sul punto. In particolare, l'A. richiama Cass., 13 giugno 2014, n. 13424 (secondo cui La corresponsione dell'assegno di-vorzile in un'unica soluzione anche in vista delle esigenze di mantenimento del minore non pregiudica la possibilità di richiedere, *ex* art. 9, l. n. 898 del 1970, la modifica delle condizioni economiche del divorzio qualora esse, per fatti intervenuti, successivamente alla sentenza di divorzio, si dimostrino inidonee a soddisfare le esigenze di mantenimento del minore), nonché Cass., 28 maggio 2010, n. 13108 e Cass., 12 novembre 2003, n. 17018, che hanno ammesso il diritto alla pensione di reversibilità dopo l'accordo sull'assegno in unica soluzione, e, infine, Trib. Firenze, 13 ottobre 1995, per cui la corresponsione in unica soluzione dell'assegno di divorzio non preclude all'*accipiens* divenuto

Orbene, secondo una parte della dottrina, la facoltà dei coniugi di dare luogo a sistemazioni definitive dei rapporti economici ricollegabili alla crisi non va circoscritta ai soli accordi presi nel procedimento contenzioso di divorzio, ma abbraccia, sia i patti stipulati in vista del divorzio su domanda congiunta, sia la liquidazione *una tantum* dell'assegno di mantenimento nella separazione[116]; e ciò, in base alla considerazione che il controllo giudiziale previsto dall'art. 5, comma 8, l. div., non snatura quella che appare come una manifestazione della piena libertà contrattuale di cui i coniugi godono e che può essere esercitata anche al di fuori della sede in cui è stata contemplata[117]. La ricordata interpretazione mira, in definitiva, ad assecondare le esigenze, emerse nella prassi e registrate dalla dottrina, di stabilità e prevedibilità dei rapporti patrimoniali che si riallacciano alla crisi[118]; esigenze che il legislatore ha considerato in via espressa solamente con riguardo al procedimento contenzioso di divorzio.

Si pone quindi un duplice ordine di interrogativi con riguardo agli accordi stragiudiziali tra coniugi: se siano soggetti, anch'essi, al sindacato d'equità; e se possano realizzare effetti irrevocabili (dal momento che tale sindacato non può avere luogo in via preventiva).

Si rinviene in giurisprudenza un orientamento, ribadito anche da recenti pronunce[119], che nega validità agli accordi con i quali, al di fuori del procedimento

bisognoso di richiedere successivamente un assegno periodico, limitatamente al soddisfacimento delle esigenze elementari di vita.

[116] Sulla validità dei patti di attribuzione *una tantum* dell'assegno di mantenimento, si veda C. LUMIA, *La separazione personale tra coniugi*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, 2, II ed., Milano, 2011, 1334. Sottolineano che non esiste una norma inderogabile che vieti l'attribuzione *una tantum* dell'assegno di separazione e che, dunque, si tratta di un profilo disponibile, M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 304 ss., 305; T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 56. Per riferimenti ulteriori di dottrina sul punto, cfr. altresì M. RABITTI, *La prestazione* una tantum *nella separazione dei coniugi*, in *Familia*, III, 2001, 589 ss. e A. LA SPINA, *Accordi in sede di separazione ed assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione* una tantum, in *Riv. dir. civ*., 2010, 453 ss., in part. 482.

[117] E. CAPOBIANCO, *I trasferimenti patrimoniali nella crisi familiare*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, cit., 181 ss., 195-197. Sul punto G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., vol. II, 795 ss.

[118] M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., 116. C. COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, cit., 644.

[119] Di recente Cass. civ., sez. I, 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 7-8, 955 ss., con nota di B. GRAZZINI, nonché Trib. Milano, 15-16 aprile 2015, in *Fam. e dir*., 2016, 5, 496, con nota di ID., *Assegno di divorzio: «doppia* una tantum*» e indisponibilità del diritto*. Cfr. Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084, cit., circa un'assegnazione *una tantum* in sede di separazione, a titolo di assegno divorzile, e già Cass. 21 febbraio 2008, n. 4424, in *Foro it*., 2008, 2124.

di divorzio, è convenuta un'attribuzione *una tantum* dell'assegno: secondo tale orientamento, in deroga alla generale indisponibilità dell'assegno di divorzio, l'ordinamento consente, sì, all'autonomia contrattuale dei coniugi di esplicarsi, ma solamente in seno al giudizio di divorzio e con le forme ivi previste (le quali condizionerebbero il perfezionamento o l'efficacia della sistemazione concordata dai coniugi). Tuttavia, una simile impostazione non è persuasiva, giacché si fonda su considerazioni relative all'assegno divorzile che non appaiono condivisibili, per le ragioni già illustrate (si veda *retro*), e ne segue la sorte: escluso che si tratti di materia indisponibile, non si può negare che l'autonomia contrattuale dei coniugi sia in grado di "camminare sulle proprie gambe", di dare vita cioè ad un negozio valido ed efficace. Più convincente allora appare la tesi per la quale il suddetto controllo, lungi dal costituire un requisito di validità[120] od una condizione di efficacia dell'accordo sull'attribuzione *una tantum*[121], produce i più limitati effetti di sottrarre l'accordo alla regola *rebus sic stantibus* desumibile dall'art. 9 l. div.[122]

Si consideri poi che nulla impedisce alle parti di stabilire un'attribuzione *una tantum* senza pattuirne l'irrevocabilità[123]. Ed infatti, proprio in considerazione della gravità degli effetti che discendono da una simile attribuzione, quando omologata dal giudice[124], ed al fine di tutelare la consapevolezza del consenso del coniuge beneficiario, gli interpreti più attenti da tempo prefigurano la necessità, oltre che di applicare le regole in tema di vizi del consenso, di accertare una volontà attuale ed incondizionata di rendere irrevocabile l'assetto economico concordato.

Nel caso in cui, allora, la volontà dei coniuge appaia incontestabile, per via dell'inserimento di un'espressa clausola di irrevocabilità all'interno di un accordo concluso al di fuori del procedimento divorzile (o per via d'interpretazione),

---

[120] Trib. Verona, 16 (o 12) novembre 1987, in *Giur. it*., 1989, I, 2, 909 ss., 912.

[121] Così V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, 296; C.M. BIANCA, *Commento all'art. 5 legge sul divorzio*, in CIAN - OPPO - TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, cit., 358 ss.

[122] L. ROSSI CARLEO, *La crisi familiare*, II, in *Trattato Bessone*, IV, in AULETTA (a cura di), *Il diritto di famiglia*, Torino, 2013, 307. Per un'accurata ricostruzione delle diverse tesi sostenute in dottrina, cfr. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e di divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, cit., 825.

[123] Facoltà, però, negata da una parte della dottrina nella liquidazione pattuita sulla base dell'art. 5, comma 8, l. div. (così F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzo 1987*, in LIPARI (a cura di), AA.VV., *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*, in *Nuove leggi civ*., 1987, 898 ss., 912).

[124] G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 537.

sorge il dubbio se una siffatta clausola e, di conseguenza, l'intero contratto (ai sensi dell'art. 1419 c.c.), siano invalidi.
La giurisprudenza invero ha affermato la nullità delle rinunce preventive all'applicazione della regola *rebus sic stantibus*[125]; soluzione che, se condivisa, andrebbe estesa ad ogni accordo, dichiarato dalle parti irrevocabile, concluso al di fuori dei contesti in cui non può essere dispiegato un controllo giudiziale preventivo di equità (come nelle procedure di negoziazione assistita, non potendo il suddetto controllo essere esercitato dal pubblico ministero, a parere della prevalente dottrina[126]). Tuttavia, la ricordata tesi non convince. Innanzitutto, non può escludersi *a priori* che le parti abbiano dato vita ad un assetto negoziale congeniale ai reciproci interessi, pena il rischio di incorrere in un ingiustificato paternalismo. E ciò, è tanto più vero, allorché l'accordo sia concluso con l'ausilio di professionisti nell'ambito della procedura di negoziazione assistita. Ed infatti, in una simile ipotesi, l'autonomia contrattuale dei coniugi è esercitata in forma assistita e, dunque, si attenuano le ragioni di tutela del coniuge beneficiario, le quali, come detto, hanno indotto ad introdurre la previsione di cui al citato art. 5, comma 8, l. div.[127]
In ogni caso, l'autonomia contrattuale concessa ai coniugi non può non essere controbilanciata dal controllo giudiziale (successivo) di equità[128], sulla falsa riga delle soluzioni già emerse in altri sistemi giuridici e fatte proprie da un'accorta dottrina, la quale prefigura l'ammissibilità di un sindacato avente uno spettro più ampio[129] rispetto a quello di equità svolto dal giudice ai sensi della disciplina sul divorzio.

[125] F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 355; A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare*, cit., 1319; G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, II, 1996, 378 ss., 398.
[126] M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, cit., 295 ss.
[127] Ciò sembra trovare riconoscimento nella pronuncia del Consiglio di Stato (sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4478, in *Dir. giust.*, 2016, 44 ss.) che esclude espressamente il ricorso all'art. 5, comma 8, l. div. in relazione ai soli accordi conclusi innanzi al sindaco, ai sensi dell'art. 12, l. n. 164 del 2014, laddove cioè tale assistenza non è richiesta dalla legge (sul dibattito, cfr. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione* una tantum *nelle procedure stragiudiziali di separazione e di divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, cit., 819).
[128] Su domanda del coniuge che contesti l'adeguatezza dell'accordo. Cfr. A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 150-154.
[129] E. BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in* occasione o in vista del divorzio, cit., 68.

Quest'ultimo, invero, si rivela insoddisfacente, per diverse ragioni.
Innanzitutto, il suddetto scrutinio giudiziale è condotto sulla scorta dei criteri legali di determinazione delle pretese economiche del coniuge, previsti dall'art. 5, comma 6, l. div., la cui adeguatezza a soddisfare le ricordate istanze di giustizia compensativa è stata da più parti posta in dubbio (e ciò, tanto più in considerazione delle incertezze correlate al nuovo orientamento espresso dalla recente giurisprudenza circa la spettanza e la determinazione dell'assegno divorzile; cfr. *retro*, par. 5).
Inoltre, non si può trascurare che, per mezzo di tale disposizione, si prende in considerazione solo il tema dell'adeguatezza genetica dell'accordo. Ed infatti, secondo l'opinione largamente prevalente, la valutazione di equità ivi regolata deve essere condotta tenuto conto esclusivamente delle *condizioni esistenti al momento dell'accordo e senza possibilità di dare risalto a fatti successivi*. Tanto è vero che si tende ad attribuire natura (almeno in senso lato) aleatoria al contratto con cui in via definitiva siano liquidate le pretese economiche del coniuge meno abbiente[130]. In ragione di ciò, un'attenta dottrina non ha mancato di rilevare l'opportunità di scongiurare, grazie all'intervento del giudice, anche i rischi correlati ad eventuali condizioni di inferiorità negoziale del beneficiario dell'attribuzione, idonee a sfociare in incapacità di previsione: allo scopo di far sì che la conclusione di un accordo irrevocabile non si traduca in un *deficit* di tutela per il coniuge beneficiario, la suddetta dottrina ha interpretato l'art. 5, comma 8, l. div., nel senso che il sindacato giudiziale debba compiersi sulla base dell'attenta considerazione di tutti quegli elementi che, in chiave prospettica[131], appaiono suscettibili di influire sulla *adeguatezza nel tempo* della sistemazione negoziale programmata.
Ed allora si comprende la ragione per la quale, nel campo degli accordi tra coniugi, si propugna, da più parti, il ricorso, anziché alle regole speciali recate

[130] Si rammenta che, secondo parte della dottrina, ha carattere aleatorio il contratto con cui sia pattuita la liquidazione una tantum dell'assegno di divorzio. Sul punto, G. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 540, nonché E. GABRIELLI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Convenzioni matrimoniali. Effetti patrimoniali della separazione, del divorzio e dell'annullamento del matrimonio*, Trieste, 1983, 161.
[131] Quindi, la valutazione di equità va condotta in chiave prospettica (tenendo conto cioè anche di probabili vicende future, quali passaggio a nuove nozze o reinserimento nel mondo del lavoro, etc., ancorché valutate sulla base dei dati oggettivi del presente, quali ad es., l'età, le condizioni di salute, il livello di istruzione, etc.); così V. DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, cit., 297, nonché F. MACARIO, *Commento all'art. 10 della legge n. 74 del 6 marzio 1987*, cit., 910 ss. Circa il dovere di rigorosa motivazione, si vedano A. FINOCCHIARO - M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, Milano, 1988, 452.

dalla disciplina in tema di divorzio, alle soluzioni offerte dal diritto comune dei contratti, in cui il principio *rebus sic stantibus* ed il ruolo del giudice[132], tendono a porsi quali rimedi utilizzabili al cospetto di un regolamento contrattuale squilibrato in danno di qualsivoglia dei coniugi (non solamente, quindi, del coniuge beneficiario dell'accordo), allorché lo squilibrio dipenda da fatti e circostanze sopravvenuti non prevedibili o, comunque, non previsti, per via della inferiorità di forza negoziale o della razionalità limitata di uno dei contraenti[133].

La dottrina, al riguardo, segnala una via non scevra di insidie e contraddizioni, da percorrere nell'attesa che il legislatore e la giurisprudenza compiano un'indispensabile opera di chiarificazione, che approdi ad un rinnovato equilibrio tra intervento giudiziale, autonomia privata, vecchie e nuove esigenze di tutela del "coniuge debole".

[132] Sia consentito rinviare a R. MONTINARO, *Marital contracts and private ordering of marriage from the Italian family law perspective*, in *Italian Law Journal*, vol. 3 (n. 1), 2017, 75 ss.

[133] G. ALPA - E. BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 1244. Gli autori affermano l'esistenza in capo ai coniugi del potere di creare un regolamento vincolante, sottoposto, tuttavia, al ricordato principio.

Accordi in vista della crisi, principio *rebus sic stantibus* e clausole di rinegoziazione

Sara Landini
Associato di Diritto privato, Università di Firenze

Il *paper* si confronta con il problema della ammissibilità di un accordo in vista della crisi familiare rispetto al principio *rebus sic stantibus*. La soluzione viene trovata nella possibilità di prevedere clausole di rinegoziazione che consentano l'adattamento delle condizioni contrattuali al mutamento delle condizioni della relazione familiare.

The paper deals with the problem of the admissibility of an agreement in view of the familiar crisis with respect to the rebus sic stantibus *principle. The solution is found in the possibility of providing renegotiation clauses that allow the adaptation of the contractual conditions to the evolution of the family relationship.*

Sommario: 1. Accordi in vista della crisi e principio *rebus sic stantibus*. – 2. Principio di vincolatività e rispetto della economia del rapporto. – 3. La gestione convenzionale delle sopravvenienze e clausole di rinegoziazione. – 4. Esecuzione delle clausole di rinegoziazione.

1. Accordi in vista della crisi e principio *rebus sic stantibus*

L'assegno alimentare, quello di mantenimento nella separazione e quello postmatrimoniale sono soggetti all'applicazione della clausola "*rebus sic stantibus*"[1], per cui se si ha un mutamento delle condizioni economiche delle

[1] Cfr. Cass. 8 maggio 2013 n. 10720, in *ilcaso.it*: «In tema di separazione personale tra coniugi, le circostanze nuove costituiscono condizione necessaria per procedere alla modifica delle statuizioni economiche in favore del coniuge o dei figli per il giudizio di modifica *ex* art.155-*ter* c.c. o revisione *ex* art. 9 legge 1 dicembre 1970, n. 898; non anche per il giudizio di appello, promosso dal coniuge che richieda un incremento del contributo al mantenimento dei figli minori posto a carico dell'altro coniuge, essendo tale estensione del sindacato del giudice sottesa alla

parti (il soggetto che ha diritto all'assegno e l'obbligato) rispetto al momento in cui vi è stata la pronuncia giudiziale che ha stabilito le condizioni patrimoniali o ha omologato l'accordo tra le parti, è possibile chiedere al giudice la cessazione, la riduzione o l'aumento dell'assegno in base a quanto sancito all'artt. 440 c.c., 156 c.c., art. 9 l. div.[2]

Il fatto che le parti abbiano convenzionalmente ammesso la corresponsione *una tantum* dell'assegno[3] non importa una non revocabilità e immodificabilità delle condizioni patrimoniali della separazione e divorzio. Si tende in genere ad ammettere la possibilità per il beneficiario di chiedere una integrazione[4].

---

natura degli interessi in gioco e all'immanenza del principio "*rebus sic stantibus*" che permea i procedimenti in materia di famiglia».

[2] L'art. 156 ultimo comma prevede 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».

L'art. 9, comma 1, della legge sul divorzio prescrive che «qualora sopravvengano giustificati motivi dopo la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il Tribunale può, su istanza di parte, disporre la revisione delle disposizioni relative alle misure ed alle modalità dei contributi da corrispondersi *ex* art. 5 e 6». Sul significato da assegnarsi all'accezione «giustificati motivi sopravvenuti» per consolidata giurisprudenza (v. *ex multis* Cass., 3 agosto 2007, n. 17041, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; Cass., 12 settembre 2011, n. 18620, ivi, 2011), l'espressione "giustificati motivi" non postula un sindacato del giudice sulla causa dei sopravvenuti mutamenti delle condizioni economiche delle parti ma prevede, più semplicemente, la esigenza di verificare l'idoneità di tali mutamenti a giustificare la modifica circa la determinazione e/o quantificazione dell'assegno post-matrimoniale.

[3] Cfr. art. 5, comma 8 l. n. 898 del 1970 da ora in poi l. div. La giurisprudenza e la dottrina ammettono da tempo la possibilità anche per i separandi di regolare le modalità della corresponsione dell'assegno. Comunque, l'accordo sulla dazione *una tantum*, richiede una verifica di natura giudiziale (Cass. civ., 8 marzo 2012, n. 3635), che nel caso di specie non era avvenuta.

[4] Cfr. L. ROSSI CARLEO - E. BELLISARIO - V. CUFFARO, *Famiglia e successioni. Le forme di circolazione della ricchezza familiare*, Torino, 2016, 193.

Altro sono i c.d. accordi a latere dell'accordo di separazione omologato. Cfr. Tribunale Nola, 10 Febbraio 2015, in *De jure*: «Sono validi i patti tra coniugi c.d. "*a latere*", configurando contratti atipici e non convenzioni matrimoniali o atti di liberalità, le pattuizioni dagli stessi raggiunte prima e/o contestualmente al decreto di omologazione della separazione e non trasfuse nell'accordo omologato solo quando, in base ai principi stabiliti dall'art. 1362 c.c., risultino tali da assicurare una maggiore vantaggiosità al coniuge più debole ovvero concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo o ancora costituiscano clausole meramente specificative e/o integrative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato dall'art. 160 c.c. attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 c.c.»; Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in *De jure*: «L'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali, concluso tra le parti ai margini di un giudizio di separazione o di divorzio, ha natura negoziale e produce effetti senza

La clausola *rebus sic stantibus* può risultare in contrasto con la possibilità di disciplinare, con accordi pre-crisi o addirittura prematrimoniali, le successive vicende della crisi. La clausola sarebbe infatti eccezionalmente prevista per gli accordi in fase di separazione e divorzio, ma non può trovare applicazione in ambito di contratti in generale che risultano invece improntati alla forza vincolante dell'accordo raggiunto.
Sul punto merita riflessione la giurisprudenza e la dottrina che hanno rivisto detto principio ammettendo la possibilità di disciplinare regimi convenzionali per governare le sopravvenienze.
Avuto particolare riguardo alle relazioni contrattuali di durata diviene importante introdurre clausole, quali le c.d. clausole di rinegoziazione, che consentano di adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenienze in modo da garantire la stabilità e la durata del vincolo[5].
Si è così progressivamente rimesso in discussione, o forse è meglio parlare di una rilettura, il principio di vincolatività del contratto.

necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che l'accordo, intervenuto stragiudizialmente in pendenza di un giudizio di appello, poi abbandonato dalle parti a seguito della composizione del contrasto, avesse impedito il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado)».

[5] Cfr. G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 175; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. amm.*, 2006, 9. Si veda altresì V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 13; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; ID., voce *Revisione del contratto*, in *Dig. civ.*, XVII, Torino, 1998, 431 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 193; A. DE MAURO, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in TOMMASINI (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, 491 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 774 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, ivi, 701-724; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; E.C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziali*, in *Contr. impr.*, 2006, 478 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 405; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali, tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, 160 ss.

2. Principio di vincolatività e rispetto della economia del rapporto

I rapporti contrattuali, in specie quelli di durata, possono trovare nel tempo intercorrente tra la loro stipulazione e la loro esecuzione una serie di sopravvenienze che sono idonee ad incidere sulla "economia del contratto" intesa come insieme degli interessi condivisi dalle parti nella formazione del vincolo contrattuale[6].

Riconoscere rilevanza all'economia del contratto porta appunto a rileggere il principio della vincolatività dell'accordo, rinvenuto nella norma di cui all'art. 1372, in base alla quale questo ha forza di legge e produce quegli effetti e solo quelli leggibili nel testo contrattuale per come disegnato dalle parti al momento in cui si è formato il vincolo.

Peraltro simili considerazioni muovono proprio dalla stessa scienza giuridica e giurisprudenza francese che si sono formate sul principio di forza di legge del contratto, declamata appunto *in primis* nell'art. 1134 del *code civil*, da cui origina il nostro art. 1372 c.c.[7] Si osserva in particolare che tale regola andrebbe riletta alla luce del principio dell'economia del contratto da impiegarsi «*pour, indirectement protéger la liberté contractuelle*»[8] visto che «*l'autonomie de la volonté*"» è un «*mythe*»[9]. Quello che conta non è la ricostruzione di una inafferrabile volontà contrattuale quanto piuttosto l'individuazione e l'attuazione degli interessi sottesi al contratto. Tra le sopravvenienze disciplinate a livello di diritto positivo ricordiamo l'impossibilità sopravvenuta, le mutate condizioni economiche di una delle parti contrattuali, la eccessiva onerosità sopravvenuta[10]. Quanto all'eccessiva onerosità sopravvenuta si tende a leggere l'espressione

[6] Si veda S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, 25.

[7] S. PIMONT, *L'économie du contrat*, loc. citt., sottolinea attraverso un'attenta indagine giurisprudenziale «*une tendance utilitaire et pragmatique qui, prenant en compte la réalité de l'opération économique formant le substrat de la convention, protège les intérêts trés concrets attendus par les parties*».

Così la Cassazione in Francia con la sentenza 6 luglio 1996 in *RT Civ.*, 1996, 901 ha affermato che «l'esecuzione del contratto deve essere conforme all'economia voluta dalle parti» ispirandosi all'idea di causa proposta da H. CAPITANT, *La causa des obligations*, Paris, 1923, 31. Ancora, sempre con riferimento alla giurisprudenza francese, la Cassazione con sentenza 3 gennaio 1996, in *RT Civ.*, 1997, 901 ha identificato la legge che lega le parti con l'economia del contratto.

[8] S. PIMONT, *L'économie du contrat*, cit., 13.

[9] S. PIMONT, *L'économie du contrat*, cit., 21. Si veda anche F. CHABAS, *Obligations. Théorié Générale*, Paris.

[10] Accanto a queste gli interpreti riconoscono la presenza anche di una disciplina dello svilimento della controprestazione e della c.d. presupposizione. Cfr. E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, 17 ss.

di cui all'art. 1467 «eventi straordinari e imprevedibili» come una duplice condizione ai fini della rilevanza della sopravvenienza[11].
Ascrivibile alla disciplina delle sopravvenienze è anche l'art. 1461 che dispone la possibilità per il debitore, in un contratto a prestazioni sinallagmatiche, di sospendere la esecuzione della propria prestazione in caso di mutamento delle "condizioni patrimoniali" della controparte[12].

Gli interpreti sono peraltro intervenuti anche rispetto alle ipotesi testualmente disciplinate proponendo, in alcuni casi, un'estensione dell'ambito di applicazione.
Così con riferimento all'impossibilità sopravvenuta si ritiene, movendo dal testo della legge, che deve trattarsi di un'impossibilità della prestazione avente i caratteri della oggettività e dell'assolutezza. Cfr. G. OSTI, voce *Clausola* rebus sic stantibus, in *Nss. D.I.*., III, Torino, 1958, 353; L. MOSCO, voce *Impossibilità sopravvenuta*, in *Enc. dir*., XX, Milano, 1970, 426 ss.

[11] Oltre alla stretta delimitazione dell'ambito sembra che l'ordinamento abbia limitato gli effetti di tali sopravvenienze alla risoluzione del contratto, non lasciando spazio a meccanismi riequilibratori in sede giudiziale. La stessa offerta di riconduzione ad equità in caso di giudizio di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, nella lettura che ne dà la giurisprudenza, sembra lasciare unicamente la possibilità per il giudice, investito della questione, di dichiararla congrua rigettando la domanda di risoluzione oppure dichiararla incongrua e pronunciare la risoluzione del contratto. Così P. TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in *Enc. dir*., XXX, Milano, 1980, 174. La dottrina precedente tendeva a leggere nella espressione suddetta un semplice pleonasmo. Cfr. A. BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, 140; A. PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, 74. Cfr. Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita not*. 1992, 548: «In tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, nel caso in cui il convenuto, nell'esercizio della facoltà di disporre liberamente dei propri interessi, anziché chiedere di rimettere al giudice la determinazione del contenuto delle modifiche da apportare al contratto per ricondurlo ad equità propone egli stesso il contenuto di dette modifiche, tale proposta, ove non accettata dalla controparte, perde il carattere di proposta negoziale rivolta a quest'ultima ed assume il connotato di una specifica domanda processuale con la conseguenza, in tal caso, che il giudice *ex* art. 112 c.p.c. può soltanto pronunciarsi sull'efficacia di questa ad impedire l'accoglimento della contrapposta domanda di risoluzione, non anche ridurre la somma offerta dal convenuto ritenendola eccessiva, perché così facendo deciderebbe "*ultra petita*" invadendo la sfera dispositiva delle parti».
Sul punto si veda però la dottrina E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. impr*., 1991, 479; F. MACARIO, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*, nota a Cass., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro it*., 1990, I, 567.

[12] La giurisprudenza tende ad estendere l'ambito di applicazione della norma dando rilevanza al momento della conoscenza della modifica delle condizioni patrimoniali da parte del creditore. V. Cass., 20 febbraio 2008, n.4320, in *Foro pad*., 2008, 2, I, 312: «Per l'applicabilità dell'art. 1461 c.c. non è necessario che la modificazione patrimoniale dell'altro contraente sia sopravvenuta dopo la stipula del contratto, essendo a tal fine sufficiente che il contraente, che oppone la sospensione della sua prestazione, ne sia venuto a conoscenza successivamente e che egli non l'abbia conosciuta o potuta conoscere con la normale diligenza e che il deterioramento sia di natura tale da porre in evidente pericolo il conseguimento della prestazione cui ha diritto il contraente "*in bonis*"».

A ciò dovremmo inoltre aggiungere la disciplina speciale delle sopravvenienze: l'art. 1664 in tema di "onerosità e difficoltà dell'esecuzione" nell'appalto; l'art. 1898 in tema di aggravamento del rischio nel contratto di assicurazione[13].
Si ascrive generalmente alle sopravvenienze non disciplinate la presupposizione che ormai ha trovato cittadinanza nel nostro ordinamento attraverso processi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza[14]. Va detto che anche recentemente la dottrina si è interrogata sulla validità di tali orientamenti, che tendono ad

[13] In base all'art. 1898 «Il contraente ha l'obbligo di dare immediato avviso all'assicuratore dei mutamenti che aggravano il rischio in modo tale che, se il nuovo stato di cose fosse esistito e fosse stato conosciuto dall'assicuratore al momento della conclusione del contratto, l'assicuratore non avrebbe consentito l'assicurazione o l'avrebbe consentita per un premio più elevato (c. 1892, 1926).
2. L'assicuratore può recedere dal contratto (c. 13732), dandone comunicazione per iscritto all'assicurato entro un mese dal giorno in cui ha ricevuto l'avviso o ha avuto in altro modo conoscenza dell'aggravamento del rischio».
Con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 1898, così come per la riduzione del rischio di cui all'art. 1896, la dottrina ha tentato di ricondurre la disciplina, specialmente dettata per il contratto di assicurazione, all'interno del sistema degli istituti civilistici: il mutamento dell'oggetto (G. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1966, 245), la presupposizione (Così A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione, i principi generali del contratto di assicurazione*, II, 2, Milano, 1954, 40), la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (Cfr. E. PASANISI, *Aggravamento del rischio*, in AA.VV., *Assicurazione infortuni e responsabilità civile: VIII convegno per la trattazione dei temi assicurativi*, Milano, 1968, 93 ss.; V. MUNGARI, *L'aggravamento ed altre modificazioni del rischio*, in Assicurazioni, 1986, I, 346 ss.).
Al riguardo sembra difficile adottare un'interpretazione in chiave sistematica e pare in vero preferibile la tesi che individua nella normativa *de qua* una disciplina speciale del controllo dell'equilibrio economico del contratto di assicurazione che rileva, nelle modificazioni dei propri assetti, di per sé in modo oggettivo (A. GAMBINO, voce *Assicurazione (contratto di assicurazione: profili generali)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988).

[14] V. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di "presupposizione"*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 213; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 84 ss.; A. GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza, nota Cass. 9 maggio 1981, n. 3074*, ivi, 1983, 1, 1739; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 275 ss. Da ultimo M. MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 867. Per la giurisprudenza Cfr. Cass.18 settembre 2009, n. 20245, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 9, 1336 : «In materia contrattuale, affinché sia configurabile la fattispecie della c.d. «presupposizione» (o condizione inespressa), è necessario che dal contenuto del contratto si evinca l'esistenza di una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, il cui successivo verificarsi o venire meno dipenda da circostanze non imputabili alle parti stesse; il relativo accertamento, esaurendosi sul piano propriamente interpretativo del contratto, costituisce una valutazione di fatto, riservata, come tale, al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se immune

estendere la rilevanza delle sopravvenienze, in quanto, nel tentativo di porre rimedio alle sopravvenienze, si introducono elementi di instabilità del rapporto contrattuale[15].

3. La gestione convenzionale delle sopravvenienze e clausole di rinegoziazione

Le parti stante la natura dispositiva delle norme sulle sopravvenienze potrebbero convenzionalmente dare rilevanza a sopravvenienze ulteriori e soprattutto potrebbero prevedere conseguenze, anche per le sopravvenienze disciplinate dal legislatore, diverse da quelle di legge. Potrebbero anche prevedere obblighi di rinegoziare e potrebbero ulteriormente prevedere strumenti facilitatori della rinegoziazione (ad esempio l'intervento di un mediatore) e specifiche conseguenze in caso di mancato raggiungimento delle rinegoziazione ad esempio la risoluzione del contratto o l'intervento sostitutivo di un terzo.
Si parla di clausole di rinegoziazione al plurale in quanto, pur nell'unitarietà della funzione, abbiamo in realtà contenuti diversi dal punto di vista degli effetti della clausola e anche dei criteri della rinegoziazione con conseguenze rilevanti rispetto ai problemi che le stesse pongono.
Vi sono pattuizioni che si limitano a prevedere la facoltà delle parti di avviare la trattativa per rinegoziare i termini del contratto al sopravvenire di circostanze nuove, senza obbligarle neppure ad iniziare le trattative per la rinegoziazione. Va detto che risulta difficile dar rilevanza giuridica a simili clausole[16] in quanto la loro predisposizione appare superflua perché improduttiva di effetti giuridici. La possibilità di negoziare nuovamente il contenuto contrattuale, dando vita ad

da vizi logici o giuridici»; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, 1134 con nota PENNANZIO: «La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso "esterna", che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – ma con riconoscimento da parte dell'altra – valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso». Sull'evoluzione delle interpretazioni intorno all'istituto si veda F. DEGLI INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, 2009, 79.

[15] M. MAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, cit., 878-879.

[16] F. DI CAMILLO, *La rinegoziazione nei contratti tra privati*, in *www.altalex* il quale richiama a sostegno della sua tesi A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., 701.

accordi modificativi del contratto originario, rientra infatti già nell'autonomia delle parti senza che sia necessaria alcuna previsione contrattuale.
In altri casi è previsto un obbligo che, senza la predeterminazione di criteri per la rinegoziazione, esprime l'impegno delle parti a dar vita ad una rinegoziazione in modo da giungere ad una modifica concordata dei contenuti del rapporto originario che possa, in caso di sopravvenienze, consentire di rispettare l'economia del contratto stesso. Tali clausole contengono il dovere di ricevere e di pronunziarsi su proposte nonché, talvolta, regole disciplinanti l'avviamento della "vicenda rinegoziativa".
Infine si danno clausole che non solo prevedono l'obbligo di rinegoziare al sopravvenire di determinate condizioni, ma indicano altresì i criteri o addirittura prevedono canoni dettagliati di modifica del contratto per cui, al verificarsi della sopravvenienza prevista, non si avrà in realtà alcuna rinegoziazione, bensì un adeguamento automatico dei valori delle prestazioni dedotte in contratto sulla base dei canoni suddetti.
Va detto che affinché l'attività delle parti rimanga nell'alveo della rinegoziazione è necessario un apporto volitivo ordinato alla rideterminazione dell'equilibrio contrattuale e non una semplice attività ricognitiva e applicativa di criteri in via automatica la cui operatività non abbisogna di alcuna manifestazione di volontà.

Con riferimento alle clausole di rinegoziazione contenenti le condizioni e i criteri secondo cui condurre la trattativa, si potrebbe pensare che la scelta di modelli specifici possa comportare degli inconvenienti in quanto si rende tassativa la "lista" delle circostanze che attiveranno l'obbligo di rinegoziazione e si tende a vincolare le opzioni modificative delle parti. Occorre comunque non dimenticare che il contenuto del contratto è comunque suscettibile di interpretazione[17]. Sarà quindi possibile anche integrare, in via interpretativa, il

[17] Con particolare riguardo alla interpretazione si parla talvolta di interpretazione integrativa. In giurisprudenza è corrente l'uso dell'espressione "interpretazione integrativa" riferita agli artt. 1366-1371 intendendo con ciò indicare che le norme contenute nei suddetti articoli concernono ipotesi in cui all'interprete non è richiesta la mera ricognizione del senso della regola, ma è dato di intervenire nel senso di creare la regola da applicare. Così per tutte Cass. 11 marzo 1996, n. 2001 in *Giust. civ. Mass.*, 1996. In dottrina si è parlato anche di funzione correttiva. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto: artt. 1362-1371*, in *Commentario al codice civile Schlesinger*, Milano, 1991, 197.
Diversamente la dottrina osserva come «l'esigenza propria dell'interpretazione integrativa è già soddisfatta dall'interpretazione senza aggettivi»: così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, 96.
Altro è il caso della *ergänzende Auslegung*, categoria concettuale elaborata dalla dottrina tedesca la quale precisa «*ist nicht Auslegung einzelner Willenserklärung, sondern Auslegung der durch den*

novero delle condizioni e dei criteri di rinegoziazione in attuazione dell'interesse delle parti. Inoltre anche in caso di attuazione di una clausola di rinegoziazione siamo sempre in presenza di un'attività di esecuzione di un obbligo contrattuale da compiersi secondo il precetto generale della buona fede *ex* art. 1375 che può portare ad individuare obblighi aggiuntivi rispetto a quanto testualmente previsto nel contratto al fine di attuare l'interesse alla esecuzione del contratto[18]. L'ipotesi della rinegoziazione su criteri predeterminati si presta ad una particolare applicazione al caso in esame con riferimento alla possibilità di attuare una modellizzazione delle sopravvenienze e dei criteri per adeguare il contenuto contrattuale al fine di conservarne la stabilità nel tempo in ragione dell'applicazione della regola *rebus sic stantibus*. Il riferimento è all'uso di algoritmi che possano in automatico indicare le varianze necessarie dell'accordo[18-*bis*].

Va detto che il riferimento ad indici e ad algoritmi nelle regole del diritto sarà comunque sottoposto all'attività interpretativo integrativa del giudice per quanto ridotta nella dimensione quantitativa. In passato ci siamo occupati del tema con riferimento a clausole che obbligano le parti o una di esse al rispetto

Vertrag geschaffenen objektiven Regelung»: così K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des Bürgelichen Rechts*, München, 1997, 562 ss. Al riguardo occorre precisare che nell'ordinamento tedesco la funzione dell'istituto è da individuare nell'assenza di una norma in materia di integrazione degli effetti del contratto che presenti la stessa ampiezza dei nostri artt. 1374 e 1375 c.c.

[18] F. DI CAMILLO, *La rinegoziazione nei contratti tra privati*, cit. Ricordiamo che l'art. 1375 ha portata integrativa. Nell'esecuzione dei contratti «assumono particolare importanza i doveri di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., contribuendo essi ad individuare obblighi, ulteriori o integrativi di quelli tipici del rapporto stesso, il cui inadempimento è patrimonialmente valutabile, ai sensi dell'art. 1174 c.c., e tale da giustificare una richiesta di risarcimento danni, purché siano specificati e provati i comportamenti pregiudizievoli e i loro concreti effetti lesivi»: così Cass., 8 aprile 2014, n. 8153, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

[18-*bis*] Il Prof. Mauro Maltagliati ha elaborato un Modello per il Calcolo dell'Assegno di Mantenimento (MoCAM) *www.mocam.net* che, tenendo conto dei vincoli normativi e definendo adeguatamente le variabili di contesto, determina una stima dell'assegno di mantenimento coerente con un obiettivo che, in termini molto generali, viene così enunciato «l'assegno dovrebbe essere tale da consentire ad entrambi i nuclei familiari che risultano dallo scioglimento di avere un tenore di vita adeguato rispetto alle risorse complessivamente disponibili e, quando ci sono figli in affidamento condiviso, ragionevolmente equilibrato, in modo da garantire ai figli stessi una condizione sostanzialmente equivalente quando trascorrono il loro tempo con l'uno o l'altro dei genitori». Cfr M. MALTAGLIATI - G. MARLIANI, *L'approccio dello statistico: il modello MoCAM*, in GOVERNATORI - MALTAGLIATI (a cura di), *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio*, parte II, Milano, 2009. Di prossima pubblicazione E. AL MUREDEN - M. MALTAGLIATI (a cura di), *La determinazione degli assegni di mantenimento dalla discrezionalità giudiziale ai modelli di calcolo standardizzati*.

di indici di ecosostenibilità. Si pensi ai contratti di *franchising* relativo ad un'attività alberghiera in cui il *franchisee* si obbliga ad esempio a rispettare determinati livelli di consumo di combustibile o di energia elettrica. La logica quantitativa che regola la condotta non potrà essere disarticolata dai principi e regole che guidano l'interpretazione del contratto ad esempio nella valutazione dell'adempimento/inadempimento contrattuale[19].

4. Esecuzione delle clausole di rinegoziazione

Le clausole di rinegoziazione, che prevedono obblighi di rinegoziare, presentano una criticità al momento della loro esecuzione in sede giudiziale ove una delle parti sia inadempiente. È chiaro che in caso di inadempimento sorgerà un'obbligazione risarcitoria in capo alla parte inadempiente a meno che questa non dimostri di essere stata impossibilitata ad adempiere per causa a lei non imputabile. È il caso in cui le parti si siano impegnate a rinegoziare i termini del contratto in ipotesi di aumento dei costi di una delle due prestazioni, laddove comunque il contratto sia nullo e quindi la rinegoziazione anche ove compiuta sarebbe *inutileter data* in quanto idonea a riequilibrare il contratto ma non a sanarne l'invalidità. Il problema relativo all'operatività del "rimedio" risarcitorio riguarda piuttosto la determinazione del *quantum*. Va detto che il problema potrebbe essere risolto in via convenzionale con l'apposizione di una penale che potrà dirsi equa se proporzionata alla perdita subita dalla parte che agisce per il rifiuto della controparte di addivenire alla rinegoziazione a seguito delle mutate circostanze.

Un altro aspetto problematico nel riconoscere l'obbligo risarcitorio è dato dalla considerazione che l'attività rinegoziativa è pur sempre un'attività discrezionale anche ove siano individuati dei parametri. Pure in tal caso non si ha una mera esecuzione di una condotta obbligata[20]. La discrezionalità lascia aperta la

[19] S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 611-636.

[20] In tema di discrezionalità amministrative scrive M. SHAPIRO, voce *Discrezionalità*, in *Enc. Scienze sociali*, Roma, 1993, 1. «Una persona dotata di 'discrezione' è una persona equilibrata, saggia, che pondera attentamente le sue decisioni alla luce di avvenimenti passati, circostanze attuali e sviluppi futuri. Un pubblico funzionario investito di potere discrezionale viene giudicato non soltanto in base alla legittimità delle azioni da lui poste in essere, ma altresì in base alla saggezza o buon senso da lui utilizzati per compiere quelle azioni. Il diritto amministrativo italiano riconosce esplicitamente che il giudice deve considerare questi aspetti degli atti di discrezionalità amministrativa nel determinare la loro legittimità».

normale eventualità che non si riesca a raggiungere un accordo per quanto si sia operato in maniera corretta e diligentemente secondo i canoni di adempimento alle obbligazioni. In tal caso non potranno sussistere obblighi risarcitori per inadempimento alla rinegoziazione.

In dottrina si ritiene la clausola di rinegoziazione coercibile giudizialmente nelle forme previste dall'art. 2932 c.c. Il giudice, quindi, potrebbe pronunziare l'adeguamento del contratto, allorché il fallimento della rinegoziazione appaia contrario a buona fede[21].

Va detto che l'obbligo di rinegoziazione non prevede l'obbligo di dar vita ad un contratto definitivo avente un certo contenuto che aprirebbe all'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932.

Il discorso vale sia per le clausole di rinegoziazione che prevedano il mero obbligo di iniziare la trattativa sia per quelle che dettano criteri sufficientemente specifici e tali da consentire l'emissione di una sentenza costitutiva che esegua in forma specifica l'obbligo di contrarre. L'obbligo a rinegoziare deve essere distinto dall'obbligo a contrarre che presuppone un contenuto contrattuale di riferimento[22]. Una sentenza costitutiva potrebbe esservi ove siano previsti dei criteri di adeguamento automatico del contratto alle conseguenze individuate senza alcuno spazio di discrezionalità lasciato alle parti. Ma in questo caso, come detto, non si hanno autentiche clausole di rinegoziazione, che sono invece fondate su un potere di scelta delle parti circa i contenuti dell'accordo rinegoziato pur nel rispetto, ove previsti, dei criteri individuati.

Va detto che ormai la giurisprudenza e la dottrina riconoscono la possibilità per il giudice di emettere sentenza *ex* art. 2932 integrando, ove necessario, il contenuto del preliminare. Si potrebbe allora ammettere che il giudice possa pronunciare una sentenza *ex* art. 2932 anche in ipotesi di violazione all'obbligo

[21] A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit.

[22] Si tratta insomma in primo luogo di definire cosa si intende per "obbligo a rinegoziare". Osserva F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 79 come «il lemma rinegoziare significhi negoziare nuovamente e cioè rinnovare l'esercizio del potere di darsi delle regole. L'oggetto delle iterazione consiste in un *facere* il cui contenuto risiede in varie e innumerevoli libertà. Si menzionano in estrema sintesi, la libertà di compiere l'atto, consisterebbe nella decisione id porre in essere o meno l'atto, la libertà di agire mediante sostituti, la libertà di determinare il contenuto dei negozi, la libertà di concludere negozi che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, la libertà circa il modo di manifestare la volontà dell'impegno e, ancora, la libertà di apporre al negozio elementi accidentali». Ci si chiede se sia possibile imporre l'esercizio di una libertà. Si osserva che la rinegoziazione non è creazione di regola nuova ma attuazione delle regola posta in cui si è estrinsecata l'autonomia privata.

di rinegoziare appunto esercitando un simile potere integrativo e andando a costruire il contenuto dell'accordo modificativo. Non si può con ciò dimenticare che nel caso del contratto preliminare il potere integrativo del giudice al fine di addivenire ad una sentenza costitutiva che tenga il luogo del definitivo *ex* art. 2932 è giustificato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dal fatto che con esso le parti si obbligano a giungere ad un definitivo che è il vero e unico obbiettivo. «Il preliminare obbliga a concludere il contratto cioè a far ciò che è necessario e sufficiente a produrre quei determinati effetti»[23].

Nel caso dell'obbligo di rinegoziare un simile intervento del giudice, invece, risulterebbe in contrasto con quanto previsto dalle parti che si sono impegnate a trattare e non ad addivenire ad un dato accordo definitivo modificativo del contratto originario.

Sul punto una riflessione conclusiva porta a chiedersi se l'inapplicabilità delle norme sull'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni nel caso di specie, finisca per escludere in assoluto la vincolatività delle clausole di rinegoziazione anche quando prevedano testualmente un obbligo a rinegoziare magari dettando anche i criteri della rinegoziazione.

Al riguardo si potrebbe osservare che non ogni obbligazione è soggetta a esecuzione in forma specifica. Tali sono le obbligazioni di consegnare una cosa determinata, e non quelle aventi ad oggetto cose generiche pur riconosciute dal legislatore.

[23] R. SACCO, *Il contratto*, parte II, Torino, 1993, 273.

È importante distinguere il contratto preliminare da altre pattuizioni preparatorie al raggiungimento di un accordo sul punto si veda in particolare V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, 151 ss.; A. DI MAJO, *Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto*, in BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, 562 ss.; R. SACCO, *La preparazione del contratto*, in RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. X, 2, Torino, 2 ed., 1995; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990; V. ROPPO, *Contratto*, II, *Formazione del contratto*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 4 ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974; E. CESARO, I*l contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, 29 ss.; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 66; F. REALMONTE, *Introduzione*, in REALMONTE (a cura di), *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1966, XV.

La giurisprudenza ha ammesso l'applicazione dell'art. 2932 anche in presenza di un preliminare avente ad oggetto un bene non conforme alle prescrizioni edilizie in pendenza di sanatoria. Cfr. Cass. 7 aprile 2014, n. 8081, in *Giust. civ. Mass.*, 2014. Viene comunque escluso l'intervento giudiziale in esame qualora nel contratto preliminare non siano contenuti tutti gli elementi essenziali. Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 54-55. In giurisprudenza cfr. Cass. 4 maggio 1982, n. 2761, in *Giust. civ., Mass.*, 1982; *Contra* S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, vol. XX, Torino, 1985, 328 e ss.

Tali sono le obbligazioni aventi ad oggetto un fare fungibile e non quelle aventi ad oggetto un fare infungibile.
La "coercibilità in via giudiziale" non rappresenta pertanto un momento essenziale per l'esistenza del vincolo che risulta piuttosto impressa dall'autonomia delle parti e da come la clausola è stata pensata e redatta.
La via che è preferibile percorrere, nell'individuazione delle conseguenze in caso di violazione dell'obbligo a rinegoziare, è allora piuttosto quella convenzionale che individui conseguenze diverse da quelle prospettabili in via legislativa. Una prima soluzione può essere vista nella previsione di una clausola penale o una clausola risolutiva espressa.
Va detto che una simile soluzione toglie flessibilità alla clausola di rinegoziazione e le fa perdere l'obbiettivo.
Ove le parti abbiamo previsto la risoluzione del contratto in caso di fallimento della rinegoziazione, la clausola di rinegoziazione potrà rappresentare un escamotage per liberarsi del vincolo non più desiderato. Si introdurrebbe, insomma, una caducità del vincolo contrattuale che la clausola di rinegoziazione voleva evitare imponendo alle parti di gestire convenzionalmente le sopravvenienze proprio per evitare la risoluzione del contratto.
Preferibile è che le parti, non riuscendo a raggiungere l'accordo, possano rivolgersi ad un terzo, o ad un collegio di terzi preferibilmente predeterminati, che risolva il contrasto, sia esso un conciliatore, sia esso, nei casi di estremo e irresolubile conflitto, un arbitro così come è nelle clausole negoziali di buona fede proprie in particolare dei contratti internazionali. Il riferimento in quelle condizioni contrattuali con cui le parti si impegnano a negoziare in buona fede una soluzione. Ove poi l'accordo non risulti raggiungibile, le parti rinviano la soluzione ad un collegio arbitrale[24].
Il rinvio ad organismi di conciliazione e a procedure arbitrali risulta in linea con un'idea di "contratto resiliente", ovvero di un accordo suscettibile di adattamenti

[24] Sul punto T. KAWASHIMA, *The legal consciousness of contract in Japan*, in FUJIKURA - ALDERSHOT (a cura di), *Japanese law and legal theory*, Singapore, Sydney, 1996, 35 ss. Una delle formule impiegate è «*Should a disagreement regarding this contract arise, the two parties will discuss it with good faith*». Un'altra formula usata è: «*Both parties shall use their best efforts to resolve by mutual negotiation and agreement any disputes, controversies and differences which may occur between the parties in connection with this agreement. If such negotiation does not result in a settlement of such disputes, controversies or differences within … days, they shall be exclusively and finally resolved through binding arbitration which (i) if requested by party A (e.g. American corporation), shall be conducted in Tokyo in accordance with the rules of the Japan Commercial Arbitration Association and (ii) if requested by party B (Japanese corporation), shall be held in New York in accordance with the rules of the American Arbitration Association*».

concordati in funzione conservativa del vincolo e di attuazione in concreto degli interessi condivisi dalle parti, introdotta dall'uso di clausole di rinegoziazione, la quale trova rispondenza non in interventi autoritativi della legge e del giudice statuale, bensì in quella "giustizia privata" intrisa di sostanzialismo e quindi più vicina ai concreti interessi delle parti contraenti[25].

[25] «L'arbitrato è…un ambiente umano, luogo e modo di relazioni tra giudicanti e giudicati»: così S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 3ª ed., 2007, XIX. Sull'idea di una "giustizia a-statuale", v. R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*, in *Riv. arb*., 2000, 667; ID., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di Adr («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it*., 2003, V, 165 ss. ; G. CONTE, *Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di Adr*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2012, 2, 175-202.

Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale

Massimo Palazzo
Notaio in Pontassieve
Presidente Fondazione italiana del Notariato
Consigliere nazionale del Notariato

L'interesse dei nubendi e dei coniugi a stipulare un contratto sugli effetti patrimoniali del divorzio, prima della crisi o in occasione della separazione, subisce una considerevole compressione a causa della perdurante ritrosia della giurisprudenza italiana ad ammettere la validità di questi accordi.
Il saggio esamina questa diffusa prassi negoziale, alla luce della mutata realtà sociale e normativa e della evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale, auspicando il superamento della illuministica sfiducia verso il sociale ed il realizzarsi di un autentico pluralismo giuridico, con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica, così come lo sono del mutamento sociale.
Siamo, tuttavia, di fronte ad un itinerario in corso, non solo sul piano dell'individuazione di regole e letture giudiziali adeguate, ma anche su quello della nostra consapevolezza interiore di giuristi, troppo plagiati da mitologie e conseguenti dogmi che alterano il nostro approccio culturale e tecnico-giuridico.

The interests of engaged and married couples to enter into a contract on the personal estate of a divorce, before the crisis, or at the separation, undergo considerable reduction in volume due to the continuing reluctance of the Italian courts to admit the validity of these agreements.
The essay examines this widespread bargaining practice in the light of changing social realities, legislation and the evolution of doctrinal and jurisprudential thought; this is in the hope to overcome the Enlightenment movement's distrust of society and the realization of a genuine legal pluralism, with the private sector taking responsibility for legal organization, just as happens with social change.
We are however faced with an ongoing journey, not just in terms of identifying the appropriate court rules and readings, but also on that of our inner awareness of lawyers, too brainwashed by mythologies and resulting dogmas that alter our cultural and technical-legal approach.

Sommario: 1. La crisi del rapporto coniugale e l'autonomia privata: uno sguardo all'attualità. – 2. I contratti in vista del divorzio. – 3. Evoluzione del pensiero giurisprudenziale. – 3.1. La tesi della nullità assoluta. – 3.2. La tesi della nullità relativa. – 3.3. La più recente giurisprudenza di legittimità: il crepuscolo di un dogma? – 4. Assegno postmatrimoniale e contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio. – 5. Una prospettiva evolutiva.

1. La crisi del rapporto coniugale e l'autonomia privata: uno sguardo all'attualità

Il tema dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia non è certamente nuovo. Le istanze personalistiche e di eguaglianza affermatesi con la Costituzione e tradottesi, nella legislazione ordinaria, nella regola dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi hanno invero sottratto l'ordinamento familiare alla logica degli *status* (marito, moglie, membro del gruppo, etc). *Status* che, d'altra parte, hanno subito, sia sul piano normativo (in tal senso tra l'altro le discipline della separazione, del divorzio, delle nuove forme stragiudiziali di divorzio introdotte dalla legge n. 162 del 2014, delle unioni civili e delle convivenze contenuta nella legge n. 76 del 2016), sia sociologico, una evidente perdita di rilevanza[1], favorendo importanti aperture all'autonomia dei privati.

Gli ultimi interventi normativi chiamano l'interprete a un compito che eccede la normale fatica del giurista positivo nel confronto con il testo e nello sforzo di armonizzazione con le altre regole dell'ordinamento, e che consiste a causa della svolta radicale, direi del "mutamento di paradigma", nella necessità di individuare i nuovi principi ordinanti, i valori organizzativi dei quali si avverte l'esigenza non solo per ricostruire il sistema, ma anche per mettere a fuoco le regole volte a disciplinare le singole fattispecie concrete. L'interprete oggi deve fare i conti con molteplici gradi di legalità (ordinaria, costituzionale, comunitaria). A lui è richiesto uno sforzo di coordinamento al fine di garantire

[1] La linea evolutiva attribuibile alla autonomia privata in questo settore può cogliersi raffrontando alcune opinioni che efficacemente la rappresentano in corrispondenza alle varie stagioni che ha attraversato la famiglia in Italia, in un ampio lasso temporale: A. CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma, 1914, 213 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381 ss.; P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in *Riv. dir. civ*., 1998, I, p. 109 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 545 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir*., Annali, Milano, 2012, 77. Da ultimo C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm*., Milano, 2015, 236 secondo il quale le nuove disposizioni in tema di negoziazione assistita e divorzio davanti al sindaco contenute nella legge n. 164 del 2014 «sanciscono con ogni evidenza il trionfo dell'autonomia negoziale e della autodeterminazione nella crisi del matrimonio».

l'unitarietà ordinamentale. Entra in gioco, nella costante attività di ricostruzione del "sistema" normativo posta in essere attraverso le sintesi espressive operate dalla giurisprudenza e dalla prassi negoziale, l'idea di coerenza intesa come consonanza e congruenza, come concatenamento contenutistico e adattabilità della *regula juris* all'ordinamento, come interdipendenza tra materiali ed elementi diversi, riconducibili all'unità di senso del diritto[2]. L'interprete, in altri termini, è chiamato a riflettere se non sia venuto il momento di abbandonare regole e modelli di decisione ormai superati dalla coscienza sociale e idonei a creare il conflitto piuttosto che a ridurlo. Emerge dunque la necessità di un «cambiamento culturale che ci renda capaci di considerare i nuovi problemi con strumenti adeguati alle loro soluzioni e non solo con quelli ereditati dal passato e non più sufficienti ad affrontare il presente»[3].

Come è stato osservato, dall'Unità d'Italia ad oggi per la famiglia è tempo radicali mutamenti, nel segno del passaggio da un modello unico di famiglia fondata sull'autorità e sul preminente peso della potestà e dei doveri ad una accentuata pluralità di modelli familiari[4], che ha trovato un importante riconoscimento legislativo nella recente legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili e le convivenze. Nel susseguirsi dei modelli normativi è agevole riconoscere le profonde trasformazioni sociologiche che hanno investito il sistema delle relazioni familiari negli ultimi quattro decenni.

Il modello di famiglia, che ancora esisteva negli anni Settanta del secolo scorso e costituiva l'*Idealtypus*[5] sul quale il legislatore ha costruito la disciplina del divorzio nel 1970 e la successiva riforma del 1987, è tramontato[6]. Quella famiglia era caratterizzata da un *paterfamilias* che lavorava e sosteneva

---

[2] In tale ordine di idee cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 41.

[3] In tal senso G. FURGIUELE, *Il nuovo riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, p. 622.

[4] Una attenta ricognizione in V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'Unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 1043 ss. (parte I) e 1287 ss. (parte II).

[5] Utilizzo la categoria coniata da Max Weber (1864 - 1920) per descrivere un modello ideale, che contiene in sé dati storici e contingenti che presentano caratteri comuni, attraverso il quale è possibile comprendere i tratti essenziali di una realtà storico - sociale. Cfr. M. WEBER, *Gesammelte Aufsatze zur Wissenschaftslehre* (1922), trad. it. Il metodo delle scienze storico sociali, Torino, 1958. La categoria è stata successivamente ripresa da KARL JASPERS (1883 - 1969), *Allgemeine Psychopatologie*, 1959, trad. it. *Psicopatologia generale*, Roma, 1964, il quale nota che il rapporto tra tipo reale e tipo ideale è il frutto di un'interpretazione (*Deutung*).

[6] Si tratta del tipo di famiglia studiato dal sociologo americano Talcott Parsons, cfr. T. PARSONS - R.F. BALES, *Family socialization and interaction process*, *The Free Press*, N.Y., 1955, trad. it. *Famiglia e socializzazione*, Milano, 1974.

economicamente moglie e figli, svolgendo un ruolo strumentale e funzionale (*breadwinner*); alla moglie e madre erano riservati i compiti di cura domestica e dei figli. Questo tipo di famiglia non esiste più non solo negli Stati Uniti ma anche in Paesi, più tradizionalisti in questo settore, come l'Italia dove il modello più diffuso di famiglia vede entrambi i coniugi impegnati in una attività lavorativa extradomestica.

Un secondo tipo di profonda trasformazione che ha vissuto la famiglia occidentale riguarda la instabilità delle unioni e la molteplicità di nuclei familiari successivi che ciascuno costruisce nel corso della propria vita[7]. Nel corso dell'esistenza molte persone tendono ad avere più unioni di lunga durata, due o tre anziché una soltanto, come nel passato; ricostruendo nuove famiglie con i figli nati da precedenti unioni.

Occorre inoltre considerare, in terzo luogo, che – dopo la riforma della filiazione realizzata dalla l. n. 219 del 2012 e dal d.lgs. n. 54 del 2013 – oggi esiste una entità familiare – fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori – pur in difetto di un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori e, sicuramente, pur in difetto del matrimonio che un tempo era ritenuto l'architrave della struttura familiare. Lo sgretolamento del rapporto biunivoco famiglia – matrimonio non è una novità normativa inattesa ma il portato di un processo che si è sviluppato, sospinto dal mutare del sentimento sociale e del costume, attraverso gli interventi legislativi sopra ricordati, l'opera della scienza giuridica e della giurisprudenza pratica.

Il Parlamento italiano, con l'art. 12 della legge 6 novembre 2014 n. 162, ha riconosciuto ai coniugi il diritto di separarsi, divorziare e modificare le condizioni di separazione e divorzio presentandosi davanti al Sindaco, in veste di ufficiale di Stato Civile[8]. Il legislatore del 2014 ha trasformato un diritto

---

[7] L'instabilità del vincolo coniugale è un dato concretamente verificabile nella società contemporanea. Cfr. L. TODESCO, *Matrimoni a tempo determinato. L'instabilità coniugale nell'Italia contemporanea*, Roma, 2009. La decisa riduzione dei tempi per il divorzio introdotta dalla l. 6 maggio 2015, n. 55 costituisce una presa d'atto di tale fenomeno sociale che rappresenta il presupposto di questo intervento legislativo sulla disciplina processuale del divorzio.

[8] La negoziazione assistita da avvocati (art. 6 l. n. 126 del 2014) consente ai coniugi di stipulare un accordo di separazione divorzio o modifica delle condizioni che tiene luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità. Il nuovo istituto, dal punto di vista dei principi tradizionali che governavano la crisi della famiglia, ha un effetto dirompente sul tema dell'autodeterminazione e della negoziazione come fonte per la definizione dei rapporti post matrimoniali tra i coniugi. In primo luogo si afferma la validità di un accordo sullo *status* coniugale; in secondo luogo si legittimano i coniugi a stabilire le condizioni della separazione e del divorzio senza alcuna forma di preventivo controllo giudiziale, essendo solo affidato al P.M. il compito di rilasciare un "nullaosta" quando non ravvisi irregolarità; infine la

potestativo a necessario esercizio giudiziale in diritto potestativo sostanziale, che può essere esercitato fuori dal processo in sede amministrativa; riducendo così, significativamente, il raggio di azione di una disciplina processuale relativa alla separazione e al divorzio che conserva a tutt'oggi una matrice concettuale ancora assai vicina allo sfondo ideale da cui traeva alimento la dottrina di Antonio Cicu.

Giova, inoltre, ricordare che la legge 6 maggio 2015, n. 55[9] ha ridotto a sei mesi (in caso di separazione consensuale) o un anno (in ipotesi di separazione giudiziale) il periodo di separazione che deve decorrere dalla comparizione davanti al Presidente del Tribunale per la proposizione della domanda di divorzio, attribuendo al problema della validità dei patti in vista del divorzio un rilevo pratico ancora maggiore rispetto al passato. È ragionevole immaginare che i coniugi, raggiunto un accordo al momento della separazione intendano definire i loro rapporti oltre il periodo semestrale/annuale anche nella prospettiva del prossimo divorzio. È probabile quindi che il raggiungimento dell'accordo al momento di separarsi sia funzionale e collegato alla volontà di tenere fermi gli accordi anche in seguito al divorzio.

In questo mutato quadro la legge n. 76 del 2016 sulle unioni civili ed i contratti di convivenza ha riconosciuto, anche sul versante legislativo, una pluralità di

convenzione di negoziazione assistita, sostanziandosi in un accordo con cui le parti si obbligano a negoziare le condizioni del futuro divorzio (o separazione), costituisce un patto relativo al futuro divorzio (o separazione). La legge n. 162 del 2014 ha introdotto un criterio di *self restraint* giurisdizionale e ha considerevolmente rafforzato il ruolo dell'autonomia privata nella crisi coniugale, prevedendo due procedure stragiudiziali di separazione, divorzio e mutamento dei rapporti tra separati e divorziati, che tengono luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali. I nuovi contratti di separazione e divorzio rappresentano, dunque, una svolta culturale importante: l'accordo tra i coniugi è oggi completamente svincolato, almeno nel caso di procedura davanti al Sindaco, dalla competenza fino ad oggi esclusiva del giudice. Nelle procedure di negoziazione assistita da avvocati residua un "nulla osta" o un'autorizzazione volta ad accertare la mera regolarità formale da parte del Pubblico Ministero. Per un esame generale delle nuove norme, tra i molti contributi, cfr. M. N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, 15 ss.

[9] Cfr. L. BALESTRA, *Le novità legislative in tema di divorzio*, in *Giustiziacivile.com* (20 maggio 2015), ove la critica al riformatore di aver mantenuto la separazione come condizione necessaria per il divorzio e il dubbio se non fosse più opportuno introdurre il divorzio diretto «che avrebbe determinato la fine di un modello rimediale corroborato da giustificazioni che, dotate di un proprio rilievo al momento in cui fù concepito, hanno progressivamente perso di fondamento». Le finalità di ritardare il divorzio attraverso un periodo di separazione sono state «sostanzialmente sconfessate», essendo oggi divenuto "improponibile" costringere le parti ad un doppio procedimento, una volta decretato un sostanziale riconoscimento della libertà di porre fine, anche unilateralmente, al matrimonio.

modelli familiari, tutti giuridicamente plausibili, come da tempo evidenziato da una accorta giurisprudenza e dalla riflessione scientifica attraverso l'evocativa formula dell'arcipelago familiare[10].

La constatazione, largamente diffusa, che oggi la famiglia ha assunto una formulazione completamente diversa rispetto a quella tradizionale, in virtù delle segnalate trasformazioni sociologiche (mutamento del modello di famiglia, instabilità delle unioni, molteplicità delle espressioni nelle quali la comunità familiare può presentarsi) suggerisce l'esigenza di un ripensamento di alcune regole legislative o giurisprudenziali sorte in un diverso contesto normativo e storico sociale. In altri termini, non si tratta di ripensare la famiglia nel nuovo diritto, quanto piuttosto di ripensare il diritto della nuova famiglia, nella consapevolezza che la dimensione giuridica, in una visione serena ed obbiettiva, risulta connaturale alla nostra quotidianità sociale e appartiene alla normalità di questa.

I mutamenti sociali segnalati moltiplicano i fattori di complessità delle strutture familiari di oggi[11]. Tale complessità non può essere certamente ignorata dall'interprete. Al contrario, la dialettica che si è creata tra prassi riflessione scientifica e giurisprudenza sul tema dei contratti in vista del divorzio offre ampio materiale per interrogarsi sull'influenza che l'evoluzione socio - culturale della società italiana ha avuto sul pensiero giurisprudenziale e, per converso, sulla influenza che alcuni modelli di decisioni giudiziali di ispirazione conservatrice hanno avuto sui comportamenti sociali e sulla prassi negoziale.

Malgrado i notevoli cambiamenti intervenuti nella realtà storica, sociale e normativa deve invero registrarsi una perdurante «irragionevole ritrosia»[12] della giurisprudenza di legittimità ad ammettere la validità dei contratti stipulati in vista del divorzio, manifestando residue incrostazioni di carattere pubblicistico che – nel timore di sopraffazione a danno del coniuge "economicamente più

---

[10] F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, p. 520. Sulla rilevanza "epocale" della legge n. 76 del 2016, cfr. E. QUADRI, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur*., 2016, 893 ss., che accosta l'intervento normativo più che alla riforma del diritto di famiglia del 1975 ed a quella della filiazione del 2012, alla introduzione del divorzio nel 1970, in quanto «tale da rivoluzionare alle sue stesse fondamenta il sistema (…) delle relazioni familiari». Oggi più di ieri sembra trovare attuazione l'idea del diritto "flessibile" espressa da J. CARBONNIER, *Essais sur les lois, Répertoire du Notariat defrenois*, Paris, 1976: «A ciascuno la sua famiglia, a ciascuno il suo diritto».

[11] Ne tracciano una sintesi V. POCAR - P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Bari, 2008, 51 ss.

[12] F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in D. AMRAM - D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto tra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione europea*, in *Quaderni della Riv. dir. civ*., Milano, 2011, XIX.

debole" – comprimono ingiustificatamente il libero esplicarsi dell'autonomia privata e, per altro verso, pongono pesanti limiti formali alla capacità di autodeterminazione.

2. I contratti in vista del divorzio

Gli interventi della Corte costituzionale, la legge di riforma del diritto di famiglia, insieme all'introduzione del divorzio – con disciplina poi riformata anche al fine di consentire dapprima la domanda congiunta e successivamente la negoziazione assistita e il "divorzio breve"[13] – hanno notoriamente ampliato i margini di intervento dell'autonomia privata nell'ambito della crisi coniugale, assecondando gli auspici formulati da parte di una corrente dottrinale autorevole. L'autonomia subisce una considerevole compressione rispetto agli accordi in vista del divorzio, osteggiati dalla nostra giurisprudenza sulla scorta di molteplici ragioni, imperniate sulla indisponibilità dell'assegno di divorzio. L'indagine condotta sulla giurisprudenza evidenzia una casistica abbondante, la cui analisi solleva interrogativi sia circa la redazione dei patti, sia in ordine alla loro disciplina. La linea osservata dalle corti soffre parecchie discontinuità, lascia emergere sottili questioni civilistiche irrisolte oppure affrontate con risposte non sempre appaganti. Numerosi gli interrogativi rilevanti: se gli accordi in vista della crisi siano invalidi nel senso che non vincolano le parti, oppure che il giudice non ne debba tenere conto; se facciano eccezione, da un lato la finalità transattiva autonoma e, dall'altro, gli impegni sfavorevoli all'onerato; se si tratti di nullità relativa, sebbene ricondotta alla illiceità della causa; se l'illiceità di un'intesa prematrimoniale collegata alla crisi coniugale possa essere evitata deducendo tale evento quale condizione sospensiva dell'obbligazione assunta. Inoltre occorre interrogarsi se le riforme della separazione e del divorzio intervenute negli ultimi anni – nel momento in cui ampliano gli spazi di autonomia dei coniugi nella fase della crisi – non possano fornire un contributo decisivo anche al dibattito sui contratti in vista del divorzio, contribuendo al superamento della tesi tradizionale.

Nel *genus* dei contratti preventivi in vista della crisi coniugale quelli tra coniugi

[13] Sulla crisi della famiglia cfr. i volumi di recente pubblicazione in CICU - MESSINEO - MENGONI (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, cit.: E. AL MUREDEN, *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 2015; C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit.; M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Milano, 2016; F. DANOVI, *Il processo di separazione e di divorzio*, Milano, 2015.

separati in vista del futuro divorzio costituiscono una *species* che presenta punti di contatto con le altre intese preventive, ma che pure ha caratteristiche sue proprie.

Nella sequenza che normalmente si stabilisce tra separazione e divorzio, è comprensibile l'interesse dei coniugi a trovare in sede di separazione una sistemazione definitiva dei propri interessi che valga a risolvere le molteplici questioni economiche tra loro pendenti, abbracciandole nel loro insieme e risolvendole una volta per tutte[14].

Le ragioni giustificative dell'accordo dei coniugi rientrano nell'ampio spettro che abbraccia intenti divisori del patrimonio comune, il mantenimento del coniuge meno abbiente, istanze restitutorie di arricchimenti, risarcitorie di pregiudizi, remuneratorie di prestazioni rese o compensative di contributi dati allo svolgimento della vita comune[15].

La Corte di Cassazione ha riconosciuto, in più di una occasione, che l'autonomia privata è la principale fonte di determinazione degli effetti patrimoniali della separazione e della definizione dell'assetto economico complessivo post matrimoniale[16]. Recentemente la Corte ha precisato che «tradizionalmente gli accordi negoziali in materia familiare erano ritenuti del tutto estranei alla

[14] Nella esperienza professionale si nota un numero sempre maggiore di accordi tra coniugi volti a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un eventuale separazione/divorzio, non solo per rispondere a una esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ed anche in una apprezzabile logica di deflazione del contenzioso giudiziario che sovente, purtroppo, accompagna la crisi coniugale. A fondamento di tale prassi vi è sovente anche la volontà di escludere l'ingerenza dell'autorità giudiziaria e l'applicazione della regola giurisprudenziale volta conservare all'ex coniuge il precedente tenore di vita. L'attuale disciplina dell'assegno post coniugale manifesta un eccesso di tutela che esige di essere contenuto entro limiti di presupposto e di tempo coerenti con la natura estintiva del vincolo propria del divorzio. L'attuale orientamento giurisprudenziale dovrebbe effettuare un progressivo adattamento al *favor veritatis*: altro era l'ipotesi di un'unione coniugale esclusiva ed unica nel corso dell'esistenza; altro è invece l'ipotesi – oggi assai diffusa – della successione di plurimi rapporti matrimoniali e di filiazione, che determina la sovrapposizione di relazioni familiari complesse ed articolate sì da rendere opportuno un ridimensionamento della super tutela del coniuge economicamente più debole, quanto meno nelle ipotesi in cui egli si trovi in condizioni di piena autosufficienza economica. Non pare congruo, in definitiva, formulare una valutazione di indisponibilità, facendola discendere dalla funzione astratta dell'assegno, senza una preventiva analisi degli effetti che in concreto quell'assegno assolve sull'interesse del beneficiario.

[15] Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, I, 627 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia privata ed effetti della crisi coniugale*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, I, 2004, 506.

[16] Testualmente Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Nuova giur. civ. comm*., 1999, I, 278 con nota di ZANUZZI. Nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, ma pure

materia e alla logica contrattuale, affermandosi che si perseguiva un interesse della famiglia trascendente quello delle parti… oggi, escludendosi in genere che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto alla somma di quelli, coordinati e collegati dai singoli componenti, si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale»[17].

Da tempo, inoltre, la giurisprudenza di legittimità ritiene valida tra le parti e nei confronti dei terzi la clausola di trasferimento di immobile tra i coniugi contenuta nei verbali di separazione o nella sentenza di divorzio, così come il trasferimento o la promessa di trasferimento di immobili, mobili o somme di denaro, quale adempimento dell'obbligazione di mantenimento da parte di un coniuge nei confronti dell'altro[18], come pure ha riconosciuto la validità del trasferimento di un immobile a favore di un figlio minore per il suo mantenimento[19].

Questo ampio riconoscimento dell'autonomia privata trova fondamento nei principi del diritto di famiglia e nell'evoluzione del sistema normativo ed ulteriore conferma nelle nuove procedure stragiudiziali di separazione e divorzio introdotte dalle legge n. 162 del 2014 che – ponendo fine al monopolio giudiziale per lo scioglimento del vincolo – hanno consegnato definitivamente all'autonomia dei coniugi la decisione sui modi in cui risolvere la crisi coniugale. A sua volta il legislatore fiscale ha dimostrato un inequivoco *favor*

in caso di precisazioni comuni che concludono il procedimento contenzioso di separazione e divorzio «si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale, che, frequentemente, per i profili patrimoniali si configura come un vero e proprio contratto. Non rileva che, in sede di divorzio esso sia recepito, fatto proprio dalla sentenza: all'evidenza tale sentenza è necessaria per la pronuncia sul vincolo matrimoniale, ma quanto all'accordo, si tratta di un controllo esterno del giudice, analogo a quello di separazione consensuale».

[17] Cass., 20 agosto 2014, n. 18066 in *Fam e dir*., 2015, 357, che richiama il proprio precedente di Cass., 20 novembre 2003, n. 17607. Tali considerazioni suffragano l'ipotesi che l'assegno di divorzio costituisca una situazione soggettiva nella disponibilità delle parti. Se la funzione assistenziale connotasse tale emolumento di profili di indisponibilità fondati su principi di ordine pubblico, il giudice potrebbe (dovrebbe) attribuirlo anche in mancanza di domanda; potrebbe ammettere mezzi istruttori al di là di ogni dovere della parte di dedurli tempestivamente nel processo (arg. *ex* art. 184 c.p.c.), né sarebbe possibile, neppure in sede processuale, omettere la proposizione della relativa domanda o rinunziarvi espressamente o per *facta concludentia*. Cfr. in tal senso A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni di separazione, accordi* a latere *e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e dir*., 2013, 100; M. ROMANO - M. SGROI, *Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti*, in OBERTO (a cura di), *Fam. e patr*., Milano, 2014, 39 ss.

[18] Cass., 11 novembre 1992 n. 12110, in *Dir. fam*., 1993, 471.

[19] Cass., sez. trib. 3 febbraio 2014, n. 2263, in *Foro it*., 2014, I, 2289; ma v. già Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Riv. dir. civ*., 1989, II, 283.

per gli accordi raggiunti in occasione della crisi coniugale, esentandoli da ogni tributo[20].

In controtendenza, rispetto alle ricordate aperture, la giurisprudenza di legittimità è rimasta tradizionalmente orientata a ritenere gli accordi assunti prima del matrimonio, o in sede di separazione consensuale o comunque in vista del futuro divorzio, nulli per illiceità della causa perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio[21].

I contratti in vista della crisi coniugale vengono tradizionalmente distinti sulla base di un criterio contenutistico o temporale. Nel primo caso abbiamo accordi sul mantenimento di coniuge e figli, sul godimento della casa familiare o di altri beni o aventi ad oggetto rapporti diversi da quelli direttamente derivati dal divorzio. Nel secondo caso si distinguono accordi tra nubendi o tra i coniugi;

[20] V. art. 19 l. div. e per un commento L. NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, "Le nuove famiglie e la parificazione degli *status* di filiazione ad opera della l. n. 219 del 2012", 2014, 3, 276. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. trib., 3 febbraio 2014, n. 2263, cit.: «Ai fini dell'esenzione *ex* art. 19 della legge n. 74 del 1987 deve intendersi che nel mutato contesto normativo di riferimento deve riconoscersi il carattere di negoziazione globale a tutti gli accordi di separazione che, anche attraverso la previsione di trasferimenti mobiliari o immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale e non soltanto agli atti posti in essere in attuazione degli obblighi connessi all'affidamento dei figli, al loro mantenimento ed a quello del coniuge, oltre al godimento della casa di famiglia, dovendosi osservare, con riferimento alla negoziazione assistita da avvocati alla separazione consensuale, al divorzio ed alla modifica delle condizioni di separazione e di divorzio e alle disposizioni su c.d. divorzio beve, che nel quadro d'interventi definiti di "degiurisdizionalizzazione", che le nuove disposizioni abbiano di fatto attribuito al consenso tra i coniugi un valore ben più pregnante, rispetto a quello che, anche a seguito dell'introduzione del divorzio a domanda congiunta delle parti, aveva indotto dottrina e giurisprudenza ad escludere che nel nostro ordinamento giuridico potesse avere cittadinanza il divorzio consensuale, drasticamente riducendo l'intervento dell'organo giurisdizionale in procedimenti tradizionalmente segnati da vasta area dei diritti indisponibili legati allo *status* coniugale ed alla tutela della prole minore».

[21] Il principio della nullità degli accordi preventivi sul regime giuridico post divorzio fu affermato per la prima volta da Cass., 11 giugno 1981, n. 377, in *Giur. it*., 1981, I, 1, 1553 con nota di TRABUCCHI e poi costantemente ribadito fino all'attualità, si veda Cass., 25 gennaio 2012, n. 1084 in *Dir. giust. on line*, 27 gennaio 2012 con nota di PALEARI. Il rigoroso indirizzo della Cassazione, contrario alla validità degli accordi in vista del divorzio, avviato nei primi anni Ottanta nel secolo scorso, prosegue nel corso degli anni Novanta (Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 863) e continua con altre pronunzie conformi, consolidandosi progressivamente, fino ai nostri giorni, cfr. da ultimo Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Riv. not*. 2017, 503, che ribadisce la massima tralatizia della nullità dei contratti in oggetto. Due i principali argomenti tradizionalmente utilizzati da i giudici di legittimità per negare la validità dei *prenuptial* o *post nuptial agreements*: la illiceità della causa (artt. 1343 e 1418, comma 2, c.c.) per contrasto con il principio di ordine pubblico della indisponibilità dello *status*; la interferenza con il diritto di difesa in giudizio (art. 24 Cost.).

anteriori, coevi o successivi alla separazione; coevi al divorzio o modificativi delle relative condizioni.

L'esperienza professionale[22] e la casistica che si ricava dall'esame della giurisprudenza in materia evidenziano tuttavia una molteplice varietà di contenuti in ragione del fatto che alla conclusione di una convivenza connotata da rapporti affettivi vi sono in concreto una pluralità di situazioni che necessitano di una regolamentazione.

Poiché l'aspetto più dibattuto in termini di validità di questi contratti, e che registra la maggior distanza tra le posizioni espresse dalla prevalente dottrina e quella della giurisprudenza della legittimità, attiene alla validità di accordi atti a definire la crisi coniugale attraverso la predeterminazione, negoziata fuori dal processo di divorzio, del contenuto delle prestazioni post matrimoniali, appare opportuno concentrare l'attenzione sul profilo funzionale, cioè sulla causa in concreto del contratto, alla luce della teoria, fatta propria dalla giurisprudenza della Cassazione, secondo la quale la causa non va intesa come mera astratta funzione economico - sociale, bensì come «sintesi degli interessi reali che il contratto è volto a realizzare»[23]. La causa, esprimendo la ragione del contratto, non si aggiunge agli altri requisiti, ma si desume dall'insieme unitario di essi, esprimendone il senso complessivo[24].

[22] Sul rilievo della prassi negoziale nel quadro delle fonti del diritto v. G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, 1, in CICU - MESSINEO, *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2014, 332. Sul potere privato quale antecedente di regole giuridiche cfr. F. MOSLEIN (a cura di), *Private Macht*, Tubingen, 2016. Come ha ricordato, anche recentemente Paolo Grossi, riprendendo il pensiero di Santi Romano (in P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 11 ss.), il diritto è prodotto dal fatto, scaturisce immediatamente dalle forze sociali. Le recezioni e formalizzazioni operate dal giudice e dal legislatore vengono dopo ma non è questo filtraggio a conferire giuridicità a ciò che è già di per sé diritto in grazia della propria effettività. Lo Stato, il legislatore, il giudice non esauriscono la giuridicità perché il diritto è fattuale, spontaneo, spontaneamente osservato, anche se ignorato dall'apparato ufficiale del Stato. «Nessuna potestà al mondo è in grado di creare diritto (…). Il diritto va – questo si – inventato, nel senso del latino invenire, ossia trovare, va cercato e trovato nelle trame dell'esperienza, sia quando la regola manca, sia quando la regola, troppo vecchia o troppo generica, non si presta a ordinare i fatti» (P. GROSSI, *Sulla odierna incertezza "incertezza del diritto"*, in *Giust. civ.*, 2014, 946). Sul ruolo decisivo dell'esperienza cui «è ormai inevitabile ricondurre il *proprium* della giuridicità» v. N. LIPARI, *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 7.

[23] Cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. not.*, 2007, 180 ss. Per una ricognizione del tema cfr. L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Cassazione, raccolta di studi in onore di A. Brancaccio*, VII, Milano, 2013, 30 ss. Recentemente sul ruolo della causa e la riscoperta giurisprudenziale della "causa concreta" cfr. F. ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in ALCARO (a cura di), *Causa del contratto*, Milano, 2016, 1 ss.

[24] Cfr. F. ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, cit. p. 26.

Il problema del profilo causale dei contratti in vista del divorzio è di sicuro rilievo[25]. Nella riflessione scientifica la definizione della causa di questi contratti è passata dalla transazione al negozio a causa familiare, transitando per il negozio a causa esterna e il generico contratto atipico. Notevole consenso ha riscosso la proposta di definirli come contratti tipici della crisi coniugale, dotati di una propria causa, in linea di massima non liberale. La ricognizione della prassi mostra tuttavia uno scenario composito, irriducibile a schemi precostituiti la cui analisi in concreto è per ciò imprescindibile per formulare ricostruzioni aderenti alle singole fattispecie.
Invero la giurisprudenza ritiene nullo l'accordo preventivo se volto a definire il divorzio attraverso la predeterminazione delle prestazioni post coniugali e in particolare dell'assegno di divorzio, valido se "funzionalmente estraneo" agli effetti patrimoniali direttamente derivanti dal divorzio[26].

3. Evoluzione del pensiero giurisprudenziale

3.1. La tesi della nullità assoluta

La giurisprudenza di legittimità si è consolidata, lungo l'arco temporale di oltre un trentennio, nel senso dell'affermazione della nullità degli accordi preventivi sul divorzio[27].
Circa il grado di disponibilità degli interessi, è stata messa a punto la massima sulla nullità della preventiva rinunzia o transazione, ravvisando illiceità della

[25] Avuto riguardo ai limiti di questo studio sia consentito rinviare all'ampia produzione di dottrina e giurisprudenza citata in M. PALAZZO, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, 1, 93 ss. nonché in C. CARICATO, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, vol. 4, in AULETTA (a cura di), *Il diritto di famiglia. La crisi familiare*, t. 2, Torino, 2013, 429 - 430. La tesi più compiuta, volta alla affermazione della tipicità causale di questi accordi, li qualifica «contratti della crisi coniugale» cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit.

[26] Cfr. Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 con nota di BALESTRA; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 1022 con nota di BALESTRA, più recentemente Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam e dir.*, 2013, 4, 321 con nota di OBERTO; Cass., 4 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 103 con nota di TAGLIASACCHI; Cass., 23 settembre 2013, n. 21736, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 582; Cass., 21 febbraio 2016, n. 4210; Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in in *Fam e dir.*, 2015, 4, p. 357 con nota di FILAURO; Cass., 3 dicembre 2015, n. 24621, in in *Fam e dir.*, 2016, 8, p. 747 con nota di CARRATTA, da ultimo Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit.

[27] Cfr. Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, cit., che costituisce il precedente - guida dei successivi arresti giurisprudenziali: «in tema di divorzio, il preventivo accordo con cui gli interessati stabiliscono,

causa di questi contratti. In una prima fase gli argomenti addotti si fondavano essenzialmente: a) sulla contrarietà all'art. 160 c.c. secondo cui gli sposi non possono derogare ai diritti e ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio; b) sulla illiceità della causa derivante da violazione della norma di ordine pubblico familiare da cui deriva l'indisponibilità dello *status* e sulla limitazione della libertà processuale che verrebbe sacrificata da detti accordi; c) sulla inammissibilità della rinuncia a diritti futuri; d) sull'irrinunciabilità della clausola *rebus sic stantibus* prevista dall'art. 156, ultimo comma, c.c. e dall'art. 9 l. n. 898 del 1970.

La Suprema Corte ha giustificato tale orientamento affermando che «la nullità di accordi patrimoniali fra coniugi per l'eventualità e in vista di un futuro divorzio va affermata per motivi di ordine pubblico attinenti alla idoneità di tali patti ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo *status* personale»[28]. In tale prospettiva l'accordo preventivo tra le parti si configura come una «transazione non su meri profili patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati assolvono sostanzialmente la funzione di prezzo del consenso al divorzio»[29].

In base a tali principi la Corte di legittimità ha dichiarato la nullità di un accordo stipulato in sede di separazione consensuale, con il quale era stato determinato il godimento della casa per il periodo successivo al divorzio[30]; in altre decisioni ha affermato la nullità di tutti gli accordi economici relativi al regime patrimoniale del divorzio[31].

In un noto precedente del 1991 la S.C. ha deciso che «la pronuncia del giudice del divorzio in ordine all'assegnazione della casa familiare non è vincolata dall'accordo con cui uno dei due coniugi in sede di separazione consensuale si sia impegnato a costituire in favore dell'altro un diritto di usufrutto su detto immobile, salva restando la deducibilità di tale impegno in separato giudizio promosso ai sensi dell'art. 2932 c.c.»[32].

---

in costanza di matrimonio, il relativo regime giuridico (…) convenendone l'immodificabilità per un dato periodo di tempo, è invalido nella parte riflettente l'assegno spettante all'ex coniuge a norma dell'art. 5 l. div., per contrasto sia con l'art. 9 della stessa legge, che non consente limitazione di ordine temporale alla possibilità di revisione del suindicato regime sia con l'art. 5 cit.».

[28] Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Nuova giur. civ. comm*., 1993, I, 950.

[29] Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur*., 1992, p. 863.

[30] Cass., 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Giur. it*., 1991, I, 1, c. 156, analogamente Cass., 20 settembre 1991, n. 9840, in *Giur. it*., 1992, I, 1, c. 1078.

[31] Cass., 1 marzo 1991, n. 2180; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit. e Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it*., 1999, 1306.

[32] Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in *Quadrimestre*, 1993, 3, 799 ss., con nota di M. PALAZZO,

Tali argomenti, nella loro assolutezza, si sono rivelati non persuasivi rispetto alle obiezioni degli interpreti. Quanto all'art. 160 c.c., è stato rilevato che esso non può essere congruamente riferito ai rapporti giuridici che nascono dal divorzio, rappresentando l'esatto opposto dei diritti e doveri derivanti dal matrimonio, come oggi riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Cassazione[33].
Quanto al problema dell'indisponibilità dello *status*, con conseguente compressione del diritto di difesa sul piano processuale, occorre rilevare che nessuno ha mai revocato in dubbio la nullità per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative di accordi (di cui peraltro non vi è traccia nella prassi) nei quali l'interesse in concreto perseguito dalle parti risieda nella attribuzione di somme o altri beni quale "prezzo" del consenso al divorzio. Si pensi, ad esempio, ad una clausola che preveda l'impegno a non chiedere la separazione o il divorzio ovvero che escluda in perpetuo l'assegno di mantenimento o di divorzio a favore del coniuge dedito esclusivamente alla cura domestica e impossibilitato a procurarsi un reddito autonomo. Ma al di là di tali clausole "estreme", che ben difficilmente nella prassi vengono stipulate, ben diverso è il caso, oggetto di queste note, di un contratto attraverso il quale le parti concordino le condizioni post matrimoniali, senza alcuna volontà di predeterminare la condotta processuale in relazione allo *status*[34]. La stessa giurisprudenza ha dovuto rilevare, a prima vista, la contraddittorietà della propria posizione,

Casa familiare, divorzio e convenzioni stipulate tra coniugi separandi. Questa sentenza ha sollevato perplessità tra gli interpreti perché scindeva in separati giudizi la competenza per far valere obblighi che derivano dalla comune matrice del dovere di mantenimento e che avrebbero potuto trovare congrua soluzione in una unica sede. La decisione esprime una visione del diritto della crisi coniugale collocato "accanto" al diritto privato generale, piuttosto che "nello" stesso, per di più confinato in una zona grigia coabitata dal diritto pubblico e da una disciplina processuale che molto spazio lascia ai profili autoritativi del giudice. Evidenziando in definitiva una concezione della crisi matrimoniale ancora fortemente marcata dai profili pubblicistici, insiti nella precedente concezione istituzionale della famiglia.

[33] Cfr. Cass., 20 agosto 2014, n. 18066 in *Fam. e dir.*, 2015, 357; sul tema vedi per tutti G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., p. 457; A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso delle condizioni di separazione, accordi* a latere *e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, cit., 98 ss. Non di rado infatti la tesi della nullità per illiceità della causa viene corroborata dal richiamo all'art. 160 c.c., che sancisce la inderogabilità dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio. Ancorché sia agevole osservare che sia dalla collocazione della norma, posta dal legislatore nel capo relativo al regime patrimoniale della famiglia ed in particolare riferita alla convenzioni matrimoniali, sia da una lettura sistematica risulta evidente che la stessa sia da riferire esclusivamente al regime primario inderogabile che regola la fase della convivenza, come oggi opportunamente interpretato dalla stessa Cassazione (Cass. civ., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam e dir*., 4, 2013, 321 ss.).

[34] Testualmente in tal senso cfr. Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit.

riconoscendo la validità delle convenzioni matrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio[35] nonché la natura di (valido) contratto dell'accordo di divorzio, rispetto al quale è precluso al giudice di esercitare un controllo di merito[36] sui rapporti economici tra i coniugi.

L'argomentazione relativa alla indisponibilità di situazioni giuridiche future è risultata incompatibile con il principio enunciato nell'art. 1348 c.c. secondo il quale «La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge», nonché negli articoli 1472 e 1938 c.c. Occorrerebbe inoltre verificare se nel caso di preventiva rinuncia all'assegno divorzile non si tratti, piuttosto che di rinuncia ad un diritto futuro, di rifiuto all'acquisto, ovvero esercizio del diritto a mantenere il proprio patrimonio nella composizione in cui si trova, impedendone l'incremento come previsto da numerose norme vigenti (art. 519, 1333, 1411 c.c.)[37].

La riduzione dei tempi di accesso al divorzio, operata dalla legge n. 55 del 2015, inoltre, ha fatto venir meno uno dei tradizionali ostacoli individuati dalla giurisprudenza[38] rispetto alla validità degli accordi preventivi. Una volta ammessa la validità degli accordi in sede di divorzio su domanda congiunta, poiché riferiti a un divorzio che le parti hanno già deciso di conseguire e non semplicemente prefigurato, non pare possa disconoscersi la validità di un accordo raggiunto in sede di separazione, stante la continuità temporale con la procedura di divorzio, essendo oggi la cessazione del vincolo al momento della separazione non meramente prefigurata ma imminente. Riguardo infine alla questione della compatibilità dei patti in vista del divorzio con la clausola *rebus sic stantibus*[39], potrebbe osservarsi che si tratta di un falso problema. L'art. 9, I

[35] Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giur. it*., 1993, I, p. 1670.

[36] Cfr. Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Fam e dir*., 2004, 473 e da ultimo Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit. La riflessione scientifica più consapevole invero ha argomentato nel senso che il diritto al divorzio costituisce una facoltà insopprimibile della parte, attuabile anche in caso di opposizione dell'altro coniuge. Non si comprende quindi in che modo lo *status* ne potrebbe risentire nel caso che i coniugi predeterminino consensualmente le condizioni del divorzio, (come del resto già testualmente riconosciuto da Cass. civ., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6664, in *Giust. civ*., 1999, I, p. 819 con nota di FINOCCHIARO). Nel medesimo ordine di idee si è argomentato per affermare che nessuna compressione del diritto di difesa deriverebbe dall'aver concluso un accordo di natura economica su diritti disponibili in vista del giudizio di divorzio. Cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivisulla crisi coniugale,* in *Fam e dir.*, 2012, 85 ss.

[37] Cfr. A. ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso delle condizioni di separazione, accordi* a latere *e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e dir*., 2013, p. 99; G. OBERTO, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, 25 ss.

[38] Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Fam e dir*., 1997, p. 576.

[39] Cfr. Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ*., 1992, I, p. 1239 con nota di CAVALLO;

comma l. div. prevede infatti che sia possibile ottenere la revisione dell'assegno qualora «sopravvengano giustificati motivi». Al contrario l'art. 8, comma 5, l. div. stabilisce che «su accordo delle parti la corresponsione può essere prevista in unica soluzione, ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico».
La convenzione relativa al pagamento in un'unica soluzione dell'assegno divorzile costituisce un contratto aleatorio, rispetto al quale la convenienza dell'affare può essere valutata solo successivamente, proprio in ragione della definitività attribuita alla sistemazione dei rapporti tra i coniugi[40]. Come è stato condivisibilmente osservato, la valutazione di equità del tribunale non costituisce condizione di validità delle intese, ma solo del conseguente effetto preclusivo. Inoltre tale valutazione non risulta richiesta nel procedimento di divorzio su domanda congiunta ma solo nelle procedure contenziose, nel corso delle quali le parti, raggiunta la definizione sul *quantum* demandano al giudice la decisione sul *an*[41].
Ove tuttavia si ritenga che la disposizione contenuta nel comma ottavo dell'art. 5 l. div. costituisca una norma inderogabile potrà conseguentemente sostenersi che, salvo il preventivo controllo di equità del tribunale, ogni accordo che abbia ad oggetto i diritti economici successivi al divorzio, e l'assegno divorzile in particolare, ha la stessa efficacia che ha il giudicato in tale materia e dunque è soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, *ex* art. 9 , I comma l. div., potendo essere modificato se mutano le circostanze che ne costituiscono i

Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it*., 1993, I, 1, 338 con nota di DALMOTTO, secondo la quale l'accordo volto a prevedere l'efficacia degli accordi di separazione anche dopo il divorzio contrasterebbe con l'art. 9, primo comma l. div. In senso contrario V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità e indisponibilità*, *nota a Cass., 4 giugno 1992, n. 6857*, in *Corr. giur*., 1992, 866, il quale osserva che dalla previsione della valutazione di equità del tribunale si può trarre un'indicazione solo nel senso della inammissibilità della rinunzia preventiva, ma non di una rinunzia *tout court*.

[40] G. OBERTO, *Prestazioni* una tantum *e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000. Lo stesso autore ritiene che la valutazione di equità riguardi solo il divorzio contenzioso, mentre nel divorzio su ricorso congiunto l'autonomia privata è pienamente riconosciuta e idonea a raggiungere sia l'effetto della corresponsione dell'assegno in unica soluzione sia l'irretrattabilità della relativa pattuizione.

[41] G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 233 ss. L'art. 5, comma 8, l. div. costituisce, secondo un'opinione largamente condivisa, un ingombrante relitto del tempo in cui si riteneva che, ammesso e tollerato il divorzio, non si potesse comunque consentire che esso comportasse l'estinzione dell'obbligo vitalizio di assistenza coniugale. La prassi quotidianamente seguita da giudici di merito è del resto nel senso di non operare alcuna verifica di equità adottando la formula «non sono emersi elementi istruttori che conducono ad escludere la richiesta valutazione di equità». Cfr. C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 154.

presupposti[42]. Del resto le stesse procedure *extra causam* introdotte dagli art. 6 e 12 dalla legge n. 162 del 2014 mettono capo ad accordi che tengono luogo dei corrispondenti provvedimenti giudiziali, potrebbe quindi apparire irragionevole che la stessa norma contenuta nell'art. 9, comma 1, l. div., non valga per gli accordi stragiudiziali.

3.2. La tesi della nullità relativa

Giurisprudenza più recente ha quindi riconosciuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico. Negli anni Ottanta del secolo scorso è stata ammessa la validità, per conformità all'ordine pubblico internazionale, di un accordo stipulato da coniugi statunitensi residenti in Italia, durante il matrimonio ed in vista del divorzio[43]. Del resto una assoluta contrarietà all'ordine pubblico è smentita dal fatto che vi sono Paesi, con ordinamenti non dissimili dal nostro, che prevedono legislativamente tali contratti , come Germania e Catalogna[44].
Ha, poi, ricevuto ampio risalto una successiva sentenza della S.C. la

[42] Cfr. C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., 246. In senso contrario G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 439 e II, cit., 826, ritiene, al di fuori del divorzio contenzioso, non necessaria la valutazione di equità del tribunale per dare all'accordo carattere definitivo. Nello stesso senso G. DE MARZO, *Divorzio su domanda congiunta ed equità degli accordi patrimoniali*, in *Fam e dir*. 2000, 263; M. RABITTI, *La prestazione* una tantum *nella separazione dei coniugi*, in *Familia*, 2001, 601.

[43] Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579: «L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali tra coniugi, che sia stato stipulato tra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) spostati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale del medesimi (applicabile ai sensi degli art. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle convenzioni tra stranieri, riguarda l'ordine pubblico c.d. internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani».

[44] Sul punto occorre rinviare a G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi*, cit., 71 e 74 e M. D. PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali tra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul* Family Law Amendment Act 2000, *Australiano*, in *Familia*, 2002, 156; E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale. A proposito di una recente pronunzia dalle Corte costituzionale tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, 57 ss.; EAD., *L'autonoma privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303. Per un'ampia trattazione del sistema tedesco cfr. WONNE,

quale, in ragione della preoccupazione di tutelare la posizione del coniuge economicamente più debole, ha bensì confermato la nullità per illiceità della causa degli accordi con i quali i coniugi fissano in sede di separazione il regime giuridico del futuro ed eventuale divorzio, ha non di meno escluso che essa trovi applicazione ove la nullità venga invocata dal coniuge obbligato. Più specificatamente il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole e l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo[45].
In particolare, la S.C., decidendo su un accordo preventivo rivelatosi in concreto favorevole alla moglie, di cui l'obbligato eccepiva l'invalidità richiamandosi al ricordato orientamento della Corte, rigettava la domanda – attraverso la tecnica del *distinguishing* – assumendo che nella specie non si trattasse di un accordo in vista del divorzio ma di una transazione. Incidentalmente, tuttavia, la Corte enuncia la ragione di fondo della decisione quando afferma che il principio della nullità degli accordi preventivi in vista del divorzio era stato affermato in fattispecie «nelle quali gli accordi preventivi erano invocati per paralizzare o ridurre la domanda diretta ad ottenere l'assegno divorzile; mentre la fattispecie presenta posizioni rovesciate»[46] poiché la nullità dell'accordo avrebbe favorito il debitore dell'assegno e non il creditore. La Corte riconosce in tal modo che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico e, più specificamente, il principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio dovrebbe rinvenirsi nella tutela del coniuge economicamente più debole, e l'azione di nullità (relativa) sarebbe proponibile soltanto da questo. Conseguentemente la disponibilità preventiva dell'assetto economico post matrimoniale potrebbe operare "verso l'alto", in quanto diretta ad incrementare la generale posizione del creditore, ma non verso il "basso".
L'argomento è espresso come *obiter* nella citata pronuncia 8109/2000, poiché, evidentemente, la Corte avverte il peso del tradizionale argomento che fa leva sulla illiceità della causa e ritiene incongruo qualificare in termini di nullità relativa la conseguente invalidità. È del resto innegabile che, se la causa è illecita, la nullità colpisce l'intero contratto, non potendo essere lecito nei confronti di una sola delle parti; al punto che, come stato osservato, la sentenza

Wereinbarungen zum Ehegattenunterhalt, in DOSE (a cura di), AA.VV., *Das Unterhaltsrecht in der familienrechtlichen Praxis*, Munchen, 2011, 1184 ss.

[45] Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 con nota di BALESTRA. Il principio è ribadito da Cass., 21 febbraio 2001, n. 2492, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 347 con nota di GRONDONA; Cass., 10 marzo 2006, n. 5302, e da ultimo Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit.,

[46] Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.

si porrebbe in violazione dell'art. 3 Cost., poiché riserverebbe una trattamento di differenziato a ciascuno dei coniugi[47]. L'estensore preferisce quindi ripiegare sulla, non plausibile, motivazione formale, qualificando il caso di specie come "funzionalmente estraneo" agli effetti economici del divorzio[48].

In una successiva decisione dello stesso anno[49] la S.C. ha affermato che tale forma di invalidità relativa non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal creditore dell'assegno ma solo nell'ambito del procedimento di divorzio, «così surrettiziamente introducendo una impropria forma di prescrizione, in aperta violazione non soltanto del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello *ex* art. 1422 c.c.»[50].

La giurisprudenza successiva utilizza tuttavia l'*obiter dictum* del 2000 come argomento sostanziale in una vicenda di rinuncia preventiva all'assegno, affermando che il principio secondo il quale «gli accordi dei coniugi diretti a fissare il regime del futuro divorzio sono nulli per illiceità della causa (…) trova fondamento nella esigenza di tutela del coniuge economicamente più debole»[51].

Un interesse quindi – parrebbe di capire – ascrivibile all'ordine pubblico di protezione, quale presupposto di un trattamento della nullità graduato e differenziato in funzione della peculiarità dell'interesse protetto da norme dettate a tutela di una parte, considerata quale contraente strutturalmente debole, con limitata legittimazione di quest'ultimo all'azione di nullità. Conseguentemente la Corte decide che la nullità del contratto non può essere fatta valere dal marito debitore dell'assegno.

La decisione è stata criticata sotto vari profili. In primo luogo, viene coniugata, con scarsa plausibilità, l'illiceità della causa con la *ratio* protettiva della disciplina, smarrendo, nella reiterazione dell'argomento, le consapevolezze del primo estensore.

In secondo luogo, l'operazione ermeneutica della S.C. trasforma – al di fuori di ogni previsione di legge – la nullità per violazione di regole per ordine pubblico in una nullità relativa[52], in contraddizione non solo con l'art. 1421 c.c. secondo

---

[47] M. FINOCCHIARO, *Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi: una rivoluzione annunciata solo sulla stampa*, in *Guida dir.*, 2000, 24, 43; D. G. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, 83.

[48] Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, cit.

[49] Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Gius. civ.*, 2001 ,I, 1592.

[50] G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi*, cit., 80.

[51] Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344.

[52] Cfr. G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* haarspaltemaschine, in *Fam. e dir.*, 2013, 323; G. PASSAGNOLI, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1321.

il quale: «Salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può esser fatta valere da chiunque vi ha interesse»; ma anche in radicale contrasto con il principio di eguaglianza tra i coniugi.

La teoria della nullità relativa e di protezione[53] del patto in vista del divorzio che incida sulla misura e la durata dell'assegno, per violazione di un diritto indisponibile, appare inoltre una soluzione di cui è agevole misurare la distanza con quelle che il diritto vigente e applicato consentirebbe di argomentare. A volerne sinteticamente illustrarne le ragioni, tale teoria dà per presupposto ciò che invece oggi appare quanto meno bisognevole di una nuova fondazione teorica: la necessaria statualità del diritto della crisi post coniugale, nel senso che l'assegno imposto in via eteronoma dal giudice realizzi l'interesse del creditore in maniera migliore di quanto negoziato tra le parti[54]; la indisponibilità dell'interesse del coniuge economicamente più debole a mantenere il tenore di vita goduto durante il matrimonio[55].

La creazione del diritto da parte dei giudici dovrebbe soddisfare criteri di coerenza argomentativa, di coerenza con l'ordinamento nel suo insieme e di accettabilità razionale, come ha ben mostrato Habermas[56]. Tuttavia, come

[53] Sul tema cfr. G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732. Nel senso che per legittimare l'utilizzo della categoria della nullità relativa di protezione accanto all'interesse privato protetto deve concorrere un interesse generale inderogabile v. A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not*., 2010, 285 ss. L'applicazione della categoria della nullità di protezione ai contratti prematrimoniali appare invero il riflesso di una non più attuale concezione del rapporto giudice - famiglia, secondo la quale la possibilità di autoregolarsi costituisce una graziosa concessione del potere, da accordare ai cittadini, se e quando si ritenga opportuno e compatibile rispetto al modello di famiglia che ha in mente il giudicante. Un rapporto modellato su quello tra sovrano e cittadino che risulta doppiamente antistorico sia perché la giurisdizione dovrebbe rappresentare la garanzia che ciascuno possa liberamente realizzare il proprio modello di famiglia; sia perché nella fase attuale la giustizia statuale ha tempi non compatibili con le esigenze della vita quotidiana delle persone.

[54] Nella medesima prospettiva si è affermato che: «il possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica (…) la conclusione che nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti». Cfr. A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, cit., 227. Le stesse considerazioni ovviamente valgono per il paternalismo giudiziario, che presenta margini di soggettività ancora più ampi.

[55] Il fondamento formale dell'indisponibilità dell'assegno non trova una giustificazione convincente nell'elaborazione giurisprudenziale; quello sostanziale viene apoditticamente desunto dalla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio. Sul punto e sulla connessione del filone giurisprudenziale in tema di contratti in vista del divorzio con i modelli di decisione sull'assegno post - coniugale e sulla non delibabilità delle sentenze canoniche di nullità del matrimoniale in caso di convivenza ultra triennale cfr. M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 575.

[56] J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contribuiti a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*,

vedremo, la coerenza argomentativa non è l'unico principio sacrificato dalla Corte sull'altare della tutela del creditore dell'assegno[57].
La giurisprudenza di merito si è sempre adeguata all'orientamento rigidamente negazionista della S.C.[58] Recentemente tuttavia tra i giudici di merito si è registrata una posizione meno sensibile ai pregiudizi culturali e più attenta alla dimensione pratica dei problemi, che la prassi sociale tenta di gestire attraverso lo strumento negoziale, mostrando una radicata e profonda insoddisfazione nei confronti delle applicazioni giurisprudenziali dell'assegno divorzile, del suo fondamento teorico, degli esiti pratici cui conducono gli attuali criteri interpretativi adottati dai giudici. Del resto, la copiosa giurisprudenza, speculare alla prassi diffusa di concordare preventivamente gli assetti post coniugali, costituisce la migliore prova della insoddisfazione sociale verso le attuali regole giurisprudenziali in tema di assegno di divorzio.
Si dice che il malcontento sia il primo passo verso il progresso. Il Tribunale di Torino[59], a conferma del fatto che gli esiti della posizione tradizionale della giurisprudenza non sembrano giustificati e soddisfacenti, in consapevole e aperto contrasto con la Cassazione, ha ritenuto valido e non contrastante né con l'ordine pubblico né con l'art. 160 c.c., l'accordo perfezionato dai coniugi

Milano, 1996, 271. Nello stesso senso B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., 85: «La creazione del diritto da parte del giudice (…) presuppone e si svolge all'interno di un sistema che la struttura, la filtra, la contiene».

[57] Come si avrà modo di precisare nello sviluppo del discorso, negare la legittimazione all'impugnazione del contratto all'altro coniuge appare giustificabile solo in chiave di una eccessivamente unilaterale precomprensione ideologica, poiché parrebbero esservi interessi meritevoli di tutela, anche sul piano costituzionale, che potrebbero giustificare un'azione di nullità da parte del debitore. La prospettiva giurisprudenziale parrebbe non tenere adeguatamente in considerazione la complessità del fenomeno giuridico ed il necessario bilanciamento tra opposti interessi che essa suggerisce. Sulla prospettiva della complessità, come attuale ineludibile approccio al problema della conoscenza in ogni suo settore, cfr. E. MORIN, *Le vie della complessità*, in BOCCHI - CERUTI (a cura di), AA.VV., *La sfida della complessità*, Milano, 1988, 49 ss. Spunti sul senso della complessità nella cultura giuridica in N. IRTI, *Il diritto come ricerca*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 347 ss.; B. PASTORE, *Pluralismo delle fonti e interpretazione. Il ruolo dei principi generali*, in *Diritto privato*, VII - VIII (2001 - 2002), 64 ss., spec. 70.

[58] Tra le molte decisioni cfr. Trib. Varese, 23 marzo 2010, in *Fam. e dir.*, 2011, 295; Trib. Arezzo, 28 giugno 2011, in *Notariato*, 2011, 508; Trib. Messina, 27 agosto 2002, in *www.jusexplorer.it*, pur mostrando qualche apertura ritiene che gli accordi in vista del divorzio siano "bilateralmente vincolanti" fin quando si conformano al contenuto e alle finalità dell'obbligo legale. Analogamente Trib. Messina, 10 dicembre 2002, in *Arch. civ.*, 2003, 410, riconosce la validità di tali accordi purché non stravolgano la funzione assistenziale e ritine quindi valida e vincolante la rinuncia al mantenimento a fronte di una corresponsione di una somma *una tantum*.

[59] Trib. Torino, sez. VII, ord. 20 aprile 2012, estensore Tamangone, in *Fam. e dir.*, 2012, 803 ss., con nota di G. OBERTO.

in vista del divorzio, nel quale si prevedeva che la corresponsione dell'assegno di mantenimento sarebbe cessata all'avvio del procedimento di divorzio, con l'impegno della moglie a null'altro pretendere dal marito.

3.3. La più recente giurisprudenza di legittimità: il crepuscolo di un dogma?

Una ulteriore e più recente cifra ermeneutica del diritto giurisprudenziale in questa materia riguarda la tendenza ad applicare il divieto preterlegale di stipulare patti sugli effetti economici del divorzio in maniera selettiva. Nel quadro granitico sopra delineato assumono infatti rilievo alcune recenti pronunzie di legittimità.

La Cassazione con il citato precedente del 2012[60], avente ad oggetto la validità della scrittura privata sottoscritta il giorno prima delle nozze nella quale si conviene che, in caso di separazione o divorzio, la moglie avrebbe trasferito al marito un immobile a titolo di rimborso spese per il restauro della casa coniugale, ha qualificato il contratto come una *datio in solutum* sottoposta alla condizione sospensiva del fallimento del matrimonio. La pronunzia non mette in discussione l'orientamento giurisprudenziale contrario alla liceità degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio, ma compie un passo, non piccolo, che dimostra che i tempi sono ormai maturi per una decisa inversione di rotta.

Innanzitutto la Corte riconosce che le prescrizioni dettate dall'art. 160 c.c. operano in costanza di matrimonio cioè, "prima" della crisi familiare e che non risulta in alcun modo violata la norma da una pattuizione volta a regolare la fase successiva alla crisi coniugale, lasciando inalterati i reciproci diritti e doveri dei coniugi durante il matrimonio. Con la sentenza in esame la giurisprudenza della Cassazione compie poi un passo ulteriore affermando la validità del contratto in cui la crisi coniugale assurga non a causa genetica dell'accordo bensì a mero evento condizionale. Infatti, osserva la Corte, nell'ipotesi in cui l'obbligo

[60] Cass., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, rel. Dogliotti cit. « L'accordo stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi in forza del quale si prevede che la moglie cederà al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale, non configura un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa, né, in particolare, per violazione dell'art. 160 c.c., ma in contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.; tale intesa consiste infatti in una *datio in solutum*, in cui l'impegno negoziale assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale».

assunto da un coniuge a favore dell'altro svolga funzione sanzionatoria, quale mezzo di coartazione della libertà decisionale in merito a iniziative relative alla cessazione del vincolo, se ne deve affermare la nullità insanabile, ma si riconosce, al tempo stesso e assai opportunamente, la possibilità di subordinare un'obbligazione giuridica al fallimento del matrimonio, osservando che non si tratta di condizione sospensiva meramente potestativa, vietata dall'art. 1355 c.c., dal momento che il fallimento del matrimonio non dipende mai dalla mera volontà di un coniuge e, soprattutto che la crisi coniugale non integra una condizione illecita ai sensi dell'art. 1354, comma 1, per contrarietà all'art. 160 c.c.

Una successiva decisione[61], con riguardo ad un accordo perfezionato in costanza di matrimonio in forza del quale il marito, ricevuta una somma di denaro dalla moglie, si obbliga a restituirla nell'eventualità di una separazione personale, ha ritenuto che «non c'è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi, prima o durante il matrimonio di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione all'evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale».

In conclusione, attraverso i due arresti del 2012 e del 2013, la S.C., malgrado l'ossequio formale all'indirizzo tradizionale (nullità dei patti sulle conseguenze economiche del divorzio), introduce un'ulteriore categoria di contratti pre o post matrimoniali validi e cioè quelli caratterizzati «da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali», in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione.

Ulteriori segnali del fatto che un mutamento del tradizionale orientamento giurisprudenziale possa profilarsi a breve si ritrovano in tre più recenti decisioni. In tali controversie la questione non riguardava la validità dei patti in vista del divorzio, implicanti una rinunzia totale o parziale al futuro assegno, ma nelle tre decisioni viene affermata la validità di un accordo negoziale preventivamente stipulato dalle parti sugli effetti patrimoniali del divorzio o della separazione.

---

[61] Cass. civ., sez. III, 21 agosto 2013, n. 19304, cit.: «Nessuna norma imperativa impedisce ai coniugi, in costanza di matrimonio, di riconoscere resistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione al verificarsi di un evento futuro ed incerto quale è la separazione coniugale. L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame».

Nella prima vicenda[62] le conclusioni uniformi di divorzio, poi recepite nella sentenza, prevedevano l'obbligo di un trasferimento immobiliare da uno dei coniugi al figlio. Nel secondo caso[63] la controversia riguardava la natura di un accordo tra coniugi per vendere la casa coniugale, di comune proprietà, con destinazione del ricavato al saldo di un mutuo ipotecario e divisione in pari quote del residuo prezzo. La Suprema Corte non dubita della validità di siffatto accordo, qualificando il contratto come transazione comprensiva di ogni precedente rapporto obbligatorio. Nel terzo caso deciso dalla S.C.[64] i coniugi avevano concluso in sede di separazione un dettagliato piano di assegnazioni di beni, peraltro non sottoposto al giudizio di omologazione (c.d. *accordi a latere*). Nelle più recenti decisioni la Corte presta formale ossequio alla teoria tradizionale della nullità dei patti in vista del divorzio volti a "regolare" l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione dell'assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti, riconosce tuttavia le aperture a favore della volontà di autodeterminazione dei coniugi e ricorda che essi sono frequenti in molti Stati europei, ove svolgono «una proficua funzione deflattiva delle controversie familiari»[65]. Significativamente la Corte conclude il proprio ragionamento richiamando «le critiche di parte della dottrina all'orientamento tradizionale, che trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principi di diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientata a riconoscere sempre più spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi

[62] Cass., sez. I, 20 agosto 2014, n. 18066, rel. Dogliotti, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 357 con nota di FILAURO, cit.: «La clausola di trasferimento di un immobile tra coniugi ovvero da uno dei genitori al figlio minore recepito dalla sentenza di divorzio, anche sulla base di conclusioni uniformi, è valida tra le parti e nei confronti dei terzi. Essa può essere oggetto di annullamento per vizio di volontà in un autonomo giudizio di cognizione e non può costituire motivo di impugnazione della sentenza di divorzio».

[63] Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2014, n. 4210, nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 19 agosto 2015, n. 16909, est. Nazzicone.

[64] Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 747 con nota di CARRATTA: «L'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali dei coniugi, concluso tra le parti in occasione di un giudizio di separazione, ha natura negoziale e produce effetti senza necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione. Di conseguenza è pienamente valido e come tale sottoponibile alle normali impugnative negoziali l'accordo stragiudiziale intervenuto in pendenza di un giudizio di separazione in appello, poi abbandonato dalle parti a seguito dello stesso accordo».

[65] Sul punto v. l'articolata analisi di A. FUSARO, Marital contracts, Ehevertraege, *convenzioni e accordi prematrimoniali, Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475 ss.; nonché più recentemente A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali* status *dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 913.

coniugale»[66]. Non pare, in verità, che i ricordati precedenti possono consentire di argomentare per un definitivo riconoscimento giurisprudenziale della validità dei contratti in vista del divorzio, pur avendo fornito elementi interpretativi circa l'idoneità del divorzio ad assurgere a lecita condizione cui subordinare gli effetti di un contratto avente per oggetto rapporti patrimoniali tra coniugi occasionati dal matrimonio o comunque ad esso connessi[67]. Tuttavia non può trascurarsi che la traslazione dell'evento "futuro divorzio" da causa del contratto ad elemento accidentale risulta insoddisfacente e, forse, non sufficiente ad escludere la nullità dell'accordo: nella prospettiva della causa in concreto ciò che conta non è la qualificazione dogmatica quanto piuttosto la individuazione e l'attuazione degli interessi sottesi al contratto[68]. Non di meno le richiamante decisioni rappresentano un primo passo volto a colmare la distanza che separa il nostro diritto vivente dagli altri ordinamenti europei. Siamo tuttavia di fronte ad un itinerario in corso, non solo sul piano dell'individuazione di norme e letture giudiziali adeguate, ma anche sul piano della nostra consapevolezza interiore di giuristi, troppo plagiati da mitologie e conseguenti dogmi che alterano il nostro approccio culturale e tecnico giuridico[69].

[66] Cfr. Cass., sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24621, cit. che riporta letteralmente interi periodi della precedente Cass., sez. I, 20 agosto 2014, n. 18066, cit., ed entrambe si richiamano alle argomentazioni svolte in Cass., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, cit. Difficilmente le sezioni semplici procedono a *revirement* totali, si muovono piuttosto per piccoli passi, salvo investire della questione le Sezioni Unite, ma queste recenti pronunzie portano un contributo non minimo alla evoluzione del pensiero giurisprudenziale e forniscono agli operatori importanti punti di riferimento per l'attività professionale.

[67] Cfr. A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 166.[68] Infatti, Cass., 13 gennaio 2017, n. 788, in *Il familiarista* con nota di FRANCO, continua ad affermare la indisponibilità dell'assegno divorzio e la conseguente nullità dell'accordo concluso in sede di separazione in relazione al futuro divorzio. Analogamente, in senso restrittivo, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224 cit. ha ribadito la nullità di un contratto in vista del divorzio con acritica riproposizione dell'approccio ermeneutico tradizionale di matrice statalista e criptoindissolubilista, del tutto indifferente alla spinta centrifuga che il legislatore ha promosso da una retriva concezione verticistica della famiglia che individua nel percettore del reddito (o del maggior reddito) la causa giustificativa del prolungamento sin die del precedente tenore di vita.

[69] R. BOCCHINI, *Sussidiarietà ed accordi prematrimoniali*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, p. 375 ss., sottolinea come la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, realizzato con la modifica all'art. 118 Cost., ult. comma operato con legge cost. n. 3 del 2001, muti completamente il ruolo della autonomia negoziale nel diritto di famiglia. La norma costituzionale sancisce per la prima volta che le attività di interesse generale non sono monopolio dei pubblici poteri, ma possono essere svolte dai privati. Anzi, lo Stato, attraverso il giudice, deve proprio consentire nei settori in cui è assente una disciplina normativa, ai privati la possibilità di regolamentare.

4. Assegno postmatrimoniale e contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio

Le superiori considerazioni dimostrano, in modo non equivoco, che la *ratio decidendi* sostanziale posta alla base dell'orientamento giurisprudenziale contrario alla validità piena dei contratti sugli effetti economici del divorzio è da individuarsi nell'interesse patrimoniale del beneficiario del credito costituito dall'assegno divorzile a mantenere un tenore di vita più agiato. La nullità dei contratti in vista del divorzio è, in altri termini, funzionale ad un sistema di regole di diritto pretorio volte a garantire al creditore dell'assegno una adeguata partecipazione, tendenzialmente vitalizia, alle risorse economiche dell'ex coniuge. Risultando quindi abbastanza evidente che i due filoni giurisprudenziali (assegno di divorzio e nullità dei contratti in vista della cessazione del vincolo) fossero intimamente intrecciati e funzionalmente collegati dal medesimo paradigma ideologico: la nullità del contratto implica come corollario che la determinazione dell'assegno sarà operata dal giudice per realizzare l'obbiettivo di garantire al coniuge economicamente più debole un tenore di vita analogo al precedente, ed in tale direzione saranno prese le decisioni relative alle altre provvidenze (assegnazione della casa coniugale, assegni perequativi per i figli)[70].

Sebbene uno studioso dal respiro europeo del calibro di Alberto Trabucchi, oltre trenta anni addietro, all'indomani della seconda novella sul divorzio, avesse messo in luce che lo spiccato carattere assistenziale dell'assegno previsto dall'art. 5 comma sesto l. div. imponesse di ritenere che esso ha la funzione di rimediare ad uno stato di bisogno e perciò esso non potesse far conseguire al creditore un contributo superiore a quanto necessario all'autosufficienza economica[71], è noto che la granitica giurisprudenza degli ultimi ventisette anni, a partire dalle Sezioni Unite del 1990, si era attestata nel senso che il

[70] Un terzo filone giurisprudenziale, che offre una significativa conferma della visione "cripto-indissolubilista" del matrimonio calata dalla Cassazione sul contesto sociale, è rappresentato dalle decisioni volte ad impedire la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio concordatario: Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16380, in *Nuova giur. civ. comm*., II, 2015, con nota critica di ROMA, *Ordine pubblico, convivenza coniugale e pronunce ecclesiastiche di nullità del matrimonio: le Sezioni unite suppliscono all'inerzia legislativa con una sostanziale modifica dell'ordinamento*. Per un quadro di insieme del diritto vivente in tema di assegno di divorzio sia consentito rinviare a M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 3, 575 ss.

[71] A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ*., 1987, II, 125 ss.

criterio attributivo dell'assegno non fosse da individuare nella assenza di mezzi adeguati ma nella semplice disparità economica tra creditore e debitore, la quale costituiva non solo il presupposto attributivo dell'assegno, ma altresì l'elemento induttivo dal quale desumere in via presuntiva il tenore di vita precedente[72].
Inoltre, costituiva consolidato principio giurisprudenziale che fosse da escludere la necessità di una puntuale indicazione da parte del giudice di tutti i parametri indicati dall'enunciato legislativo contenuto nell'art. 5 comma VI l.div., e poiché, in definitiva, non era possibile determinare quanto necessario a garantire il pregresso tenore di vita il giudice decideva, secondo la propria personale e soggettiva valutazione sulla base di «una stima affidata ad elementi di comune conoscenza e per buona parte anche a una valutazione discrezionale ed equitativa»[73]. Parafrasando il noto brocardo potremmo *dire quod iudici placuit legis habet vigorem*.
Dalle radicali, ma purtroppo ricorrenti, applicazioni di queste regole giurisprudenziali è scaturita la massima tutela del creditore e un atteggiamento punitivo[74] verso il debitore, con una esplosione del contenzioso familiare, una enorme conflittualità tra le parti con gravi danni per la prole ed un autentico disastro sociale, specialmente per le fasce con minori redditi, ripetutamente denunciato dai mezzi di comunicazione[75].
La radicale svolta culturale operata dalla Corte di Cassazione ed il mutato approccio ricostruttivo contenuto nella sentenza, indiscutibilmente storica e lungamente attesa, del 10 maggio 2017, n. 11504[76] – che ha modificato la

[72] Cfr. tra le molte Cass., 17 luglio 2007, n. 15610.
[73] Tra le molte Cass., 16 ottobre 2013, n. 23442.
[74] Il diritto, quando l'approccio è dominato da pesantezza ideologica ed eccessiva politicizzazione, ha costituito in ogni tempo un eccellente e formidabile instrumentum regni ed il potere costituito è spesso propenso a piegare le regole alla propria visione della realtà sociale, come ben evidenziato nelle lucide riflessioni di M. FOUCOULT, *Sorvegliare e punire* (1975), trad.it di A. Tarchetti, Torino, 2005.
[75] Recentemente E. MOCCIA, *I nuovi poveri? I padri separati. Storie di ordinario disagio*, in *Corriere della Sera* 29 ottobre 2016, ha riportato alcune vicende giudiziarie nelle quali vi è una palese violazione dei limiti imposti dal rispetto della persona umana del debitore.
[76] In *Foro it*., 2017, I, 1859, secondo la quale il parametro di riferimento per l'attribuzione dell'assegno non può essere il «precedente tenore di vita matrimoniale» bensì quanto necessario a mantenere una vita autonoma e dignitosa, ripudiando come "antistorica" la funzione perequativa di redditi e patrimoni dell'assegno. Il principio è stato confermato in una successiva decisione in materia di separazione, Cass., 26 maggio 2017, n. 12196 ed è stato precisato ulteriormente da Cass., 11 maggio 2017, n. 11538 e Cass., 22 giugno 2017, n. 15481. Tali decisioni si leggono in *www.il caso.it*. Una ricognizione della materia in A. SPADAFORA, *Il "nuovo" assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva*, in *Giustiziacivile.com*, approfondimento

funzione dell'assegno di divorzio da "perequativa e partecipativa" delle risorse dell'altro, in assistenziale pura, volta cioè a consentire l'indipendenza economica – non potrà dunque non avere rilevanti implicazioni sul tema della validità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio[77]. Come si è visto il divieto preterlegale di stipula ruotava infatti sull'interesse del creditore a mantenere il pregresso tenore di vita. Oggi, ricondotto il presupposto genetico del diritto ad ottenere l'assegno di divorzio alla mancanza di indipendenza economica, senza alcun riferimento al pregresso tenore di vita matrimoniale, appare inevitabile argomentare che l'auto-responsabilità dovrebbe implicare anche l'auto-determinazione, costituendone il correlato logico-giuridico.

Il pregio della recente svolta giurisprudenziale è da ravvisare nell'avere evidenziato l'incoerenza di ogni tentativo di fondare il regime economico post-coniugale sulla ultra-attività del matrimonio, basando la valutazione del giudicante in materia di riconoscimento e quantificazione dell'assegno sulla conservazione di un «tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio». Parametro questo, è opportuno sottolinearlo, estraneo alla lettera della disciplina vigente e di creazione giudiziale. Per di più ravvisandone il fondamento in una pretesa "solidarietà post-coniugale" che una volta giustamente reputato cessato, a seguito del divorzio, ogni legame di continuità con il vincolo coniugale, risulta veramente problematico legittimare.

Il dogma del diritto indisponibile a mantenere il tenore di vita precedente dovrebbe quindi aver finito il suo corso, per la semplice ragione che, come osservava Trabucchi, non avrebbe mai dovuto iniziarlo a causa della implausibilità di un discorso a tesi precostituita, la cui curvatura ideologica è stata recentemente rimarcata in due lucide ricostruzioni retrospettive[78]. La svolta della Cassazione

---

del 25 luglio 2017; C. RIMINI, Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale, in NGCC, 9/2017 1274 ss.; M. FORTINO, *Il divorzio, l'autoresponsabilità degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 9, 1254 ss. Da ultimo, App. Milano, V sez. civ., 16 novembre 2017, n. 4793, nel caso *Lario - Berlusconi*, ha confermato e ribadito l'orientamento espresso da Cass. 11504/2017.

[77] In tal senso A. SPADAFORA, I*l nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva*, cit. 16 ss., spec. 19 «si delineano, allo stato, le premesse di un profondo ripensamento della materia, nel senso della possibile apertura – non più aprioristicamente rinnegabile – verso una prefigurazione degli equilibri della crisi familiare anticipata già alla fase fisiologica del rapporto». Considera la decisione di Cass. 11504/2017 una importante tappa di riaffermazione del solenne principio di cui all' art. 29 Cost. di non ingerenza del pubblico potere nei riguardi della autonomia originaria della famiglia come società naturale anche V. BARBA , *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *Giustiziacivile.com* del 27 novembre 2017.

[78] A. SPADAFORA, *Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà postaffettiva*, cit.; V.

è senz'altro da condividere. Come ognuno può comprendere non si tratta di negare assistenza a chi ne abbia realmente necessità, essendo privo dei mezzi per una vita autonoma, bensì di evitare che in nome della solidarietà post-coniugale possa essere aprioristicamente motivata una significativa e generalizzata compressione del diritto di ogni cittadino, sia pure un ex coniuge, a non subire intrusioni esterne da parte del giudice nella propria sfera personale fino a quando non violi un precetto normativo.

A confutare ogni possibile obiezione è oggi lo stesso dato legislativo che offre un argomento di valore dirimente col prevedere che nella negoziazione assistita l'oggetto della controversia non riguarda diritti indisponibili (art. 2, comma 2, lett. b) legge n. 162 del 2014).

Avuto riguardo alla disciplina della negoziazione assistita, alla recente legge sulle unioni civili e convivenze (l. n. 76 del 2016) ed alla portata radicalmente innovativa della recente giurisprudenza in tema di assegno di divorzio, l'inveterato paternalismo giudiziario di pervicace chiusura alla prefigurazione degli assetti patrimoniali del divorzio risulterebbe palesemente privo di coerenza storica ed assiologica, nonché sfornito di indici sistematici che possano supportarlo, rimanendo fondato solo sulla mistica della gestione statuale ed eteronoma delle vicende relative al divorzio. Un passo avanti è stato dunque compiuto. Forse uno di quei passi che annunciano svolte culturali profonde. L'Italia ha tutto il diritto di aspettarselo. Ma il compiacimento di oggi, per non rischiare di trasformarsi in una cocente delusione, deve essere temperato dalla consapevolezza che all'indomani di ogni progresso culturale ci sono sempre tentativi di restaurazione dell'antico e degli ostacoli che rimangono sulla strada di una corretta ed equilibrata gestione della crisi coniugale.

L'opportunità e l'urgenza di un ripensamento della materia familiare in prospettiva extra-statuale, d'altro canto, è resa palese, oltre che dai ricordati interventi legislativi e giurisprudenziali, dalle proposte di disciplina elaborate in sede politica e scientifica[79].

BARBA , *Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente*, in *Giustiziacivile.com*, cit.. Contra M.C. BIANCA, *L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?*, In *Giustiziacivile.com*, editoriale del 9 giugno 2017. Sostanzialmente critico verso il nuovo indirizzo giurisprudenziale anche E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autorseponsabilità" "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur*., 2017, 885 ss., che ripropone la logica «perequativa e redistributiva del reddito» alla base del vecchio orientamento, già sostenuta in ID., *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam. e pers*., 2005, 1034 ss.

[79] Cfr. in particolare F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Nuove*

5. Una prospettiva evolutiva

Come si è cercato di segnalare in queste note, è oggi maturata una più evoluta coscienza dei confini pubblico-privato, abbandonando lo statualismo di origine ottocentesca a favore della spontaneità nel prodursi e nell'essere della soluzione giuridica, in tal maniera ponendo le basi per una metodologia che si sta affermando ben oltre la civilistica.
Lo Stato ed il diritto giurisprudenziale tendono ad assumere un atteggiamento di crescente indifferenza ideologica, rinunciando, in attuazione dell'art. 29, comma 1, Cost., ad imporre alla coppia o ai divorziati modelli di condotta o stili di vita precostituiti ed eteronomi. Tendono insomma ad estendere, anche in questo ambito di relazioni sociali, gli spazi di autonomia, di libertà, di pluralismo sociale e giuridico, correlativamente riducendo i margini dell'intervento pubblico e della coercizione legale, come ben segnalato dalla introduzione legislativa dei contratti di convivenza.
Come accennato in apertura del presente contributo, in passato le suggestioni dello "Stato etico" spingevano i giudici ed il legislatore a circondare i rapporti tra i coniugi di un pesante apparato di formalizzazione legale, sia direttamente, definendo e imponendo una precettistica vincolante dei rapporti, sia edificando una sovrastruttura sanzionatoria diretta a colpire ogni deviazione rispetto ad un modello ideale di relazione coniugale cui si pretendeva di imporre, per legge o per sentenza, efficacia di vincolo giuridico. È stato peraltro da tempo messo in evidenza che la famiglia «è governata da regole di formazione spontanea» come tale connotata da «libertà normativa e attuativa» nonché da "autogoverno" della stessa[80]. In questo senso può parlarsi di vero e proprio ordinamento primario con carattere di originarietà[81]. Sicché il diritto storico, c.d. effettivo ed applicato, che governa i rapporti idi famiglia, anche nella fase della crisi coniugale, si costituisce e si atteggia come sistema mobile, aperto, in equilibrio instabile, mutevole, sempre e continuamente rinnovantesi in un processo senza sosta e senza fine[82].

leggi civ., 2017, 1, 191 ss.; G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2014, 88 ss.

[80] A. M. SANDULLI, *Art. 29 Cost*., in CIAN - OPPO - TRABUCCHI (a cura di), *Comm. dir. it. fam*., I, Padova, 1992, 8.

[81] G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 69 ss.

[82] V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia*, cit. p. 1045. Con notevole realismo storicistico osservava L. Mengoni: «il tempo agisce sul diritto … dall'interno mediante l'interpretazione - applicazione» e, citando un passo significativo tratto da Wahrheit und Methode di Gadamer, il testo normativo «per essere compreso in modo adeguato deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni

Salvatore Romano, riprendendo le tesi pluralistiche ed istituzionalistiche del padre, Santi Romano, affrontava, alla fine degli anni Cinquanta, «il problema della autonomia privata» oltre i confini imposti dalle trattazioni pandettistiche per contestare la teoria del negozio giuridico «sorta sulla negazione del concetto di autonomia»[83]. Le pagine nelle quali, con maggior chiarezza, Salvatore Romano utilizza "autonomia" per disegnare un diverso rapporto tra pluralità ed unità sono però offerte dalla breve presentazione alla riedizione del *Diritto dei privati* di Cesarini Sforza[84]. L'attualità del pensiero di Cesarini Sforza è determinata – scrive Romano – dalla Costituzione: dalla necessità di trovare "concetti di sintesi", una rappresentazione della *societas* conforme a quella presente nei primi due articoli della Costituzione, ad una *societas* caratterizzata daal forza ordinante di tutti i consociati e sovrastata da regole di azione elaborate dalla collettività. Ed è in quest'ambito che assume rilievo l'idea di un'autonomia che si proietta «oltre, al di fuori, al di sopra dello Stato», «collegata ... alla collettività come fonte primaria di ogni potere». Dopo la costituzionalizzazione del principio di solidarietà c.d. orizzontale, introdotto nel 2001 nell'art. 118 Cost. ult. comma, che pone un solenne principio di limitazione ai pubblici poteri riconoscendo espressamente la competenza dispositiva dei privati anche in presenza di interessi generali, si apre uno scenario che impone l'esigenza di approcci culturali diversi da quello precedente[85].

Stando così le cose, se continuiamo ad applicare alla famiglia contemporanea regole sorte in stagioni ormai superate, caratterizzate da una lettura pubblicistica e paternalistica del quadro normativo[86], si verifica quanto denunciato, con grande chiarezza in una recente audizione alla Camera dei deputati, da un autorevole

situazione concreta, nuovamente e altrimenti». «Nuovamente e altrimenti»: il mistero del tempo si sposa indissolubilmente al mistero del diritto, alla sua «temporalità ontologica», secondo la puntuale espressione mengoniana. Cfr. L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, 637.

[83] SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, p.7 e 22.

[84] SALV. ROMANO, *Presentazione*, in Widar CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, [1929], Milano, 1963.

[85] R. GIAMPIETRAGLIA, *Il principio di sussidiarietà nel dirtto di famiglia*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, 329 ss.

[86] L'approccio della giurisprudenza italiana in termini di atteggiamento culturale nei confronti dell'autonomia privata dei coniugi in occasione della crisi matrimoniale si ricava agevolmente dalla lettura di una massima che fino a qualche anno fa era tralatizia: «l'accordo finalizzato a disciplinare la separazione consensuale, in difetto di provvedimento di omologazione, cui compete l'essenziale funzione di controllare se i patti intervenuti tra i coniugi siano conformi agli interessi superiori della famiglia, è privo di efficacia giuridica» cfr. Cass., 9 aprile 2008, n. 9174, in *Gius. civ.*, 2010, I, 181 ss. Vedi oggi quale espressione di un apprezzabile evoluzione del pensiero giudiziale sul punto Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, cit. e Cass., sez. III, 3 dicembre

magistrato: «l'elevato livello del contenzioso familiare è determinato da regole di diritto sostanziale circa la crisi della famiglia che per molti versi appaiono superate dalla coscienza sociale e idonee a creare il conflitto piuttosto che a ridurlo»[87].

D'altro canto, sembra opinione condivisa che, a seguito della introduzione del divorzio stragiudiziale (l. n. 162 del 2014), immediatamente seguita da una consistente riduzione del tempo per cui deve protrarsi la separazione per esser causa di divorzio (l. n. 55 del 2015), sia nato un "nuovo divorzio". Il nuovo istituto consegna definitivamente al mondo di ieri la concezione pubblicistica della famiglia e le vere e proprie strategie di aggiramento e resistenza al matrimonio dissolubile, che ancora affiorano in molte pronunzie di legittimità, affermando con ogni evidenza l'attitudine dell'autonomia negoziale e della autodeterminazione a ricoprire il ruolo di fonte (e tecnica di composizione) della crisi coniugale. L'ordinamento arretra il potere di determinare la sorte del conflitto a favore di scelte private di composizione dello stesso[88].

Poiché l'epicentro critico della disputa interpretativa sulla nullità dei contratti in vista del divorzio sembra risiedere in un contrasto tra valutazioni diverse circa il margine di intervento eteronomo che realizza in concreto nel modo migliore la tutela del coniuge economicamente più debole, non pare inutile verificare ipotesi ermeneutiche alternative al paradigma interpretativo della nullità relativa di protezione accolto dalla giurisprudenza.

Una prospettiva ricompositiva del quadro, che tenga nel giusto conto le esigenze di protezione dell'interesse del coniuge c.d. economicamente più debole, può scaturire dalla messa a frutto di esperienze maturate in altri ordinamenti, attraverso una soluzione dialettica nella quale i punti precedenti sono superati e conservati in calibrate valutazioni ermeneutiche.

2015, n. 24621, cit., che hanno riconosciuto natura contrattuale sia all'accordo di separazione sia all'accordo di divorzio.

[87] R. ROSETTI, *Le nuove prospettive del diritto di famiglia*, in *La Magistratura, Organo della A.N.M., luglio - dicembre 2014*, 3 - 4, consultabile on line in *www.associazionenazionalemagistrati.it*.

[88] Cfr. C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., 2 ss. La posizione della giurisprudenza tradizionale sulla nullità dei patti in vista del divorzio è esplicitamente criticata da Trib. Torino, ord. 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803 ss. L'esigenza di una correzione della linea interpretativa sull'assegno di divorzio già ampiamente segnalata da autorevoli studiosi di diverse scuole e diverse generazioni è recentemente ribadita da F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa?*, in *Fam. e dir.*, 2013, 108; A. MORRONE, *Una questione di ragionevolezza. L'assegno divorzile e il criterio del tenore di vita*, in *Fam. e dir.*, 2014, 704 ss. in nota a Trib. Firenze 22 marzo 2014, *ibidem*, 687 che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, l. div. che prolunga oltre il matrimonio l'obbligo

Fermo restando che il segnalato contrasto interpretativo non pare suscettibile di essere sciolto in via generale, ma piuttosto può essere composto soltanto nei confronti di ogni singola vicenda ermeneutica riferita a una specifica e irripetibile fattispecie, non sembra che debba aprioristicamente escludersi che attraverso un contratto preventivo le parti possono validamente comporre i propri interessi a una sistemazione postmatrimoniale. Le rilevate criticità argomentative della soluzione della nullità relativa inducono a prospettare l'idea che proprio attraverso il contratto in vista del divorzio il coniuge c.d. economicamente più debole possa non solo mantenere un dignitoso livello di vita, ma anche trovare forme di compensazione di eventuali contributi offerti alla famiglia durante il matrimonio, sacrificando le proprie possibilità di lavoro remunerato.

Non parrebbe invero che – valorizzando la riscoperta giurisprudenziale della "causa in concreto" – un contratto in vista del divorzio debba essere pregiudizialmente ritenuto invalido, specie ove la sintesi degli interessi reali che il medesimo è volto concretamente a realizzare non sia identificabile nell'attribuzione di beni quale "prezzo" del consenso al divorzio. Il tema del procedimento di formazione del contratto, del resto, costituisce oggi la cartina di tornasole per misurare l'efficacia delle risposte ordinamentali in vista dell'obbiettivo di protezione del contraente assunto come più vulnerabile[89].

È possibile segnalare, sotto il profilo redazionale, taluni aspetti rilevanti.

In primo luogo, la negoziazione degli assetti postconiugali sembra richiedere una rafforzata informativa precontrattuale sulla reciproche condizioni patrimoniali e reddituali (c.d. *full disclosure*), in modo che risultino chiari e manifestati nel testo contrattuale i presupposti di fatto che hanno condotto le parti alla conclusione dell'accordo[90].

In secondo luogo, sembra necessaria una assistenza legale indipendente,

---

di assistenza dei coniugi a tempo indeterminato. La Corte costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 11, in *Fam. e dir.*, 2015, 537, tuttavia ha dichiarato infondata la questione con una motivazione di poche righe.

[89] In questo senso L. CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, 2; recentemente G. CONTE, *Sulla libertà dei privati di configurare il procedimento di formazione del contratto: rimeditando la lezione di Salvatore Romano*, in *Giust. civ.*, 2017, 3, 579 ss.

[90] Nell'ordinamento italiano si registra una crescente tendenza ad attribuire al giudice il potere di intervenire, grazie all'impiego delle clausole generali, sul contenuto delle pattuizioni dei privati. Sul tema v. E. SCODITTI, *Diritto dei contratti, fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2036, eventualmente M. PALAZZO, *"Causa" del contratto di caparra confirmatoria tra prassi negoziali e (dis) applicazioni giurisprudenziali*, in F. ALCARO (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, 154. Rimane il fatto che l'unilateralità dell'accordo è attualmente regolata nei contratti comuni,

eventualmente tramite il ricorso alla figura professionale del notaio[91] che, essendo tenuto alla terzietà, appare un professionista idoneo a comporre interessi di segno diverso nel quadro di una adeguata consulenza indipendente[92], oppure anche tramite l'assistenza di consulenti di parte.

In terzo luogo, attraverso un'accorta tecnica redazionale, sembra opportuno far emergere se le parti abbiano inteso raggiungere una definizione "tombale" dei reciproci rapporti, e quindi concludere un contratto aleatorio, escludendo il meccanismo della revisione di cui all'art. 9, comma 1, l. div.; oppure intendano consentire l'adeguamento del contenuto del contratto alla sopravvenienze[93]. In tale ultima ipotesi le parti possono introdurre quale strumento negoziale

---

tra i quali rientrano quelli della crisi coniugale, dall'istituto della rescissione. Ne deriva che il semplice elemento della obiettiva sproporzione tra le prestazioni, ove non rilevato al momento della conclusione del contratto, non potrebbe essere invocato per ottenere una modifica giudiziale degli accordi tra le parti, se non attraverso un'interpretazione vanificatrice degli articoli 1447 c.c. ss.

[91] Sul ruolo del notaio nell'attuale fase storica cfr. R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 387 ss.; ID., *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 761; eventualmente M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, 6, 584 ss.

[92] Sembra meritevole di attenzione in questo senso la proposta di articolato normativo, recentemente proposto dal Notariato, che introduca nell'ordinamento la figura di contratti "prematrimoniali" attraverso i quali i coniugi stipulino «convenzioni volte a disciplinare i rapporti dipendenti dall'eventuale separazione personale e dall'eventuale scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio», attraverso l'inserimento di un art. 162-*bis* c.c. Cfr. *Nuove regole tra affetti e economia. Le proposte del notariato. Accordi prematrimoniali, convivenze, successioni*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2011. Tale proposta, se attuata, avrebbe il merito di promuovere l'autocomposizione del conflitto di interessi tra i coniugi e di sciogliere i nodi interpretativi sulle tecniche di tutela del coniuge debole. Questa linea di tendenza trova conferma, sul piano comparativo, dal raffronto con l'esperienza tedesca, in cui la Unterhaltsrechetsreform, in vigore dal primo gennaio 2008, è venuta ad imporre il rispetto della forma dell'atto notarile per ogni accordo avente ad oggetto l'assegno divorzile allorquando l'intesa sia raggiunta in un momento precedente al passaggio in giudicato della decisione sul divorzio.

[93] Il tema della rinegoziazione delle condizioni contrattuali ha interessato recentemente la riflessione scientifica prevalentemente con riguardo alle soluzioni che l'ordinamento giuridico generale appronta all'economia del contratto per come costruita dalle parti. Tra i testi più significativi B. WALKER and D. SALT, *Resilience Thinking*, Washington, 2006; D. CHANDLER, *Resilience. The governance of complexity*, London, 2014. Per la letteratura italiana cfr. E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzione degli interpreti*, Padova, 2004, 160; F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 1026; recentemente S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 179 ss.; C. DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, in CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali*, Milano, 2017, 1443 ss.

di gestione delle sopravvenienze una clausola di rinegoziazione volta a disciplinare i mutamenti non previsti e non prevedibili delle circostanze di fatto ricorrenti al momento della stipula. In particolare le parti possono dare rilevanza alle sopravvenienze che dovessero verificarsi nel lasso di tempo intercorrente tra la conclusione dell'accordo e la sua effettiva esecuzione, o anche successivamente, attraverso un obbligo di rinegoziare, eventualmente prevedendo strumenti facilitatori della rinegoziazione (ad esempio: l'intervento di un mediatore qualificato)[94]. Le clausole di rinegoziazione sembrano in grado di consolidare il vincolo consentendo di durare nel tempo, pur nel mutamento delle circostanze.

Conclusivamente, se è chiaro che lo Stato non può abdicare alla fissazione di fondamentali linee portanti, è altrettanto chiaro che un allentamento della eteronomia legislativa o giurisprudenziale si impone, abbandonando, per dirla con le parole di un illustre storico del diritto, Paolo Grossi, «l'illuministica sfiducia verso il sociale e realizzando un autentico pluralismo giuridico, con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica così come lo sono del mutamento sociale»[95]. Dalla giurisprudenza delle Corti, in particolare, ci si attende un definitivo distacco dal dogma del matrimonio indissolubile sul piano patrimoniale, dogma che tuttora affiora nelle decisioni che negano validità ai contratti sugli effetti economici del divorzio; che negano la delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio; che persistono a liquidare l'assegno divorzile secondo parametri redistributivi del reddito e patrimonio del debitore. Un diverso atteggiamento, volto a conservare o restaurare il vecchio approccio ermeneutico, renderebbe i giudici simili a coloro che continuano a ripetere formule di stagioni superate, senza rendersi conto che il contesto è radicalmente mutato. Di fronte alla effettività di un rivolgimento storico occorre evitare di farsi cantori di un tempo trascorso: la storia rifiuta gli inutili esorcismi, soprattutto quando si fanno consistere nella riesumazione di improponibili mitologie. Sebbene sia fisiologico che all'indomani di una svolta culturale vi siano tentativi di conservazione e restaurazione[96], occorre

[94] Accanto allo strumento processuale speciale introdotto nella disciplina di settore dall'art. 9 comma 1 l. div., tra le sopravvenienze disciplinate a livello di diritto positivo occorre richiamare l'impossibilità sopravvenuta, le mutate condizioni economiche di una delle parti contrattuali, la eccessiva onerosità sopravvenuta, la presupposizione, che pur non essendo espressamente disciplinata ha oramai trovato cittadinanza nel nostro ordinamento attraverso procedimento ermeneutici di dottrina e giurisprudenza. Sul tema cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione*, cit., 184 ss.; C. DAIDONE, *Clausola di rinegoziazione*, cit.

[95] P. GROSSI, in CAPPELLINI - SORDI (a cura di), *Codici*, Milano, 2002, 599.

[96] Ad una sostanziale restaurazione della situazione precedente a Cass. 11504/2017, mira il d.d.l.

riconoscere che è molto più utile superare la visione precedente, palesemente fondata su una pre-comprensione di tipo ideologico[97], non in linea con la società pluralista del presente. Sullo sfondo della discussione stanno convinzioni – raramente dichiarate e difficilmente conciliabili – fra primato della politica e primato della giurisprudenza; fra affermazione di un progetto sociale perseguito attraverso la interpretazione giudiziale del diritto positivo e severa tutela dei diritti individuali eventualmente confliggenti con l'esperienza giuridica di un certo contesto. L'idea che sia compito del giudice farsi alfiere di istanze sociali e redistribuire i redditi tra gli ex coniugi attraverso i collegati dogmi del tenore di vita precedente e della nullità degli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio – a parte ogni ulteriore considerazione di tipo costituzionale sulla quale correttamente si fonda il *revirement* di Cass. 11504/2017 – appare oggi fuorviante almeno per due ragioni. Perché sostanzialmente antistorica, perpetuando nel terzo millennio una accezione invecchiata, rigidamente statalistica, del diritto come strumento di classe e proponendo una visione troppo rigida ed anche travisante della società italiana, rappresentata come divisa in classi contrapposte e in lotta. Perché identifica il diritto in una dimensione unicamente ideologica e ne falsa in modo riduttivo la natura, dopo che la scienza giuridica italiana – e la civilistica in prima linea – si sono sforzate con successo di recuperarlo ad una visione più complessa. Invece, attraverso gli accordi in vista del divorzio, realizzati attraverso l'operosità di qualificati giuristi, ha modo di esprimersi – nelle forme più efficaci e maggiormente collimanti con le esigenze dei privati – la realizzazione spontanea del diritto.

n. 4605 presentato alla Camera il 27 luglio 2017 a firma della on. Ferranti ed altri, recante la proposta di modifiche all'art. 5 l. div., con intento reattivo alla eventualità di un consolidamento del nuovo filone giurisprudenziale. La proposta mira a rimettere alla valutazione del giudice civile l'attribuzione di un assegno e la sua quantificazione con finalità compensative e redistributive del reddito, con un incoerente ritorno allo statalismo e assolutismo giudiziario che parevano abbandonati dalla legge sulla negoziazione assistita, avendo creato maggiori problemi sociali di quanti ne abbiano risolti. Sul tema si veda E. QUADRI, *Assegno di divorzio: ora si muove il legislatore*, in *Giustiziacivile.com* del 22 novembre 2017. Assai più coerente con lo spirito dei tempi sarebbe viceversa la rapida approvazione di una delle numerose proposte di legge sui patti prematromoniali, sulle quali v. F. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali*, cit., 191 ss.; G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 88 ss.

[97] L'idea di uno Stato che, attraverso il giudice, veicola i bisogni e le istanze sociali dei cittadini secondo una certa visione del mondo concepita come ineludibile e necessaria ha prodotto esiti non felici. Illuminanti le riflessioni sul diritto ridotto a pura ideologia, con un apparato statale invasivo dei rapporti tra privati, di H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1951), Torino, 2009, poi rimeditate e aggiornate in *La banalità del male* (1963), Milano 2001.

Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare

Antonio Gorgoni
Associato di Diritto privato, Università di Firenze

Nel saggio si sostiene la validità degli accordi con cui i coniugi regolano definitivamente gli effetti economici della crisi coniugale. Validità da riconoscersi anche quando l'accordo, concluso in sede di separazione personale, sia funzionale al divorzio. L'inderogabilità dei diritti e dei doveri matrimoniali e la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* dei patti non ostacolano la tesi della validità. La definitività degli effetti deve però coniugarsi con l'equità del contenuto negoziale.

The essay supports the validity of the agreements with which the spouses definitively regulate the economic effects of the conjugal crisis. Validity to be recognized even when the agreement, concluded at the time of personal separation, is functional to divorce. The non-transferability of matrimonial rights and duties and the rule of efficacy rebus sic stantibus *of the agreements do not hinder the thesis of validity. The finality of the effects must however be combined with the equity of the negotiating content.*

Sommario: 1. Regolazione definitiva dei rapporti patrimoniali tra coniugi ed evoluzione dell'ordinamento. – 2. Compatibilità del quadro normativo con la validità degli accordi in funzione del divorzio. – 3. La nullità acritica nella recente giurisprudenza e lo spazio per un'altra soluzione. – 4. Giudice, legislatore e criteri del giudizio di equità. – 5. Modifica legislativa dell'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1979 nel quadro di una più ampia riforma?

1. Regolazione definitiva dei rapporti patrimoniali tra coniugi ed evoluzione dell'ordinamento

La normativa vigente non agevola i coniugi in crisi matrimoniale che intendano regolare definitivamente i loro rapporti patrimoniali (non quelli nei confronti

dei figli)[1], disattivando, così, la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* di ogni pattuizione o disposizione giudiziale sugli assegni di separazione o di divorzio (art. 9, l. n. 898 del 1970 e art. 156, ultimo comma, c.c.).

Ciò vale soprattutto qualora i coniugi siano, fin da subito, determinati a far cessare gli effetti civili del matrimonio. In tal caso essi, dovendo prima conseguire lo *status* di separati, non paiono legittimati in questa fase – secondo un orientamento giurisprudenziale qui non condiviso – a regolare conclusivamente gli aspetti patrimoniali. L'accordo eventualmente perfezionato si porrebbe in funzione del divorzio e, dunque, secondo la Cassazione[2], sarebbe nullo per illiceità della causa.

Non solo: in fase di scioglimento del matrimonio, non è consentito, stando all'attuale normativa, eliminare la periodicità dell'assegno di divorzio qualora via sia l'opposizione del coniuge avente diritto (art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970). Su questa regola si tornerà più avanti, svolgendo qualche riflessione *de jure condendo*.

Preme, invece, sottolineare come, nonostante siffatte limitazioni all'autonomia negoziale, sia piuttosto diffusa nella prassi, soprattutto qualora non vi siano figli, l'esigenza di eliminare ogni contatto con l'altro, anche quello caratterizzato dal rapporto di debito/credito, fonte potenziale di conflittualità. La volontà di chiudere in modo "tombale" gli effetti economici è ancor più forte qualora vi sia l'intento di costituire una nuova famiglia. Sotto quest'ultimo aspetto è bene rimarcare che l'intendimento di vivere un altro legame di tipo familiare, anche

[1] G. FERRANDO, *La separazione personale*, in FERRANDO - LENTI (a cura di), *La separazione personale dei coniugi*, Milano, 2011, 59 ss., pur riconoscendo gli ampi spazi riservati all'accordo nella crisi matrimoniale, non si lascia giustamente convincere dall'idea del dominio dell'autonomia negoziale. La quale deve fare i conti con l'art. 160 c.c., con la regola dell'efficacia *rebus sic stantibus* e con l'irrinunciabilità dell'assegno di separazione e di divorzio. C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 4, 812 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*), afferma lucidamente che l'ampliamento della libertà dei coniugi «ha riguardato, sino ad oggi, soprattutto la decisione in merito allo scioglimento del vincolo e alle procedure di scioglimento dello stesso, piuttosto che quelle relative alle concrete pattuizioni oggetto del contenuto degli accordi, anche quelle di natura economica, ancora ampiamente soggette agli originali vincoli normativi». Il punto sul quale interessa riflettere in queste pagine è se tali vincoli normativi siano stati correttamente interpretati dalla giurisprudenza.

[2] *Ex multis*: Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. giur.*, 2000, 1021 ss. e, più di recente, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 7-8, 955 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi preventivi tra coniugi e assegno divorzile una tantum: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*.

non formalizzato nel matrimonio, integra un diritto inviolabile della persona. Un diritto che, negli ultimi anni, è stato oggetto di una più spiccata valorizzazione sia da parte del legislatore che della giurisprudenza[3].
Quanto agli interventi normativi, occorre richiamarne alcuni per dimostrare come una posizione di chiusura sugli accordi in funzione del divorzio non sia affatto ragionevole, né consonante con l'evoluzione ordinamentale[4]. La legge n. 76 del 2016 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso

[3] Cass., 19 maggio 2017, n. 11504, in *Giur. it*., 2017, 6, 1299 ss., con nota di A. DI MAJO, *Divorzio. Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, in *Corr. giur*., 2017, 7, 885 ss., con nota di E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita» e «autoresponsabilità»: «persone singole senza passato»?* (versione in Leggi d'Italia on line, 1 ss.), in *Giur. it*., 2017, 8-9, 1795 ss., con nota di C. RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*, in *Fam. e dir*., 2017, 6, 636 ss., con nota di F. DANOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*, e ivi con nota di E. AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 7-8, 1001 ss., con nota di U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*. La Suprema Corte, tra gli argomenti adoperati per stabilire un nuovo criterio di riferimento dell'*an* dell'assegno di divorzio, utilizza anche quello della tutela del diritto fondamentale dell'individuo di costituire una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare. Può essere richiamata, sotto questo profilo, anche Cass., 3 aprile 2015, n. 6855, in *Fam. e dir*., 2015, 6, 553 ss., con nota di G. FERRANDO, *«Famiglia di fatto» e assegno di divorzio. Il nuovo indirizzo della Corte di Cassazione*, in *Giur. it*., 2015, 10, 2078 ss., con nota di D. BUZZELLI, *La Cassazione e l'incidenza della convivenza* more uxorio *sull'assegno*, che estende l'art. 5, comma 10, l. n. 898 del 1970 sulla cessazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno di divorzio all'ipotesi in cui l'ex coniuge creditore dell'assegno, invece di passare a nuove nozze, come prescrive l'articolo *de quo*, abbia dato vita ad una vera e propria famiglia di fatto. La quale, può ritenersi esistente, soggiunge la Suprema Corte, quando la convivenza abbia assunto «i connotati di stabilità e continuità e i conviventi [abbiano elaborato] un progetto e un modello di vita comune (analogo a quello che di regola caratterizza la famiglia fondata sul matrimonio)». Dunque, chi esercita il proprio diritto di formare una nuova famiglia, sia pur di fatto, non può continuare a pretendere l'assegno di divorzio dall'ex coniuge debitore, giacché, per effetto di tale nuova formazione sociale, «si rescinde ogni connessione con il tenore ed il modello di vita goduto durante la convivenza matrimoniale e, con ciò, ogni presupposto per la riconoscibilità di un assegno divorzile». Cfr. anche Cass., 19 marzo 2014, n. 6289, in *Fam. e dir.*, 2015, 5, 470 ss., con nota di D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato*, sulla rimodulazione dell'assegno di divorzio in considerazione del nuovo matrimonio del soggetto debitore dello stesso. Insomma, la regolazione giuridica degli effetti economici del divorzio deve tener conto che un'ultrattività sproporzionata del matrimonio, sotto il profilo economico, rischia di confliggere con la tutela del diritto fondamentale a costituire una nuova famiglia.

[4] Cfr.: P. SCHLESINGER, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir*., 2016, 10, 845 ss.; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale: antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 3, 575 ss.; A. TRINCHI, *Negoziazione assistita per la separazione*

sesso e disciplina delle convivenze") ha favorito la nascita delle formazioni sociali diverse dal matrimonio, attribuendo diritti e doveri ai loro partecipanti.
La legge n. 55 del 2015 ("Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi") ha ridotto il tempo della separazione personale, contraendolo da tre anni a dodici mesi in caso di separazione giudiziale, o a sei mesi in caso di separazione consensuale o perfezionata tramite un procedimento di negoziazione assistita. Significativa è anche la disposizione che anticipa lo scioglimento della comunione legale tra i coniugi dall'autorizzazione presidenziale a vivere separati.
Va richiamata anche la normativa sulla negoziazione assistita che consente ai coniugi, finanche con figli minorenni, di addivenire alla separazione o al divorzio con un procedimento extragiudiziale, incentrato su un accordo che sia conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico (artt. 5 e 6 d.l. n. 132 del 2014, conv. in l. n. 162 del 2014).
Gli elementi nuovi appena indicati della brevità della separazione personale, della cessazione anticipata della comunione legale e della centralità dell'accordo, sufficiente, ove non vi sia prole, a modificare lo *status* di coniuge, salvo un controllo di mera legittimità da parte del procuratore della Repubblica (art. 6, comma 2, l. n. 162 del 2014), indurrebbero ad aprire alla validità degli accordi in funzione del divorzio, senza con ciò diminuire, come si dimostrerà *infra*, il grado di tutela del coniuge economicamente debole. Non fosse altro per una ragione di coerenza: se si agevola lo scioglimento del matrimonio, andrebbe garantito anche un adeguato spazio all'autonomia negoziale, così da rafforzare il primo obiettivo.

A conferma della validità, si consideri anche la giurisprudenza di legittimità, la quale ha assunto orientamenti coraggiosi e innovativi, cercando di porsi in sintonia con il mutato quadro ordinamentale e con gli sviluppi della coscienza sociale. La Cassazione più recente, con una pronuncia riguardante l'assegno di divorzio, ha sostituito al parametro dell'analogo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, fatto proprio da una risalente e consolidata giurisprudenza[5], quello dell'indipendenza economica del coniuge[6]. Questo *dictum* si collega al

---

o il divorzio. Tutela dei figli minori e poteri del Presidente, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 267 ss.; F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, 1572 ss.

[5] Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 67 ss., con note di E. QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite*, di V. CARBONE, Urteildammerung: *una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*, e in *Corr. giur.*, 1991, 3, 305 ss., con nota di A. CECCHERINI, *Le Sezioni Unite ritornano sul «tenore di vita» del coniuge divorziato*.

[6] Cass., 19 maggio 2017, n. 11504, cit., confermata da: Cass., ord. 29 agosto 2017, n. 20525, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 26 gennaio 2018, n. 2042-2043, in *Leggi d'Italia on line*, in cui la

tema degli accordi sull'assegno di divorzio e riapre la discussione più generale sulla congruità del vigente sistema di tutela di quel coniuge che, a seguito della crisi familiare, si trovi in difficoltà nell'affrontare la propria vita futura. Un sistema che deve misurarsi anche con l'esigenza dell'altro coniuge che, in ragione dello scioglimento del matrimonio, intenda contenere e soprattutto liberarsi dagli obblighi economici.

Va rilevato che una consistente ultrattività del matrimonio quanto ai suoi effetti economici rischia di pregiudicare o, quanto meno, di incidere fortemente sul diritto dell'ex coniuge obbligato all'assegno di divorzio di costituirsi una nuova famiglia. Non solo: si profila una sproporzione rispetto al fatto che il divorzio estingue il matrimonio.

È ineludibile allora il problema del bilanciamento tra il predetto diritto di formare un'altra famiglia e il principio della solidarietà post-coniugale che esige, in ragione di più aspetti, una tutela misurata e ragionevole della parte economicamente più debole. Pertanto, va considerato il principio dell'autoresponsabilità economica degli ex coniugi. Un principio evocato dalla lettera dell'art. 5, comma 6, l. n. 878 del 1970[7] che informa il divorzio, operando quale fattore di moderazione del principio di solidarietà post-coniugale (art. 2 Cost.) o, in altra più fondata prospettiva[8], delle autonome pretese del coniuge più debole (art. 29, comma 1, Cost.).

Suprema Corte colloca il nuovo orientamento nella storia economica e giuridica dell'Italia; Cass. ord., 7 febbraio 2018, n. 3016-3017, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 16 marzo 2018, n. 6663, in *www.cassazione.net*. Va rilevato però che Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 11., in *Fam. e dir.*, 2015, 6, 537 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità*, ha confermato la legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, sul presupposto argomentativo secondo cui tale disposizione non garantisce necessariamente al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Il parametro del medesimo tenore di vita indicherebbe, secondo la Consulta, soltanto un «astratto» tetto massimo del *quantum*. Un *quantum* che, in concreto, per effetto dell'applicazione dei criteri di cui al medesimo articolo, può anche essere azzerato. Proprio tali criteri, in questa chiave di lettura, divengono l'elemento decisivo per evitare che l'assegno degeneri in rendita parassitaria e per garantire la giusta valorizzazione del vissuto matrimoniale. Per una ricostruzione di grande profondità di analisi, anche critica, della giurisprudenza sul presupposto dell'assegno di divorzio dal 1989 cfr. E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita»*, cit., 1 ss.). Per un'analitica e limpida ricostruzione della giurisprudenza e delle problematiche sull'assegno di divorzio, cfr. U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*, cit., 1001 ss.

[7] Cass., 19 maggio 2017, n. 11504, cit.

[8] E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita»*, cit., 8, esclude che la posizione del coniuge economicamente più debole debba essere ricondotta al principio costituzionale di solidarietà economica (art. 2 Cost.). Piuttosto essa ha radice nell'istituto

Ma allora, se può ritenersi che vi sia stata una rimodulazione della linea di *policy* con riguardo al nesso tra il grado di "resistenza" del matrimonio – più agevolmente oggetto di scioglimento e con una ridimensionata ultrattività – la libertà della persona e la tutela del coniuge economicamente più debole, occorrerebbe un ripensamento della nullità degli accordi in funzione del divorzio.

A ben vedere, le disposizioni normative su cui si basa tale orientamento giurisprudenziale non forniscono indicazioni chiare in tal senso. Certo, la materia non è dominata da un'autonomia privata assoluta, ma i limiti posti dalla normativa non ostacolano, né confinano in un determinato spazio procedimentale, gli accordi volti a dare una sistemazione definitiva ai profili economici tra i coniugi.

Corre l'obbligo a questo punto di svolgere qualche considerazione più circostanziata sulle norme coinvolte dall'accordo oggetto della nostra analisi.

2. Compatibilità del quadro normativo con la validità degli accordi in funzione del divorzio

L'art. 160 c.c., sebbene afferisca alla sez. I del capo VI ("Del regime patrimoniale della famiglia") del libro I del codice civile, viene correttamente collegato, dalla dottrina[9] e dalla giurisprudenza prevalente[10], ai diritti spettanti al coniuge nella separazione e nel divorzio. Ne consegue l'irrinunciabilità del diritto all'assegno di mantenimento e all'assegno post-matrimoniale, essendo questi diritti scaturenti dal matrimonio e, in quanto tali, inderogabili.

Quest'orientamento è suffragato in primo luogo dalla lettera dell'articolo del codice, che si riferisce, senza alcuna esclusione, a tutti i diritti e i doveri che la

del matrimonio (art. 29, comma 1, Cost.) e nel principio costituzionale della pari dignità tra coniugi (art. 29, comma 2, Cost.).

[9] A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, in *Giur. it*., 1981, I, 1, 1553 ss.; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali, artt. 159 - 166*-bis, in BUSNELLI (diretto da), *Commentario fondato da Schlesinger*, Milano, 2004, 342 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996; T.V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001; A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, Milano, 2009, 166 ss.; Contra G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 491 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir*., 2003, 5, 498.

[10] *Ex multis*: Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur*., 1992, 863 ss., con nota di CARBONE; Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit.

legge fa scaturire dal matrimonio; quindi anche agli assegni matrimoniali. Ma v'è di più: altre disposizioni normative contribuiscono a configurare un sistema della crisi coniugale, caratterizzato dal contemperamento tra l'autonomia negoziale e la solidarietà post-coniugale, legata, quest'ultima, sia alla dignità della persona, sia alla garanzia costituzionale del matrimonio quale preminente istituto fondante la famiglia (artt. 3, comma 1 e 29, comma 1, Cost.).
La prima è quella, già ricordata, dell'efficacia *rebus sic stantibus* di ogni pattuizione o disposizione relativa agli assegni matrimoniali. La cui eventuale rinuncia potrà valere, semmai, come dichiarazione di autosufficienza economica, senza perciò precludere una futura reviviscenza del diritto all'assegno nei limiti del sopravvenuto giustificato motivo (art. 156, ultimo comma c.c. e art. 9, comma 1, l. 898 del 1970).
La seconda disposizione, più di altre, svela, nella logica di sistema spesso decisiva per la correttezza dell'attività ermeneutica, l'indisponibilità dell'assegno post-matrimoniale (e, per coerenza, dell'assegno di mantenimento)[11]: è quella contenuta nell'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970.
Com'è noto, tale articolo subordina l'effetto preclusivo di successive domande di contenuto economico alla valutazione giudiziale di equità dell'accordo dei coniugi sulla corresponsione dell'assegno in unica soluzione. Si tratta di un controllo di merito sul contenuto del contratto, i cui parametri di riferimento – si noti – non sono stati esplicitati dalla medesima disposizione. Su questo punto si tornerà in seguito.
Per seguire, invece, il filo del discorso, va sottolineato che, per effetto del predetto quadro normativo, l'accordo con cui un coniuge trasferisca all'altro la piena proprietà di un immobile o una determinata somma di danaro chiuderà definitivamente i rapporti patrimoniali tra le parti soltanto se il giudice giunga ad una valutazione positiva di equità dell'operazione. Pertanto, il giudizio positivo di equità, previsto dall'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970, si atteggia a *condicio juris* non già di validità né di efficacia del patto, ma dell'eliminazione dell'efficacia *rebus sic stantibus* di esso.
E allora, già in forza di tale considerazione, si dovrebbe mettere in discussione la tesi della nullità degli accordi in vista del divorzio; sia di quelli conclusi *a latere*

[11] G. FERRANDO, *La separazione personale*, cit., 60; E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 281- 420; ID., *Gli «effetti inderogabili» del matrimonio. (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. civ*., 2004, 569 ss.; C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2005, 228-229; M. MANTOVANI, voce *Separazione personale*, in *Enc. giur*., 1996, 19; F. MOROZZO DELLA ROCCA, voce *Separazione personale*, in *Enc. dir*., 1989, 1398-1399; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 58 ss.

di tale procedimento, sia di quelli conclusi *a latere* della (o nella) separazione personale e destinati a regolare gli effetti economici del divorzio.
Il legislatore non ha strutturato l'accordo economico divorzile quale atto complesso, la cui validità dipenda dall'intervento congiunto dei coniugi e del giudice[12]. Egli ha semplicemente rafforzato la posizione di chi non possa mantenersi (art. 155, comma 1, c.c.) per mancanza di «mezzi adeguati» (art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970), attraverso l'irrinunciabilità degli assegni di mantenimento e di divorzio e il giudizio di equità. Soltanto un trasferimento equo di beni assicura il perseguimento della finalità protettiva del coniuge con problemi economici causati dalla crisi coniugale.
Se quanto appena sostenuto è vero, non vi sono ostacoli ad ammettere la validità dell'accordo concluso durante la separazione personale con il quale i coniugi abbiano inteso regolare non soltanto gli effetti di tale primo momento, ma anche quelli del divorzio. Di tale accordo, sebbene non sottoposto al giudizio di equità – del resto non previsto nel procedimento di separazione – non può essere predicata la nullità; esso, più semplicemente, non produrrà l'effetto estintivo dell'efficacia *rebus sic stantibus*; efficacia che caratterizza ogni accordo della crisi coniugale[13]. Questa tesi consente – sia detto per inciso – di avvalersi della liquidazione *una tantum* anche nel procedimento di negoziazione assista di cui all'art. 6 del d.l. n. 132 del 2014 conv. in l. n. 162 del 2014[14].

La validità dell'accordo, perfezionato fin dalla separazione, consentirebbe di attivare il giudizio di equità successivamente, ossia al momento della proposizione della domanda di divorzio. La giurisprudenza però dissente da siffatta impostazione, adoperando l'argomento della nullità per illiceità della causa. Si sostiene, con un'incongrua generalizzazione, che l'accordo

---

[12] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1951, rist. Napoli, 1998, 301; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 2002, 211- 212; F. MESSINEO, voce *Convenzione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1962, 510 ss.

[13] A. GORGONI, *Accordi traslativi e crisi coniugale*, cit., 145 ss. La tesi sostenuta in questa monografia è condivisa da C. IRTI, *L'accordo di corresponsione una tantum nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, cit., 5. Il controllo di equità – preme qui ribadirlo – rappresenta un principio generale dell'accordo della crisi coniugale, che entra in gioco soprattutto quando si intenda ottenere un'efficacia definitiva degli effetti di esso.

[14] C. IRTI, *L'accordo di corresponsione* una tantum *nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, cit., 3 ss., approfondisce questo tema, ricordando tra l'altro che nella procedura davanti al sindaco, disciplinata dall'art. 12, d.l. n. 132 del 2014 conv. in l. n. 162 del 2014, sono inammissibili i patti produttivi di effetti traslativi di diritti reali. È consentito, invece, per effetto della circolare ministeriale n. 6 del 2015, confermata da una pronuncia del Consiglio di Stato, accordarsi sulla misura dell'assegno di separazione o di divorzio.

in previsione del divorzio «appare sempre connesso, esplicitamente o implicitamente, alla finalità di viziare o limitare la libertà [del coniuge che accetta una determinata prestazione] di difendersi nel successivo giudizio di divorzio, sia in relazione agli aspetti economici sia, e prima ancora, alla stessa dichiarazione di divorzio»[15].

La Suprema Corte vuole evitare che l'accordo in parola, da un lato, danneggi il coniuge protetto, dall'altro, costituisca il mezzo per realizzare il commercio dello *status* di coniuge. Ma la sanzione della nullità è spropositata e nient'affatto necessaria. Lo è perché la parte debole è adeguatamente tutelata dalle regole già ricordate. Ad ogni modo, non è il caso di diffondersi oltre sugli ineccepibili argomenti dottrinali[16], essendo essi già molto noti e incentrati soprattutto, per replicare al commercio dello *status* (il quale peraltro andrebbe accertato in concreto), sul diritto soggettivo potestativo di ottenere il divorzio e sulla causa in concreto[17].

Anche l'argomento giurisprudenziale della «radicale indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio», rafforzata – a leggere Cassazione – dalla natura essenzialmente assistenziale dell'assegno di divorzio, è fuori fuoco e scollato da quell'equilibrio normativo, sopra posto in rilievo, tra autonomia privata e tutela del coniuge impossibilito a mantenersi. Il sistema esprime non già una radicale indisponibilità dell'assegno di divorzio, ma l'interesse, garantito dal giudizio di equità, a non perdere i propri diritti economici o a non accettarne una definizione iniqua.

Ritenere nullo l'accordo in funzione del divorzio è una forzatura, derivata da una lettura esasperata del dato normativo. Eppure, la giurisprudenza più recente continua su questa strada, predicando la validità del patto soltanto quando la

---

[15] Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1495 ss., con nota di L. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866, in *Leggi d'Italia on line*.

[16] E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali. Artt. 159-166*-bis, cit., 425 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 213 ss.; G. OBERTO, *Gli accordi* a latere *nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 2, 147 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Fam. e dir.*, 2000, 431 ss.; E. BARGELLI, *Accordi in vista del divorzio: il revirement incompiuto della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 704 ss. Più di recente cfr.: M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not.*, 2016, 3, 1499 ss.; A. CARRATTA, *La Cassazione e gli accordi tra i coniugi in pendenza del giudizio di separazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9, 747 ss.

[17] M. COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Giur. it.*, 1995, V, 110 ss.; F. D. BUSNELLI - E. BARGELLI, voce *Convenzione matrimoniale*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, 463.

sua causa sia estranea alla volontà comune di disporre dell'assegno di divorzio ora per allora[18].
Una timida apertura si è avuta in un tempo più risalente, quando la Cassazione, per tutelare il coniuge debole, si è rifugiata, non senza una lampante contraddizione[19], nella nullità relativa di matrice comunitaria[20]. Chi scrive però non condivide questa impostazione che postula comunque l'invalidità.

3. La nullità acritica nella recente giurisprudenza e lo spazio per un'altra soluzione

La normativa sugli effetti della separazione e del divorzio limita indubbiamente l'autonomia delle parti nel determinare il contenuto dell'accordo con cui si definiscono i rapporti economici tra i coniugi. Un eventuale rifiuto dell'assegno di divorzio o un trasferimento della proprietà di un immobile da un coniuge all'altro, non assoggettato al giudizio di equità di cui all'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970, sono atti che non chiudono definitivamente le questioni patrimoniali. Essi sono validi (e non nulli)[21] ed efficaci; ma hanno un'efficacia *rebus sic stantibus*.

[18] Cass., 19 agosto 2015, n. 16909, in *Leggi d'Italia on line*; Cass. 3 dicembre 2015, n. 24621, in *Fam. e dir.*, 2016, 8-9,747 ss., con nota di A. CARRATTA, *La Cassazione e gli accordi tra coniugi in pendenza del giudizio di separazione*, già cit. *supra*; Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 442 ss., con nota di B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra «causa genetica» ed «evento condizionale»*, in *Fam. e dir.*, 2013, 321 ss., con nota di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 258 ss., con nota di I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*.
[19] La rileva puntualmente G. FERRANDO, *La separazione personale*, cit., 55, rispetto all'indisponibilità dello *status*, argomento, quest'ultimo, centrale dell'orientamento della Cassazione, che verrebbe, però, contraddittoriamente superato.
[20] Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Giur. it.*, 2000, 12, 2249 ss., con nota di L. BARBIERA, *Un incerto* revirement *della Cassazione in favore della validità degli accordi sui rapporti patrimoniali tra coniugi da valere anche dopo il divorzio*; in *Contratti*, 2001, 1, 45 ss., con nota di M. DELLA CASA, *Accordi stipulati in previsione del divorzio, giudizio di liceità della causa e tecnica di integrazione*; in *Notariato*, 2001, 1, 16 ss., con nota di V. DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*.
[21] Trib. Milano, decr. 15-16 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*, dichiara la nullità del patto contenuto nel ricorso di divorzio con cui i coniugi avevano previsto, quale corresponsione *una tantum*, due trasferimenti patrimoniali reciproci a titolo di assegno divorzile. La nullità, secondo il Trib., è legata a uno «stridente contrasto con i profili pubblicistici che compongono la trama

La più recente giurisprudenza di legittimità e di merito non ha accolto questa ricostruzione, continuando ad avversare soprattutto gli accordi in vista del divorzio. In particolare, è stata dichiarata nulla l'intesa raggiunta in occasione della separazione personale, tenuta *a latere* di questa, con cui si trasferiva al coniuge in difficoltà economica una consistente somma di denaro. Somma da imputare, per volontà delle parti, a quanto sarebbe spettato a titolo di assegno di mantenimento e di assegno divorzile[22].

Le ragioni del *decisum* sono sostanzialmente due: 1) in forza dell'art. 160 c.c. e della conseguente «radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale», deve ammettersi la nullità dell'accordo in vista del divorzio, anche qualora questo, come nel caso di specie, dovesse soddisfare pienamente le esigenze di vita del coniuge economicamente debole; 2) l'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970 è inapplicabile al di fuori del divorzio. Ne consegue, sempre secondo la Cassazione, l'inammissibilità, in sede di divorzio, del giudizio di equità del patto

dell'art. 5, l. div.». Si sottolinea, da un lato, l'irragionevolezza del trasferimento reciproco, che postulerebbe la debolezza o la forza di entrambi i coniugi, laddove l'*una tantum* è uno strumento a tutela del coniuge privo di adeguati redditi propri. Dall'altro lato, l'operazione prospettata, non essendo legata all'assegno di divorzio, sarebbe volta «a privare i contraenti, per il futuro, del diritto al supporto economico con una "causa concreta" emergente, da stimarsi illecita». Questa motivazione suscita più di una perplessità. La corresponsione dell'assegno in unica soluzione può astrattamente concretarsi anche in un trasferimento reciproco della proprietà, qualora vi sia una differenza di valore dei cespiti. Differenza che rappresenterebbe il contributo al mantenimento del coniuge privo di adeguati redditi propri. Si aggiunga che, per quanto già sostenuto sopra nel testo, quand'anche i valori dei beni fossero pressoché equivalenti, non c'è ragione di dichiarare la nullità del patto. Semplicemente, ove dovesse mancare (o sia negativo) il giudizio positivo di equità dell'accordo, sarebbero ancora ammissibili successive domande di contenuto economico. Forse il tribunale ha deciso per la nullità, avendo i contraenti dichiarato di voler «istituire due assegni *una tantum*». Ma anche in questo caso non si ravviserebbero motivi di nullità. Per un approfondimento cfr. B. GRAZZINI, *Assegno di divorzio: «Doppia una tantum» e indisponibilità del diritto*, in *Fam. e dir.*, 5, 496 ss.

[22] Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit. È da notare che la Corte d'appello di Milano aveva deciso correttamente, revocando l'assegno di divorzio disposto in favore della moglie. La Corte, tenuto conto di alcuni parametri legali (durata del matrimonio, capacità patrimoniale dei coniugi, contributo personale dato dalla moglie alla famiglia) e della corresponsione alla moglie nel 2006 di una ingente somma di denaro, afferma quanto segue: «doveva ritenersi che in tal modo il [marito] avesse inteso corrispondere alla stessa quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento ed assegno divorzile, dovendosi considerare che il predetto importo [di euro 1.934.922], per la sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent'anni, persino la richiesta di un assegno divorzile parti ad euro 7.000 mensili». Insomma non è ragionevole ritenere, come fa la Cassazione, che quanto stabilito nella fase della separazione sia irrilevante nel procedimento di divorzio; né è corretto presumere *iuris et de jure* che l'attribuzione di una consistente somma di denaro induca il coniuge beneficiario a divorziare. Non fosse altro perché, solitamente, le trattative volte alle definizione dei rapporti economici iniziano quando il matrimonio è irrimediabilmente compromesso.

concluso nella separazione personale, quand'anche vi sia la volontà concorde di entrambi i coniugi di chiedere successivamente tale valutazione giudiziale.
L'affermazione di cui al punto 1 ha una forza semantica che non corrisponde né al sistema giuridico, né all'intendimento delle parti. Non c'è una radicale indisponibilità, bensì una disponibilità limitata dal controllo giudiziale di equità. Un controllo che – è bene rimarcare – è richiesto dalla legge soltanto qualora i coniugi preferiscano la corresponsione in unica soluzione, con conseguente eliminazione dell'efficacia *rebus sic stantibus* di ogni pattuizione. Quindi, l'autonomia negoziale gode di ampio spazio operativo e quando essa opera – segno che i coniugi riescono a collaborare nonostante la crisi – non la si può contrastare evocando infondate nullità. A rigore, come si diceva, neppure il patto iniquo è nullo; soltanto esso non produce l'effetto preclusivo di ulteriori domande di contenuto economico.
Ancora sul punto 1: la Cassazione precisa che è nullo l'accordo in vista del divorzio pur vantaggioso per il coniuge in difficoltà economica. Quest'affermazione discende da un'attuazione estrema e astratta del principio dell'indisponibilità degli *status*. Un principio ritenuto sempre violato tutte le volte in cui vi sia una preventiva conveniente pattuizione che, in quanto tale, indurrebbe, per così dire fisiologicamente, al divorzio[23]. Ma è evidente la fallacia di siffatto automatismo tra beneficio economico e decisione di divorziare o di non opporsi alla domanda altrui.

Il punto che merita, invece, una sottolineatura in chiave di *pars construens* della validità è un altro: lo *status* di coniuge è, sotto certi profili, disponibile, se si considera, ad esempio, che la domanda di divorzio, come del resto quella di separazione[24], non può essere paralizzata dal coniuge che intenda conservare il matrimonio. Si prenda atto che anche lo *status filiationis*, dove più forte è l'esigenza di indisponibilità, non è del tutto indisponibile; basti pensare al diritto della madre di non essere nominata nell'atto di nascita (art. 30, comma

[23] Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, cit., richiama Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, cit. a dimostrazione della saldezza dell'orientamento contrario alla validità degli accordi in funzione e in vista del divorzio. La Suprema Corte collega la propria pronuncia del 2017 ai precedenti anche risalenti, senza aprire ad altri ragionamenti, con una pigra ripetizione di frasi oramai disallineate dal tessuto normativo e dall'evoluzione complessiva dell'ordinamento.
[24] Secondo Cass., 29 aprile 2015, n. 8713 e Cass., 29 marzo 2011, n. 7125, entrambe in *Leggi d'Italia on line*, la disaffezione di uno dei coniugi è sufficiente a integrare il requisito dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza ai sensi dell'art. 151 c.c. Afferma Cass., 14 marzo 2018, n. 6145, in *www.cassazione.net*, che la possibilità di emettere una sentenza non definitiva di separazione (art. 709-*bis* c.p.c.), basata sulla disaffezione e sul distacco spirituale di un coniuge, «non determina un'arbitraria discriminazione nei confronti del coniuge economicamente più debole».

1, d.P.R. n. 396 del 2000) e all'ammissibilità della trascrizione in Italia di atti di nascita legittimamente formati all'estero in violazione di divieti posti dal nostro ordinamento, come quello che preclude alla persona dello stesso sesso di accedere alla procreazione medicalmente assistita (art. 5, l. n. 40 del 2004)[25]. L'assolutezza dell'indisponibilità dello *status* è dunque un preconcetto.

Neppure il punto 2 dell'argomentazione della Cassazione coglie nel segno. Certo, il giudizio di equità è disciplinato solo con riguardo al giudizio di divorzio. Ed è vero che esso «non è applicabile al di fuori [di quest'ultimo]». Ma ciò non implica affatto che i coniugi non possano attuare la loro comune volontà di regolare, fin dalla separazione, anche gli effetti economici del divorzio. Non c'è alcun nesso stringente tra l'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970 e il grado di autonomia privata nella fase della separazione personale. Piuttosto, ove si voglia ottenere l'effetto tombale, l'accordo lì concluso, a monte del divorzio, dovrà essere sottoposto al giudizio equitativo del giudice del divorzio.

Insomma la giurisprudenza ha creato un condizionamento eccessivo, reiterato acriticamente, tra il principio dell'indisponibilità dello *status*, l'autonomia privata e la tutela del coniuge incapace di mantenersi, giungendo, così, più che a proteggere quest'ultimo, a limitarne la capacità di perseguire al meglio i propri interessi economici.

Tale condizionamento dipende, nell'ottica della giurisprudenza, oltre che da quanto già sopra rilevato, dalla diversa funzione e dai diversi effetti prodotti dalla separazione e dal divorzio. Si tende a sottolineare come, nella prima, il rapporto coniugale non venga meno, determinandosi la sospensione dei doveri di natura personale, permanendo, invece, sia pur con un adattamento alla nuova situazione, quelli patrimoniali.

Ma neppure questo distinguo convince in pieno, perché, sebbene esatto in termini descrittivi, non considera né l'evoluzione dell'ordinamento, né il caso concreto e neppure l'interesse perseguito dai coniugi. Si guarda un dettaglio, perdendo il senso della complessità.

Non va ignorato, più perspicuamente, che nel rapporto tra la separazione e

---

[25] Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 3, 362 ss., con nota di G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same sex, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello* status filiationis, in *Giur. it*., 2017, 11, 2365 ss., con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*. Cfr. anche Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Fam. e dir*., 2018, 1, 5 ss., con nota di F. LONGO, *Le "due madri" e il rapporto biologico*. In dottrina cfr., più di recente, G. PALMERI, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same sex, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 12, 1708 ss.

il divorzio c'è un elemento significativo, ben sottolineato dalla dottrina. La separazione, con la caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, non può essere intesa semplicisticamente come «uno stato temporaneo orientato a favore della riconciliazione dei coniugi»[26]. Piuttosto essa appare semplicemente, almeno quando si addivenga allo scioglimento del matrimonio, come necessario momento, oggi divenuto di breve durata, propedeutico al divorzio.
Orbene, se così è, non si giustifica la regola giurisprudenziale che preclude ai coniugi, decisi a sciogliere il matrimonio, di regolamentare in modo definitivo, fin dalla separazione, i rapporti economici. Il giudizio successivo di equità non esprime altro che la conferma dei coniugi di porre fine al matrimonio con una regolamentazione definitiva dei loro rapporti economici.

4. Giudice, legislatore e criteri del giudizio di equità

Deve riconoscersi che l'interpretazione della normativa, qui sostenuta, che propende per la validità degli accordi in funzione del divorzio incontra significativi ostacoli. Uno è rappresentato, come si diceva, dalla diversa funzione (o ritenuta tale) della separazione e del divorzio. Una differenza che finisce per eliminare in radice la validità degli accordi in previsione del divorzio. Ciò in aperto contrasto con la situazione fattuale in cui entrambi i coniugi siano determinati a sciogliere il matrimonio e a regolare definitivamente i loro rapporti economici.
Se così è, se il diritto italiano, per com'è stato interpretato dai giudici, non dà spazio agli accordi *de quibus*, non resterebbe che invocare l'intervento del legislatore. Un intervento necessario stante l'importanza dell'estinzione *uno acto*, fin dalla separazione, delle obbligazioni nei confronti del coniuge avente diritto all'assegno.

[26] G. FERRANDO, *Diritto di famiglia*, Bologna, 2015, 171. Cfr. anche A. MORA, *La separazione personale dei coniugi*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia, La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza* more uxorio, Torino, 2016, III, 2034 ss., il quale evidenzia il carattere della temporaneità della separazione, ma aggiunge che la separazione può sia evolvere verso il divorzio sia permanere come situazione definitiva o duratura nel tempo. Quindi il fatto che, con la separazione, lo *status* di coniuge non venga meno non preclude, quale supposta logica conseguenza, gli accordi volti a regolare definitivamente i rapporti patrimoniali tra i coniugi. Lo stesso fondamento del divorzio (id est: l'impossibilità di mantenere o di ricostruire la comunione spirituale e materiale) ben potrebbe essere presente fin dalla separazione personale (cfr. M. LUPO, *Il divorzio*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., 2386).

Per garantire la validità degli accordi economici definitivi occorrerebbe (poiché la tesi dottrinale della validità non riesce ad affermarsi) modificare l'istituto della separazione personale. O nel senso di abrogarlo, accogliendo così il modello tedesco che conosce soltanto il divorzio (analogamente cfr. i "Principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi") o di renderlo facoltativo com'è in Francia. La *séparation de corps* (art. 296 *code civil*) può essere pronunciata soltanto se i coniugi sono d'accordo, altrimenti, «*lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'alteration définitive du lien conjugal, la demande reconventionelle [en séparation de coprs] ne peut tendre qu'au divorce*» (art. 297 *code civil*).

È ragionevole ipotizzare che quest'ultimo modello avrebbe maggiori possibilità di essere approvato dal Parlamento italiano, contemperando, senza radicalismi, la libertà degli individui con l'esigenza, fatta propria dallo Stato, di preservare la conservazione del matrimonio[27]. Del resto, la dottrina ha constatato come vi sia ancora oggi un utilizzo della separazione personale quale stato durevole, alternativo al divorzio, da parte di chi, pur volendo vivere separato, non intenda addivenire alla cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Una riforma del genere aprirebbe la strada agli accordi di sistemazione definitiva dei rapporti economici tra coniugi, superando quella giurisprudenza, sopra accennata, che, per ritenere valido il patto, deve sforzarsi di slegarlo dal cosiddetto contenuto necessario del negozio di separazione.

Se, infatti, fosse possibile ottenere direttamente la sentenza di divorzio, semplicemente indicando nel ricorso di vivere separati da un certo tempo (art. 238 *code civil*), i coniugi potrebbero accordarsi subito sulla corresponsione

[27] Va comunque riconosciuto che l'esigenza di non favorire scioglimenti frettolosi del matrimonio, ciò che sminuirebbe l'istituto agli occhi dei consociati, può essere garantita anche da un ordinamento che preveda esclusivamente il divorzio. La disciplina tedesca costituisce un modello avanzato, in grado di coniugare efficacemente la libertà personale con il valore della stabilità del matrimonio. Il §1565 BGB stabilisce che il matrimonio può essere sciolto per divorzio se i coniugi vivono già da un anno da separati e se presentano una domanda congiunta o se la parte che non ha presentato la domanda dia la sua approvazione (§ 1566 BGB). Il comma 2 del § 1566 BGB stabilisce che «si presume inconfutabilmente che il matrimonio sia in stato di disfacimento se i coniugi vivono da tre anni separati». Significativa è anche la disposizione secondo la quale se il requisito del decorso del tempo non è ancora maturato, il matrimonio può essere sciolto ugualmente, fin da subito, se la sua continuazione «costituisca per colui che propone la domanda, per cause relative alla persona dell'altro coniuge, un pregiudizio impretendibile». Si pensi alla violenza domestica, anche soltanto psicologica, che pregiudica fortemente la qualità della vita di chi la subisca. Da questo angolo di osservazione, l'art. 3 l. n. 898 del 1970 appare sbilanciato verso il valore della conservazione del matrimonio nel legare i casi di scioglimento immediato del matrimonio soltanto alle condanne penali per certi reati.

in unica soluzione. Il giudice valuterebbe l'equità di tale accordo a tutela del coniuge privo di mezzi adeguati. Ma qui si apre una questione non adeguatamente risolta, che esigerebbe – questa sì realmente – un intervento chiarificante da parte del legislatore.

Ipotizziamo lo svolgimento di una trattativa tra i coniugi sui beni o sul *quantum* della somma di danaro da attribuire in unica soluzione. Essa sarebbe influenzata dal nuovo orientamento della Cassazione sull'assegno di divorzio che, come si ricordava, ne subordina l'*an debeatur* alla condizione obiettiva della mancanza di indipendenza economica. Di conseguenza, nella concretezza dei casi, il coniuge abbiente tenterà di indurre l'altro ad accontentarsi di quanto da egli proposto per chiudere ogni profilo patrimoniale, paventando che, altrimenti, in sede di divorzio contenzioso, il giudice non ravviserebbe il presupposto dell'assegno, essendo la controparte economicamente autosufficiente.

Si deve, pertanto, riflettere sull'oggetto del giudizio di equità. Il quale dovrebbe essere parametrato non soltanto all'autosufficienza economica, ma a una serie più ampia di circostanze, quali la durata del matrimonio, l'età, lo stato di salute e, soprattutto, le conseguenze delle scelte professionali fatte durante la vita comune per l'educazione dei figli o per favorire la carriera del congiunto a detrimento della propria. Altrimenti si rischia di svilire il principio della solidarietà post-coniugale e soprattutto il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, comma 2, Cost.).

Vi sono situazioni, neppure tanto particolari, in cui applicando *sic et simpliciter* il criterio della autosufficienza economica, si giungerebbe a soluzioni ingiuste proprio perché confliggenti con i principi appena indicati.

Non è casuale che un importante tribunale[28] abbia avvertito la necessità di «integrare» i principi posti dalla Cassazione alla base del *revirement* sul presupposto dell'assegno divorzio[29]. L'integrazione è stata argomentata dal principio costituzionale di solidarietà post-coniugale e dall'art. 438 c.c. che, con riguardo alla misura degli alimenti, dà rilevanza alla «posizione sociale» dell'alimentando[30].

---

[28] Trib. Roma, sez. I civ., 21 luglio 2017, in *www.ilcaso.it*.

[29] Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit.

[30] Trib. Roma, 21 luglio 2017, cit. Il caso di specie è fondamentale per comprendere l'operazione ermeneutica compiuta dalla sentenza in parola. Successivamente alla pronuncia non definitiva di scioglimento del vincolo matrimoniale, era emerso che la ex moglie aveva lasciato il proprio lavoro a tempo indeterminato per seguire il marito, chirurgo di fama internazionale, nei suoi spostamenti in diversi paesi. Ella, dopo aver creato una fitta rete di relazioni sociali, di grande giovamento per l'attività del consorte, si ritrovava con un buon reddito, frutto però di contratti a tempo determinato e priva di immobili.

Affermano i giudici del merito che, fermo il criterio astratto dell'autosufficienza economica, nel considerare le «esigenza minime (...), occorre aver riguardo anche alla posizione sociale dell'avente diritto»[31]. Ciò al fine di evitare che, nel caso di specie, la ex moglie, priva di proprietà immobiliari, «ad onta del contributo obiettivamente fornito al *menage* coniugale (se non altro col rendersi disponibile ad una vita itinerante in funzione degli interessi professionali del coniuge) possa trovarsi oggi – ad esempio – nella difficoltà di mantenere una soluzione abitativa adeguata al proprio livello professionale e sociale»[32].
In questo caso, il riconoscimento giudiziale dell'assegno di divorzio è funzionale altresì a liberare la ex moglie «da una potenziale condizione di incertezza legata alla non prevedibilità del suo futuro lavorativo»[33].
Questa pronuncia, non impermeabile alle critiche[34], richiama, a mio avviso, la necessità di un intervento legislativo in una materia – quella degli assegni matrimoniali – che non può essere lasciata esclusivamente alla giurisprudenza, la quale analizza soltanto frammenti di una questione ben più articolata da affrontare con una visione d'insieme. Basta esaminare, per averne consapevolezza, la disciplina francese delle «*prestations compensatoires*» (artt. 270 ss. *code civil*)

[31] Trib. Roma, 21 luglio 2017, cit.
[32] Trib. Roma, 21 luglio 2017, cit.
[33] Trib. Roma, 21 luglio 2017, cit.
[34] La pronuncia del Trib. Roma, 21 settembre 2017, cit., si è posta un problema di giustizia sostanziale e di proporzionalità. Quando il matrimonio si scioglie, considerare sempre e comunque soltanto l'esistenza o meno dell'indipendenza economica può condurre a decisioni che svalutino eccessivamente le conseguenze delle decisioni assunte durante il matrimonio. E ciò anche quando quelle decisioni non abbiano comunque impedito all'ex coniuge economicamente più debole di essere economicamente autosufficiente. È proprio questo il caso deciso dal tribunale romano, nella cui sentenza si ricorda che la ex coniuge che chiedeva l'assegno di divorzio, riconosciuto dal Trib. nella misura di euro 1.600 mensili, produceva un reddito annuo intorno ai 35.000 euro. A ben vedere, più che integrazione dei principi applicati dalla Cassazione n. 11504/2017, sembra proprio che il tribunale li metta in discussione, essendo il reddito annuale della donna piuttosto rilevante. E la circostanza dell'esistenza di contratti a termine avrebbe potuto semmai giustificare l'attribuzione dell'assegno soltanto in caso di mancato rinnovo e non fin da subito. Inoltre, il criterio della «posizione sociale» ha più senso negli alimenti che nel divorzio, dove a rilevare non è tanto la posizione sociale (e quale? quella su cui ha inciso il matrimonio?), ma sono le conseguenze sulla propria posizione economica delle decisioni assunte durante la vita matrimoniale. Ma allora si torna ai presupposti dell'assegno di divorzio, riconsiderati dalla sentenza della Cassazione del 2017. Una sentenza che, sebbene sollevi un problema di proporzionalità dell'assegno, tuttavia, contraendone l'*an debeatur*, ha finito con lo svilire in modo piuttosto discutibile le conseguenze del vissuto dei coniugi. Un conto è, infatti, porre la giusta questione della rendita parassitaria e della non irragionevole ultrattività del matrimonio, altra cosa è cancellare il vissuto matrimoniale. A me pare che siffatto fondamentale equilibrio non sia stato adeguatamente garantito dagli ultimi interventi della giurisprudenza di legittimità e di merito.

e quella tedesca del mantenimento del coniuge divorziato (artt. 1569 ss. BGB); entrambe più complete e attente ad una pluralità di circostanze ben individuate dalla legge. Entrambe capaci di coniugare, con ragionevolezza, la libertà cui si tende con lo scioglimento del matrimonio con le situazioni nate durante lo svolgimento di quest'ultimo, meritevoli di non cadere nel nulla[35].

Della pronuncia romana merita apprezzamento il richiamo al principio della solidarietà post-coniugale. Un principio che, come insegna il caso giurisprudenziale in parola, può risultare eccessivamente compresso dall'assolutezza del criterio dell'autosufficienza economica[36]. Ove si accolga una nozione ampia di solidarietà, a questa può ricondursi la necessità di attribuire un valore a quelle scelte insite nella vita in comune che hanno un riflesso economico.

Ma allora è bene sottolineare una volta di più come il tema della regolamentazione definitiva dei profili economici si leghi strettamente al rapporto tra la separazione e il divorzio e alla funzione dei rispettivi assegni. La cui disciplina dovrebbe essere pervasa da una ben maggiore articolazione di quella attuale, frutto di un dettato legislativo laconico e incerto, integrato da una giurisprudenza, forse da non criticare eccessivamente, ma certo insufficiente a rappresentare le tante sfaccettature della materia in un quadro unitario.

Qualora i coniugi chiedano al giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 8, l. n. 898

[35] I §§ 1573-1574 BGB attribuiscono il diritto al mantenimento per incapacità reddituale, coniugando il principio della responsabilità nel reperire un lavoro con l'esigenza che l'attività produttiva sia adeguata, in considerazione di una serie di elementi tra cui la propria formazione professionale. Il § 1575 BGB dà rilievo alla formazione e alla riqualificazione «al fine di porre riparo agli svantaggi dovuti al matrimonio». Cfr. anche l'art. 275 code civil sulle diverse modalità di esecuzione della *prestation compensatoire*.

[36] Cfr. Trib. Milano, ord. 22 maggio 2017, in *www.ilcaso.it*, il quale afferma che: «Per indipendenza economica deve intendersi la capacità per una persona adulta e sana – tenuto conto del contesto sociale di inserimento – di provvedere al proprio sostentamento, inteso come capacità di avere risorse sufficienti per le spese essenziali (vitto, alloggio, esercizio dei diritti fondamentali) (…). Un parametro (non esclusivo) di riferimento può essere rappresentato dall'ammontare degli introiti che, secondo le leggi dello Stato, consente (ove non superato) a un individuo di accedere al patrocinio a spese dello Stato (soglia che, ad oggi, è di euro 11.528,41 annui ossia circa euro 1.000 mensili)». Parametro, questo, da integrare con il reddito medio percepito nella zona in cui il richiedente l'assegno vive e abita. Quindi, tendenzialmente, il coniuge che integra il presupposto reddituale di accesso al gratuito patrocinio è considerato privo dell'autosufficienza economica, mentre, di contro, sarebbe economicamente autosufficiente chi guadagna 1.050 euro mensili! Giustamente però Cass., 26 gennaio 2018, n. 2042, cit., ammonisce il giudice contro «pericolosi automatismi (ad es. multipli della pensione sociale o simili) (...). Il coniuge richiedente l'assegno non può riguardarsi come una entità astratta, ma deve considerarsi come singola persona nella sua specifica individualità».

del 1970, di pronunciarsi sull'equità della corresponsione in unica soluzione, il parametro di riferimento non può essere esclusivamente l'autosufficienza economica. Del resto lo stesso art. 5, comma 8 indica quale parametro guida del giudice non già la capacità di produrre reddito ma l'equità.
E la valutazione equitativa, se non vuole degenerare nell'arbitrio, deve essere agganciata a criteri legali, come prevede l'art. 271 *code civil*. Tra quelli posti dalla disposizione francese si segnalano in particolare: «le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno dei coniugi durante la vita comune per l'educazione dei figli e per il tempo che ancora a questi ultimi andrà dedicato o per favorire la carriera dell'altro coniuge a scapito della propria»; «il patrimonio stimato o prevedibile, quanto al capitale e al reddito, dopo la liquidazione del regime matrimoniale»; «i loro diritti esistenti o prevedibili».
Alcuni di questi criteri sono indicati dall'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970, ma essi attengono all'assegno periodico e non già all'*una tantum* e vengono in rilievo nella fase del *quantum debeatur*. Ciò nonostante essi dovrebbero essere adoperati dal giudice come criteri di concretizzazione del giudizio di equità di cui all'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970. Non fosse altro perché il particolare rilievo che la Costituzione ha riservato al matrimonio esige, in caso di crisi coniugale, che il legislatore (ma anche il giudice) garantisca un'adeguata considerazione della vicende connotanti la vita in comune. Altrimenti la distanza tra il matrimonio e le altre formazioni sociali di tipo familiare si riduce, senza che vi sia una giustificazione di ciò[37].

[37] Il tema della esclusività o meno del matrimonio quale istituto in grado di dare vita ad una famiglia è ancora aperto. La legge sulle unioni civili, almeno nelle intenzioni del legislatore, ha inteso scavare questo solco (cfr. P. ZATTI, *Introduzione* al Convegno "Modelli familiari e nuovo diritto" (Padova 7-8 ottobre 2016), in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 12, 1665). Se può essere dubbio che l'unione civile sia un istituto dal quale scaturisca la famiglia, certamente non possono essere equiparate tutte le formazioni sociali di tipo familiare. Ad esempio, la tutela da riservare al convivente *more uxorio* a seguito della cessazione della convivenza di fatto non può essere equiparata a quella del coniuge che addivenga allo scioglimento del matrimonio. Ciò in quanto matrimonio e convivenza di fatto postulano una scelta di vita sostanzialmente diversa in punto di diritti e di doveri (cfr. l'art. 143 c.c. rispetto all'art. 1, commi 36-39, l. n. 76 del 2016). Proprio per questo, il parametro puro e semplice dell'autosufficienza economica quale *condicio* dell'assegno di divorzio non convince. Rileva esattamente U. ROMA, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all'indipendenza economica*, cit., 10 (versione on line), come il predetto parametro non sia immune da "storture"; aggiungerei anche più gravi di quelle che portava con sé il previgente criterio del tenore di vita goduto in costanza di matrimonio. Si pensi, infatti, soggiunge Roma, a chi non raggiunga l'indipendenza economica "per un centinaio di euro"; egli, rispetto al coniuge appena economicamente autosufficiente, può beneficiare dell'incremento dell'assegno di divorzio in ragione dell'applicazione dei criteri di quantificazione dello stesso di cui all'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970.

Da questo punto di vista, acquista significato il § 1579, comma 5, BGB che attribuisce al giudice il potere di «respingere, ridurre o limitare temporalmente una pretesa di mantenimento (…), [qualora] l'avente diritto [abbia] violato gravemente, prima della separazione, per lungo tempo, il suo obbligo di contribuire al mantenimento della famiglia».
I fatti che avvengono durante la vita in comune sono rilevanti e non possono non incidere sugli effetti economici della separazione e del divorzio.

5. Modifica legislativa dell'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1979 nel quadro di una più ampia riforma?

Il sistema normativo della crisi coniugale non preclude gli accordi in funzione del divorzio. Come si è sopra argomentato, vi sarebbe spazio per un'interpretazione che ne ammetta la validità, in coerenza con il principio di cui all'art. 160 c.c., con il principio dell'indisponibilità dello *status* – peraltro non assoluto – con il divieto del commercio dello *status* e con la garanzia della tutela del coniuge economicamente debole. Malgrado ciò, la giurisprudenza di legittimità ha assunto, come abbiamo constatato, una posizione consolidata di chiusura.

Certo, va comunque sottolineato come la normativa vigente (ma soprattutto la giurisprudenza) non agevoli la sistemazione definitiva degli effetti economici del divorzio. L'assegno post-matrimoniale non è, ancor di più oggi dopo il *revirement* della Cassazione, lo strumento più adatto a svolgere una funzione perequativa in attuazione della pari dignità dei coniugi. Anzi l'assegno perpetua la dipendenza economica e la conflittualità[38].
Deve anche ammettersi che vi è un'insufficiente regolazione della corresponsione in unica soluzione. L'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970 la prevede soltanto su accordo delle parti. Pertanto, né l'avente diritto all'assegno può pretendere una somma a titolo di tacitazione, qualora vi sia una giusta causa e se l'onere non sia iniquo per il debitore, sul modello del § 1585, comma 2, BGB; né il coniuge abbiente ha diritto di estinguere la sua obbligazione in unica soluzione. Stabilisce, invece, il principio 2.5 dei «Principi di diritto europeo della famiglia sul divorzio e il mantenimento tra ex coniugi» che «L'autorità competente può, su richiesta di uno o di entrambi i coniugi, *ordinare* il pagamento in un'unica soluzione tenendo conto delle circostanze del caso».
Andrebbe allora valutata l'introduzione in Italia di una disposizione analoga a questa, la quale consenta, con l'intervento del giudice, di coniugare le

[38] E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita»*, cit., 10.

contrapposte posizioni dei coniugi con l'obiettivo di chiudere definitivamente i rapporti economici[39]. Soprattutto perché l'assegno di divorzio, che dal 1990 al 2017 ha svolto una funzione perequativa del divario economico tra i coniugi, oggi è proteso sostanzialmente a garantire soltanto quel minimo che consenta di sopravvivere. Ma non sembra conforme all'art. 29, comma 1, Cost. e al principio della pari dignità morale e giuridica dei coniugi ignorare quelle circostanze che si collocano nella vita matrimoniale e anche nel futuro (si pensi al maggior tempo che ancora verrà dedicato ai figli da parte di uno dei coniugi); circostanze da cui trarre l'ammontare della prestazione in unica soluzione.

Il pregio di una tale disposizione, presente in Francia e in Germania, è di favorire la soluzione più ragionevole, anche qualora vi sia il parere contrario di uno dei coniugi. Invece, la necessità dell'accordo richiesto dall'art. 5, comma 8, l. n. 898 del 1970 riduce l'ambito applicativo dell'istituto. Oltretutto, verosimilmente, l'attribuzione al giudice del potere di imporre la prestazione in unica soluzione dovrebbe indurre i coniugi a trovare una soluzione concordata.

Si aggiunga che per favorire ancor di più il ricorso alla prestazione in unica soluzione, occorrerebbe, *de iure condendo*, nell'ambito della procedura di negoziazione assistita, attribuire al pubblico ministero il potere – che oggi non ha – di valutare l'equità della stessa.

Di certo, per assicurare spazio agli accordi in previsione del divorzio, non sarebbe sufficiente modificare l'art. 5, comma 8, ma andrebbero eliminati tutti gli ostacoli frapposti dalla Cassazione. Altrimenti i giudici sarebbero ancora costretti a ricostruzioni giuridiche piuttosto labili, come quella che ha riguardato un patto concluso prima del matrimonio, ritenuto, non senza forzature, estraneo agli accordi prematrimoniali[40]. I quali, si consenta una parentesi, dovrebbero

---

[39] L'art. 274 *code civil* attribuisce al giudice un penetrante potere di stabilire secondo quali modalità dovrà essere eseguita la prestation compensatoire. Tra quelle indicate si prevede: «*attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier*». La rateizzazione è un'eventualità (art. 275-1 *code civil*) e la rendita vitalizia è un'ipotesi eccezionale (art. 276 *code civil*). Va ricordata anche l'esperienza inglese, in cui il giudice ha il potere di redistribuire complessivamente gli assetti economici coniugali a prescindere dalla titolarità dei cespiti (*clean break*). Anche in altri paesi, quali la Svizzera e la Spagna, il giudice ha ampi poteri in tema di sistemazione in unica soluzione dei rapporti economici (lo segnala E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita»*, cit., 15).

[40] Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, cit., criticata puntualmente da S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 880 ss., soprattutto perché la pronuncia, nel qualificare la scrittura privata sottoscritta prima del matrimonio, unitamente ad un accordo ad essa collegato (che prevedeva il trasferimento di un titolo di stato in funzione perequativa di quanto ricevuto dal marito), quale *datio in solutum*

essere ritenuti validi perseguendo interessi meritevoli di tutela, come la regolazione anticipata di eventuali prestazioni restitutorie dipendenti dalla cessazione della vita in comune[41].

Intanto, con una disposizione nuova, andrebbe stabilito che il principio di indisponibilità dello *status* di coniuge e dei diritti in materia matrimoniale (art. 160 c.c.) non preclude in radice accordi in vista del divorzio, trattandosi di due piani che solo eventualmente si incrociano ed esattamente solo qualora si dimostri il commercio dello *status* di coniuge[42].

Non solo: una volta chiarito che il giudizio di equità possa essere chiesto con riguardo a un accordo raggiunto in sede di separazione, ma anche, per quanto qui sostenuto, ad un accordo prematrimoniale[43], occorrerebbe rivedere il rapporto tra separazione personale e divorzio. Un rapporto che, per come è attualmente

---

sospensivamente condizionata al fallimento del matrimonio, tenta di celare la sostanza di un accordo prematrimoniale. La Suprema Corte reputa, quindi, valido il contratto, da un lato, perché estraneo alla nozione di accordo prematrimoniale. Il quale – si legge nella sentenza – è volto a «regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti». Dall'altro lato la validità tiene, perché la condizione sospensiva del fallimento del matrimonio non può essere qualificata come meramente potestativa, dipendendo da un fattore oggettivo.

[41] S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 884 ss. Cfr. anche G. OBERTO, «Prenuptial agreements in contemplation of divorce» *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ*., 1999, II, 171 ss. È vero che da più parti si invoca una legge che disciplini gli accordi prematrimoniali. Ed è senz'altro opportuno che essa intervenga. Ma, a mio avviso, diversamente da quanto affermato dalla Cassazione, gli accordi prematrimoniali non sono affetti da nullità; e non lo sono per le stesse ragioni in base alle quali si è sopra ritenuto valido l'accordo in funzione del divorzio. Se l'accordo prematrimoniale, al momento della sua esecuzione, dovesse risultare iniquo, esso non chiuderà i rapporti economici tra i coniugi, ma non può dirsi nullo.

[42] Si ha commercio di *status* quando la prestazione dedotta nell'accordo ha la sua causa genetica nel fallimento del matrimonio (separazione o divorzio) e non già nella comune volontà di regolare i rapporti economici. Cioè illiceità sta nel fatto che il coniuge creditore di una somma di danaro decida di far fallire il matrimonio per incassarla. Come pure l'illeceità si palesa se la prestazione viene considerata quale sanzione dissuasiva dalla domanda di separazione o di divorzio. Indice di ciò potrebbe essere rappresentato da una notevole sproporzione delle prestazioni. Ora, è piuttosto difficile far emergere che quanto pattuito abbia favorito la domanda di separazione o di divorzio. Va comunque tenuto ben presente che una cosa è l'accordo sullo *status*, altro è l'accordo, certamente più diffuso, sugli effetti di esso.

[43] *De jure condendo*, il patto prematrimoniale che regola in via anticipata eventuali pretese restitutorie giustificate dalla fine del matrimonio dovrebbe essere assoggettato al giudizio *ex post* di equità. Un'equità sulla quale incidono sia la durata del matrimonio, sia la presenza di figli. Il giudice, nel valutare il patto, dovrà necessariamente tener conto del principio di proporzionalità che informa il dovere di contribuzione (art. 143, comma 3, c.c.). La corresponsione di un indennizzo in esecuzione di un accordo prematrimoniale ha una causa propria nella misura in cui quanto prestato da un coniuge (ad esempio per ristrutturare l'immobile di proprietà dell'altro)

inteso dalla giurisprudenza, non si armonizza con i recenti interventi legislativi che favoriscono lo scioglimento del matrimonio (l. n. 55 del 2015 e artt. 6 e 12 d.l. n. 132 del 2014 conv. in l. n. 162 del 2014). E ciò ha ricadute negative sull'ampiezza dell'autonomia privata dei coniugi.

La via *de iure condendo* potrebbe essere quella di rendere facoltativa la separazione.

Infine, appare necessario esplicitare i criteri orientativi del giudizio di equità, magari sul modello della *prestation compensatoire* di cui all'art. 271 *code civil* francese[44], così da garantire più efficacemente, ma soprattutto più equamente, la tutela del coniuge economicamente debole[45]. Una tutela che non può esaurirsi in ragione del solo criterio dell'autosufficienza economica, essendoci un'esigenza di compensazione più ampia meritevole di tutela. Ciò è chiarissimo nel *code civil* francese, dove si pone in rilievo «*la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respecitives*»[46].

---

ecceda quanto dovuto a titolo di contribuzione ai bisogni della famiglia. Sulla questione della ripetibilità delle elargizioni sproporzionate effettuate in esecuzione di un contratto di convivenza *more uxorio* (ex art. 1, comma 53, l. n. 76 del 2016) cfr. S. NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, cit., 886.887, la quale propende per la tesi della derogabilità del principio di proporzionalità tra conviventi di fatto. Di conseguenza, il convivente che abbia contribuito maggiormente non ha diritto alla restituzione degli arricchimenti fatti propri dall'altro.

[44] Stabilisce l'art. 271 *code civil* che il giudice, nel determinare l'ammontare della somma dovuta a titolo di *prestation compensatoire*, tiene conto di diverse circostanze tra cui: «la durata del matrimonio, l'età e lo stato di salute del coniuge, la qualificazione e la situazione professionale dei coniugi e le conseguenze delle scelte professionali fatte da uno dei coniugi durante la vita in comune per l'educazione dei figli e per il tempo che sarà ancora necessario o per favorire la carriera del proprio congiunto a detrimento della propria». L'art. 271 dà rilevanza anche a probabili eventi futuri quali la pensione.

[45] Rileva C. IRTI, *L'accordo di corresponsione* una tantum *nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio*, cit., 9-10, come il *revirement* della Cassazione (n. 11504/2017) sull'*an debeatur* dell'assegno divorzile abbia determinato un avvicinamento della posizione del coniuge non economicamente autosufficiente al convivente di fatto che, ai sensi dell'art. 1, comma 65, l. n. 76 del 2016, «versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento». In tal caso, sul presupposto della cessazione della convivenza di fatto, il convivente ha diritto di ricevere dell'ex compagno gli alimenti «nella misura determinata ai sensi dell'art. 438 c.c.». Certamente quest'avvicinamento stride, stante la diversità strutturale e funzionale del matrimonio e della convivenza di fatto. Gli sposi acquistano diritti e assumono doveri reciproci, entrambi necessari per attuare il progetto di vita in comune (art. 143 c.c.). I conviventi di fatto, diversamente, non basano così compiutamente la loro scelta di condividere l'esistenza sulla reciprocità di diritti e doveri (art. 1 comma 36 l. n. 76 del 2016). Ecco perché, solo sotto taluni profili, la posizione del convivente di fatto può essere avvicinata (art. 1, comma 42, l. n. 76 del 2016) o equiparata (art. 1, comma, 36, l. n. 76 del 2016) a quella del coniuge.

[46] L'art. 270 *code civil* prende in considerazione proprio l'esigenza di compensazione che può

Altrimenti si radicherà l'idea, fatta propria dalla Cassazione e non convincente sotto il profilo costituzionale, di un matrimonio senza storia[47], dove le decisioni e le condotte che hanno caratterizzato la vita comune sarebbero spesso irrilevanti nella crisi coniugale[48]. Un assegno di divorzio o una prestazione *una tantum* che prescinde dalle relazioni personali ed economiche della vita matrimoniale tradisce quell'esigenza perequativa insita nel principio della pari dignità dei coniugi; e nega anche l'essenza del matrimonio, ciò che lo giustifica, ossia la condivisione di un progetto di vita che si articola in decisioni, anche di rinuncia, condivise. È, quindi, auspicabile una riforma non solo della disciplina dell'*una tantum*, ma anche dell'assegno di divorzio[49].

---

scaturire dal divorzio rispetto a certi fatti occorsi durante il matrimonio o futuri (cfr. anche art. 271 *code civil*).

[47] Osserva acutamente E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita»*, cit., 9, che «il punto non condivisibile della decisione in esame [id est: Cass., n. 11504/2017] sembra, allora, non tanto quello di considerare gli ex coniugi "persone singole", dato che ciò pare l'inevitabile riflesso del venir meno definitivo del vincolo matrimoniale, quanto quello di considerarli senza un passato di vita comune: proprio il necessario dispiegarsi del principio di parità nella realizzata comunità di vita pare doversi risolvere, nel momento dissolutivo, non in una intimamente contraddittoria protrazione degli effetti del vincolo, bensì in una valorizzazione, in vista e ai fini della vita separata, di un profilo partecipativo e di condivisione di quanto eventualmente realizzato in comune, che ben poco ha a che vedere con l'idea di assistenza e di solidarietà».

[48] Secondo Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, cit., i criteri di quantificazione dell'assegno di divorzio di cui all'art. 5, comma 6, l. n. 898 del 1970 vengono in rilievo soltanto ove sia stata accertata, all'esito della prima fase di valutazione (quella sull'*an* dell'assegno), l'assenza dell'autosufficienza economica. Ma questa impostazione rischia di determinare soluzioni inique e prima ancora irragionevoli. Perché mai dovrebbe negarsi al coniuge economicamente autosufficiente (magari perché, come ha ritenuto il Trib. di Milano, cit., egli produce un reddito di poco superiore a quello per cui si sarebbe ammessi al gratuito patrocinio) di far valere quel vissuto matrimoniale che ha influenzato la propria vita sotto più profili soprattutto economico? Il punto è un altro: è se tale parte della vita in comune rilevi o meno ai fini della perequazione e la risposta dovrebbe essere positiva. Cass., 16 marzo 2018, n. 6683, cit., lascia intendere l'irrilevanza, ai fini dell'attribuzione dell'assegno di divorzio, dell'aver dedicato più tempo alla crescita e all'educazione dei figli. Ma, a ben vedere, non è ragionevole né rispettoso del principio di uguaglianza ignorare tale circostanza in punto di *an debeatur* dell'assegno, qualora essa abbia inciso negativamente sulla capacità di produrre reddito del coniuge.

[49] E. QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del «tenore di vita»*, cit., 13 ss., svolge interessanti considerazioni sulle possibili incongruenze derivanti dalla scissione del giudizio attributivo dell'assegno da quello attinente alla sua quantificazione, essendo, i medesimi giudizi, due facce della stessa medaglia. L'Autore parla di astrattezza del criterio dell'autosufficienza economica, il quale finisce con l'ignorare che il matrimonio «rappresenta per i coniugi un momento di intima compenetrazione delle sfere personali ed (inevitabilmente) economiche, le cui conseguenze devono essere disciplinate in modo tale da assicurare comunque l'adeguata partecipazione di ciascuno a quanto insieme complessivamente costruito».

La successione *mortis causa* del convivente

Raffaele Lenzi
Notaio in Firenze
Ordinario di Diritto privato, Università di Siena

Pur in assenza di una previsione legale di diritti successori a favore del convivente superstite, la particolare natura del rapporto consente un ampio dispiegarsi dell'autonomia privata, tale da colmare, almeno in parte, l'evidente disequilibrio con la posizione dei legittimari: l'insorgenza di obbligazioni naturali tra i conviventi, la possibilità di fissare contrattualmente i doveri di contribuzione ed altresì disporre tra conviventi attribuzioni patrimoniali anche per l'ipotesi di cessazione della convivenza, gli effetti della comunione *de residuo*, costituiscono tutti strumenti che, se sapientemente utilizzati, possono consentire ai conviventi di predisporre un apparato di salvaguardia patrimoniale anche per il momento in cui uno di essi avrà cessato di vivere.

Despite the absence of a legal provision of succession rights in favor of the surviving cohabitant, the particular nature of the relationship allows private autonomy to operate extensively to fill, at least in part, the obvious imbalance with the position of the legitimate: natural obligations between cohabitants, the possibility of regulating property relations among cohabitants also due to the possibility of termination of cohabitation, the effects of communion on the residual common assets, are all instruments that, if well used, can constitute a capital protection also by the time one of them stopped living.

Sommario: 1. L'indifferenza del legislatore. – 2. Le ipotesi di successione anomala. – 3. La convivenza di fatto non registrata. – 4. I doveri tra conviventi. – 5. I doveri morali e sociali tra conviventi e la tutela dei legittimari. – 6. Disposizioni testamentarie in adempimento di obbligazioni naturali. – 7. Proporzionalità ed adeguatezza dell'attribuzione. – 8. Contenuto degli obblighi civili e morali che possono sorgere dalla convivenza. – 9. Contratto di convivenza e regolazione dell'obbligo di contribuzione. – 10. Contratto di convivenza e divieto dei patti successori. – 11. Successione del convivente e regime di comunione. – 12. Considerazioni conclusive.

1. L'indifferenza del legislatore

Con l'introduzione della recente legge regolatrice delle unioni civili e delle convivenze registrate, per quanto attiene alla regolazione dei profili successori, al convivente di fatto superstite non è stato riconosciuto trattamento analogo a quello previsto per la persona unita civilmente[1]. La sostanziale indifferenza alle ragioni successorie del convivente vale ancor più per chi, omo o eterosessuale, scelga una relazione priva anche dei minimi requisiti di riconoscimento formale previsti dalla nuova disciplina. È pur vero che la scelta verso una condizione di convivenza induce a ritenere, nella considerazione legislativa, che i conviventi intendano affidare la regolazione, anche *mortis causa*, dei loro rapporti patrimoniali, ad atti di autonomia, senza che la legge intervenga autoritativamente a turbare la programmata spontaneità della relazione. L'autonomia, nell'ambito della regolazione della successione *mortis causa*, trova espressione mediante il confezionamento di disposizioni testamentarie in favore del convivente superstite, che potranno atteggiarsi come istituzione di erede o come attribuzione di legati, operando nel perimetro della quota disponibile. La successione del convivente risulta quindi quasi interamente affidata all'autonomia privata, che, come sempre accade per l'esercizio della libertà testamentaria, incontra il limite derivante dalla tutela dei legittimari[2].

[1] Per un'opinione prossima temporalmente all'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016 si veda G. BONILINI, *La successione* mortis causa *della persona "unita civilmente" e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 10, 2016, 980 ss.

[2] È questa una scelta che è parsa contrastare con gli auspici della classe politica, visti i numerosi disegni di legge depositati presso le assemblee legislative con i quali si intendeva inserire anche il convivente *more uxorio* tra le figure considerate dalla legge in materia successoria. Si veda in proposito C. ROMANO, *L'evoluzione sociale dei modelli familiari e le risposte del diritto successorio*, in AA.VV., *Studi in onore di Giancarlo Laurini*, II, Napoli, 2015, 1626, laddove rimembra che «nel corso degli anni fanno la loro comparsa in sede parlamentare, diversi disegni legislativi (d.d.l. Manconi 1996, ddl Buffo dello stesso anno, d.d.l. sulle "unioni affettive del 1998)». Erano questi progetti diversi tra di loro in quanto «in alcuni casi, si propone la totale

2. Le ipotesi di successione anomala

Il legislatore tuttavia ha previsto alcune ipotesi di successione anomala a favore del convivente di una convivenza registrata[3]. In particolare l'art. 1, comma 42, l. n. 76 del 2016, fatto salvo quanto previsto dall'art. 337-*sexies* c.c., dispone che, in caso di morte del convivente proprietario della casa di comune residenza, il convivente superstite ha diritto di continuare ad abitarvi; precisamente per la durata di due anni o per un periodo pari alla convivenza e, comunque, non oltre cinque anni. Ove, nella medesima coabitino figli minori o disabili del convivente superstite, lo stesso ha diritto di continuare ad abitarvi per un periodo non inferiore a tre anni. Il diritto di abitazione del convivente viene meno se cessi di abitare stabilmente nella casa predetta, o in caso di matrimonio, di contrazione di un'unione civile o di una nuova convivenza di fatto (art. 1, comma 43, l. n. 76 del 2016). In ipotesi di morte del conduttore o di suo recesso dal contratto di locazione avente a oggetto la casa di comune residenza, il convivente di fatto «ha facoltà di succedergli nel contratto» (art. 1, comma 44, l. n. 76 del 2016). Il legislatore quindi, pur evitando di riservare al convivente superstite diritti successori, non solo non ricomprendendolo nel novero dei successori necessari ma anche escludendolo dalla successione legittima, si è tuttavia preoccupato di assicurargli la soddisfazione del bisogno abitativo. Invero questo problema era già sorto in precedenza e risolto mediante l'intervento della Corte costituzionale che, con la nota sentenza 404 del 1988, aveva esteso al convivente more uxorio la tutela a favore del coniuge superstite prevista dall'art. 6 della legge sulle locazioni urbane, con il conseguente subentro dello stesso nella posizione giuridica del defunto locatario.

Posizione analoga è quindi oggi contemplata in favore del convivente di fatto, che sia tale ai sensi della l. n. 76 del 2016. A ben vedere, essa è più estesa, avendo evidentemente il legislatore recepito le osservazioni della dottrina, poiché viene disciplinata anche l'ipotesi in cui l'abitazione familiare sia fissata in un immobile di proprietà del convivente deceduto, nel quale, appunto, potrà continuare ad abitare il convivente superstite, sebbene per il limitato periodo temporale previsto dalla norma richiamata[4].

---

equiparazione tra la condizione di convivente *more uxorio* e quella di coniuge; in altri, il trattamento successorio appare improntato al diritto ad un assegno vitalizio che in qualche modo evoca quanto previsto per il coniuge separato o divorziato». *Ibidem*.

[3] Per una panoramica della questione cfr. B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza, Aggiornato alla legge 20 maggio 2016, n. 76*, Padova, 2016, 215 ss.

[4] D. CORSARO, *La protezione mortis causa del convivente*, in AA.VV., *Studi in onore di Giancarlo Laurini*, cit., 413 ss.; ivi si segnala anche il fatto che con una legge del 2010 il

3. La convivenza di fatto non registrata

Accanto al modello della convivenza regolata dalla l. n. 76 del 2016, è ipotizzabile che i conviventi di fatto intendano restare tali, non aderendo ad alcun modello legislativamente prefigurato[5]; tale situazione sembrerebbe non subire, sul piano della disciplina successoria, alcuna discriminazione rispetto alla convivenza registrata, se non la mancata applicazione diretta della citata disciplina a tutela del bisogno abitativo. Tuttavia, anche in tal caso, il convivente superstite soggiacerà alle regole già precedentemente ritenute applicabili alla generale condizione di convivenza e non può neppure escludersi che, in via di applicazione analogica, la nuova disciplina a tutela del bisogno abitativo del convivente, riferita alle convivenze registrate, sia applicabile anche alle convivenze di fatto. In mancanza di legittimari quindi l'autonomia testamentaria non incontra limiti nel disporre a favore del convivente, mentre tale potere di autodeterminazione arretra rispetto ai diritti che la legge riserva ai legittimari. Tuttavia la riconosciuta rilevanza normativa al rapporto di convivenza ed il suo riconoscimento come modello solidaristico che si misura, pur nella diversità, su quello che sorge dal matrimonio, impone di considerare se l'espressione di autonomia privata testamentaria possa pervenire a risultati che, pur non sovrapponibili a quelli relativi alla successione tra coniugi, neppure possono scadere ad un qualsiasi rapporto tra estranei, con la possibilità di assicurare alle disposizioni a favore del convivente una specifica stabilità, superiore alle attribuzioni effettuate a favore di soggetti terzi, non legati da un rapporto di stabile convivenza, tale da escludere che la successione testamentaria del convivente sia priva di autonoma considerazione[6].

legislatore ha riconosciuto, in mancanza di familiari legittimi, il diritto al risarcimento dei danni al convivente *more uxorio* quale familiare delle vittime del disastro ferroviario di Viareggio. Analoga forma di tutela era già stata attribuita con il decreto legge n. 362 del 1995, che qualifica avente diritto all'assegno reversibile anche il convivente *more uxorio* di soggetti deceduti a causa di vaccinazione. Fra le norme di tutela «successoria» del convivente, viene richiamata la legge n. 179 del 1992 (oggi abrogata) in materia di edilizia residenziale pubblica, che riconobbe al convivente del socio di cooperativa edilizia a proprietà indivisa il diritto a subentrare nella qualità di socio ed assegnatario, purché la convivenza rispettasse determinati termini e requisiti.

[5] Per G. BONILINI, *Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 3, 2017, 766 questa situazione «onde non si abbia confusione con quella, analoga, disciplinata dall'art. 1 commi 36 ss., l. n. 76 del 2016, può continuare a circolare con l'espressione: convivenza *more uxorio*».

[6] La questione era stata acutamente colta, già in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016, da V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2015, 3, laddove si rilevava che «la successione testamentaria del convivente sembra

4. I doveri tra conviventi

Già prima della recente introduzione dello statuto normativo della convivenza era stato giustamente affermato che «il convivente non è, nella relazione con il defunto, un uomo qualunque»[7]. in quanto la comunione di vita instaura tra i conviventi un rapporto giuridicamente rilevante e denso di conseguenze giuridiche, considerate in molteplici, seppur settoriali, previsioni normative[8]. Per lungo tempo, prima ancora del recente intervento normativo, la dottrina e la giurisprudenza si erano preoccupate di individuare una corretta qualificazione giuridica delle prestazioni patrimoniali corrisposte nell'ambito di una convivenza non legalmente riconosciuta (sia per le attribuzioni a carattere periodico, che per quelle *una tantum*), al fine di escludere o quanto meno limitare possibili rivendicazioni da parte del disponente al termine del rapporto e assicurare,

essere il punto di applicazione di due vettori di verso opposto e direzione inversa: da un lato quello rappresentato dall'autonomia testamentaria e, dall'altro, quello costituito dai diritti che la legge riserva ai legittimari».

[7] Ancora V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, cit., elenca una serie di figure funzionali alla regolazione della successione del convivente: dall'istituzione di erede universale, o di erede in quota, oppure alla disposizione di legati a favore del convivente aventi ad oggetto il diritto di abitazione sulla casa familiare e il diritto di uso dei mobili che la corredano, piuttosto che il diritto all'usufrutto su un certo bene, con facoltà di venderlo, in caso di bisogno, o, ancora, ai legati obbligatori aventi ad oggetto prestazioni periodiche da eseguirsi a vantaggio del convivente, piuttosto che la costituzione di una vera e propria rendita vitalizia, o, infine, ai cosiddetti legati di contratto, ossia ai legati che obbligano eredi e legatari a stipulare un contratto con il convivente superstite. Tra questi, accanto ai più comuni legati di comodato, di locazione o di mutuo, emerge il legato di contratto di lavoro, in forza del quale il *de cuius* potrebbe imporre a eredi, o legatari, magari titolari dell'impresa, che gli era appartenuta o della quale era stato azionista di maggioranza o socio fondatore o anche soltanto socio occulto, di assumere il convivente; prevedendo, magari, a carico dell'onerato e a vantaggio dell'onorato una penale in caso di violazione dell'obbligo.

[8] La rilevanza della convivenza risulta dalle norme sull'ordinamento penitenziario, comma 38, d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), sulle vittime del terrorismo (art. 4, l. 20 ottobre 1990, n. 302), sullo smaltimento dei rifiuti (art. 70, comma 3, d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507), sui maltrattamenti (art. 380 c.p.), sull'affidamento condiviso (1. 8 febbraio 2006, n. 34); sulle tecniche di fecondazione assistita (art. 5, 1. 19 febbraio 2004, n. 40); sull'amministrazione di sostegno (art. 408 c.c.); sulla interdizione e sull'inabilitazione (art. 417 c.c.); sul regime di protezione contro gli abusi familiari (342-*bis* e 342-*ter* c.c.); sulle adozioni (art. 6, comma 4, I. 4 maggio 1983, n. 184).

[9] In proposito va condiviso quanto esposto da D. CORSARO, *La protezione* mortis causa *del convivente*, cit., 412, laddove si rimembra che «il giurista ha il compito di ricercare, con gli strumenti apprestati dall'ordinamento, il punto di equilibrio nelle singole realtà familiari, avendo a mente e salvaguardando la posizione di ogni soggetto debole: che sia coniuge separato o "semplice compagno" nel rispetto, naturalmente, dei discendenti in linea retta quali destinatari prioritari delle norme della successione necessaria».

in tal modo, al beneficiario, una ragionevole stabilità delle attribuzioni a suo favore, in considerazione del personale apporto del beneficiario stesso alla vita comune[9]. Se già sussistono difficoltà a definire la causa giustificatrice delle attribuzioni tra coniugi nell'ambito del rapporto matrimoniale, il problema si aggrava nell'ambito di spontanee relazioni di convivenza, considerando che, prima della novella riformatrice, e ancor oggi per quanto attiene alle convivenze non registrate, i doveri dei coniugi consacrati nell'art. 143 c.c. non sono automaticamente estensibili alla convivenza, escludendosi la possibilità di un'applicazione analogica della disciplina del matrimonio ai rapporti ad esso alternativi[10]. Nel previgente regime l'impossibilità di fondare la causa dell'attribuzione sull'obbligo legale di contribuzione, rendeva di fatto più complesso arginare le richieste restitutorie nei confronti dell'*accipiens* una volta venuta meno la relazione di convivenza[11]. La giurisprudenza ha svolto un compito di contenimento dei possibili eccessi utilizzando, in termini pressoché costanti, l'argomento secondo il quale nelle unioni di fatto le attribuzioni e le prestazioni in favore del convivente *more uxorio*, effettuate nel corso del rapporto, costituiscono l'adempimento di un'obbligazione naturale *ex* art. 2034 c.c. e sono quindi irripetibili, purché conformate ai principi di proporzionalità e adeguatezza[12]. Con la conseguenza che le prestazioni che esulano dai doveri di carattere morale e civile di mutua assistenza e collaborazione farebbero sorgere il diritto del disponente se non alla restituzione quantomeno alla corresponsione di un indennizzo, fondato sul verificato arricchimento ingiustificato. Tra i conviventi si instaura quindi un fascio reciproco di doveri morali e sociali e la convivenza è fonte di obbligazioni naturali, secondo la regola dell'art. 2634 c.c. La natura di obbligazioni naturali dei doveri verso il convivente impone una riconsiderazione degli atti di disposizione a suo favore e la possibile esclusione degli stessi, seppur privi di corrispettivo, dal novero degli atti liberali, con tutte le necessarie conseguenze in ordine al calcolo della quota di riserva e alle operazioni

[10] L'inestensibilità degli obblighi di cui all'art. 143 c.c. parrebbe confermata dallo stesso comma 11, art. 1 l. n. 76 del 2016, laddove si è ritenuto di non applicare alle unioni civili l'obbligo di fedeltà previsto per il matrimonio civile. Atteso che un'unione di fatto può coinvolgere anche persone dello stesso sesso appare congruente con la precisa scelta del legislatore ritenere l'art. 143 c.c. non applicabile analogicamente alle convivenze di fatto.

[11] In proposito A. FUSARO, *Arricchimento senza causa tra coniugi e conviventi*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2017, 1308, n. 3 ricorda numerosi contributi tra cui spicca il risalente ma sempre attuale F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 151 ss.

[12] Tra le varie merita segnalazione Cass. 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Giur. it.*, 2014, 1090 ss., con nota di F. ROCCHIO, *Obbligazioni naturali tra conviventi* "more uxorio" ?, in *Foro it.*, 2014, I, 1149 ss., con nota di G. CASABURI; *Guida dir.*, 2014, 12, 71.

di riunione fittizia[13]. Resta il problema di discriminare in concreto tra un atto dispositivo effettuato per spirito di liberalità e un'attribuzione posta in essere in adempimento di un dovere morale. La giurisprudenza al riguardo ha individuato alcuni criteri utili ad orientare la qualificazione della specifica attribuzione non espressamente titolata; in particolare il principale indice distintivo, tenendo altresì conto dello *status* sociale e del complessivo patrimonio del disponente, è stato individuato nella proporzionalità tra la misura dell'attribuzione e il valore che viene attribuito all'interesse da soddisfare. Una significativa sproporzione orienta decisamente verso la liberalità, anche se non sempre è agevole parametrare un valore patrimoniale con il personalissimo dovere morale o sociale che giustifica la riconduzione all'obbligazione naturale[14]. L'attribuzione a favore del convivente costituirebbe quindi, in presenza dei suddetti requisiti, una prestazione solutoria dell'obbligazione naturale, qualificabile come mero atto giuridico o, secondo alcuni, come negozio giuridico, reale, bilaterale.

5. I doveri morali e sociali tra conviventi e la tutela dei legittimari

Il venir meno della natura liberale dell'attribuzione ne assicurerebbe la stabilità rispetto alle ragioni dei legittimari. Il problema, assume, sotto tale profilo, analoga rilevanza, sia che si tratti di attribuzioni effettuate in vita a favore del convivente, sia che si tratti di disposizioni testamentarie a suo favore, con qualche specificità, come vedremo, qualora l'attribuzione non sia diretta, ad immediata efficacia reale, bensì debba essere attuata indirettamente, onerandone l'erede o il legatario. In quest'ultimo caso infatti il problema assume l'ulteriore complicazione dell'ammissibilità della trasformazione dell'obbligazione naturale in obbligazione civile. Saremmo quindi in presenza di un legato *ex*

[13] V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, cit., 11 rileva correttamente che «assegnare all'attribuzione patrimoniale la funzione estintiva di un dovere morale o sociale nascente dalla convivenza ne muta, inevitabilmente, la qualificazione: si abbandona il territorio della liberalità, con tutte le conseguenze sfavorevoli che a essa sono inevitabilmente connesse e si conquista l'area dell'adempimento, ossia della prestazione eseguita allo scopo di estinguere l'obbligazione.»

[14] V. sul punto Cass., 22 settembre 2015, n. 11330, in *Guida dir.*, 2013, 17, 61, laddove i Giudici di legittimità hanno rilevato che «il riferimento ad esigenze di tipo solidaristico non è di per sé sufficiente a prefigurare una "giusta causa" dello spostamento patrimoniale, giacché ai fini dell'art. 2034 c.c., comma 1, occorre allargare e dimostrare non solo l'esistenza di un dovere morale o sociale in rapporto alla valutazione corrente nella società, ma anche che tale dovere sia stato spontaneamente adempiuto con prestazione avente carattere di proporzionalità e adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso».

art. 659 c.c., a favore del convivente, oscillante tra il legato di debito e il legato di prestazione in luogo di adempimento, ossia intorno a figure che muovono dalla disciplina del legato a favore del creditore e sempre che vi sia perfetta coincidenza tra dovuto e attribuito. Con il legato in funzione solutoria o, secondo una comune definizione, "di debito", si ha, con l'apertura della successione, immediata attribuzione al beneficiario, salvo in ogni caso il potere di rifiuto[15]. Il legato si comporta, in questo caso, come atto di adempimento dell'obbligazione naturale; quasi come se il testatore volesse compiere, spontaneamente, come ultimo gesto, un'attribuzione in adempimento delle obbligazioni naturali. Anche qui tuttavia l'attribuzione deve sottostare al giudizio di proporzionalità prima citato, proporzionalità che in questo caso non deve limitarsi a valutazioni di natura quantitativa, ma anche assicurare una corrispondenza qualitativa tra obbligazione naturale e attribuzione compiuta. Ove il testatore disponesse a favore del legatario più di quanto gli spetti, l'eccedenza non potrebbe qualificarsi come legato di debito, il quale necessariamente presuppone l'esatta coincidenza tra attribuito e dovuto, ma si sarebbe in presenza di un mero legato, sottoposto, anche rispetto alla disciplina di tutela dei legittimari e dei creditori dell'eredità, alla disciplina comune.

6. Disposizioni testamentarie in adempimento di obbligazioni naturali

Oltre quanto sopra illustrato, circa le difficoltà di configurare un'attribuzione solutoria di obbligazione naturale si pone inoltre l'ulteriore problema della necessità o meno della c.d. *expressio causae*; se cioè l'attribuzione possa configurarsi come legato di debito solo ove il testatore disponga espressamente di affidare all'attribuzione la funzione solutoria di obbligazione naturale ovvero se tale caratteristica possa desumersi, in via interpretativa, dall'oggettiva relazione intercorrente tra disponente e legatario. Il problema si complica ulteriormente seal legato si intende attribuire efficacia obbligatoria, caricando quindi l'onerato dell'obbligo di adempiere all'obbligazione naturale. L'intenzione del disponente è quindi quella di attribuire al convivente un credito nei confronti dell'erede o legatario onerato, mediante il quale si intende soddisfare il dovere morale verso lo stesso, fondato appunto sulla comunione di vita instauratasi con la prolungata convivenza. Siamo qui fuori dal controverso problema della trasformazione

[15] *Amplius*, sul punto, V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, cit., 14.

di un'obbligazione naturale in obbligazione civile, in quanto in realtà, più semplicemente, con il testamento il disponente impone all'erede o al legatario di effettuare una prestazione a favore del convivente che, nell'intenzione del testatore, trova la propria fonte nell'avvertito dovere di soddisfare un obbligo morale nei confronti del convivente stesso[16]. Resta la necessità, ai fini che qui interessano, che la prestazione oggetto del legato coincida con la prestazione dell'obbligazione naturale; in caso contrario l'eccedenza dovrebbe comunque essere considerata ai fini del procedimento di riunione fittizia. Nell'ipotesi di eccedenza il legato diventa quindi liberale e pertanto assoggettato alla disciplina comune. In ogni caso decisiva appare l'espressione di volontà nel senso della sussistenza di un obbligo derivante da un avvertito dovere morale verso il convivente ed al contempo l'intenzione che l'attribuzione testamentaria, diretta o indiretta, sia destinata ad assolvere tale dovere e quindi si caratterizzi per una funzione solutoria e non liberale. Presupposti essenziali per escludere una qualificazione dell'attribuzione al convivente in termini di liberalità sono da considerarsi, oltre ovviamente alla condizione di convivenza, la rilevanza di tale relazione come fonte di obbligazione naturale, l'avvertita esistenza di un dovere morale da parte del disponente, l'intenzione di farvi fronte attraverso l'attribuzione testamentaria, la proporzionalità tra obbligazione naturale e disposizione testamentaria. È evidente che l'attribuzione di rilevanza all'adempimento di un'obbligazione naturale, tale da escludere l'attribuzione patrimoniale dal procedimento di riunione fittizia, si presta alla possibilità di perpetrare una lesione dei diritti dei legittimari; ma in questo la situazione non si discosta dalle ipotesi di simulazione di atti onerosi in luogo di attribuzioni gratuite ovvero di atti solutori di obbligazioni civili simulate. Vi è poi chi, collocandosi in una prospettiva diametralmente opposta, ritiene necessaria la manifestazione dell'intento liberale, in mancanza della quale l'attribuzione al convivente è da considerare come adempimento di obbligazione naturale[17]. In questi termini la questione è malposta, nel senso che dal requisito della

[16] V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, nota 15, rileva che in dottrina si sono formati orientamenti assai differenziati, con la conseguenza che in tali casi per alcuni si ha trasformazione (*rectius*: novazione) dell'obbligazione naturale in obbligazione civile, per altri si costituisce un'obbligazione civile che coesiste con 1'obbligazione naturale, con la conseguenza che l'adempimento della prima determina anche l'estinzione della seconda, per altri ancora si ha una novazione oggettiva dell'obbligazione naturale in altra e diversa obbligazione naturale.

[17] Ancora V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, cit., 12 non tace un problema autentico in materia successoria, quello cioè relativo alla possibilità di «persistenza in vita dell'obbligazione naturale, successivamente alla morte dell'obbligato».

proporzionalità non si può prescindere in quanto la sua mancanza è palese indice di spirito di liberalità. La vera questione è se, in un ambito così personale come i rapporti di stabile convivenza, sia giustificabile un controllo esterno sulla volontà del disponente nel fissare la misura di proporzionalità tra dovere morale e attribuzione patrimoniale ovvero se tale misura sia completamente affidata alle intime, purché effettive e non simulate, valutazioni del disponente, senza che sia consentita alcuna interferenza sulla concretizzazione patrimoniale dei doveri morali, se non per valutare l'effettività delle intenzioni ma non l'adeguatezza quantitativa[18]. In ogni caso, in tutte le variegate ipotesi illustrate sopra, l'attribuzione portata nel legato non sarebbe una qualunque disposizione retta da animo munificente e liberale, bensì un'attribuzione *solvendi causa*, perciò sottratta alla disciplina tipica del legato. Il legato costituente adempimento di un'obbligazione, seppur con lo specifico contenuto dell'obbligazione naturale, è quindi sottratto alla disciplina generale che gli è propria. Sotto questi profili si conseguirebbe, dunque, un risultato molto diverso da quello ottenibile con un semplice legato rimuneratorio, il quale, come noto, resterebbe attratto alla disciplina comune, al pari di tutte le liberalità disposte per riconoscenza o per speciale remunerazione o in considerazione dei meriti del beneficiario, che rimangono donazioni in senso proprio e pertanto soggette alla disciplina in tema di imputazione e riduzione[19]. Non può escludersi poi che il disponente intenda più semplicemente manifestare l'avvertita esistenza di un proprio dovere morale che ha intenzione, come tale, di trasmettere agli eredi, indicando anche l'attribuzione mediante la quale adempiere all'obbligazione stessa, ma senza per ciò voler trasformare la propria obbligazione naturale in un'obbligazione civile facente carico all'erede o al legatario onerato, che quindi dovranno semplicemente valutare se, liberamente, sul piano giuridico, disporre l'attribuzione a favore del beneficiario. In quest'ultimo caso l'attribuzione non sarà ripetibile, mantenendo la sua natura di adempimento di obbligazione naturale, anche se il dovere morale è sorto in capo al defunto e dallo stesso è

[18] Sul punto deve tenersi presente l'importanza degli interessi in gioco, non ultimi quelli di soggetti solo relativamente terzi (e pur tuttavia controinteressati, soprattutto nei casi di maggiore vulnerabilità) quali, ad esempio, i figli; G.BONILINI, *Matrimonio, unione civile e famiglia*, cit., 773 ricorda quanto affermato «con disincantata sensibilità umana e giuridica» da G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, 1719, e cioè che «si è alla presenza di un unico istituto, vale a dire la famiglia, che si presenta con morfologie differenti».

[19] V. BARBA, *Adempimento e liberalità nella successione del convivente*, cit., 23 parla di «evidente vantaggio che potrebbe conseguirsi nella successione del convivente, disponendo a favore dell'ultimo di un legato in adempimento di debito naturale.»

stato avvertito come tale, ma, proprio per tale persistente natura, nessuna pretesa potrà vantare il beneficiario nei confronti di erede o legatario onerati, qualora essi non ritengano di disporre l'attribuzione.

7. Proporzionalità ed adeguatezza dell'attribuzione

Il problema resta quello di stabilire entro quale limite un'attribuzione a vantaggio del convivente, dipendente da atto *inter vivos* o da disposizione testamentaria, possa considerarsi adempimento di obbligazione naturale e quando, invece, sia costretta a rifluire nella categoria degli atti liberali, cercando di individuare l'ambito oltre il quale il legato riacquista il tratto della liberalità. Abbiamo già segnalato come la giurisprudenza sia costante nell'affermare che elemento discriminante della distinzione è il rapporto di proporzionalità e adeguatezza tra i mezzi di cui l'adempiente dispone e l'interesse da soddisfare[20]. Il criterio discretivo, che fissa la riconducibilità dell'atto all'adempimento dell'obbligazione naturale, sarebbe quindi calato dall'esterno, restando quindi nell'ombra l'effettiva intenzione dell'autore; il criterio di qualificazione dell'atto risulterebbe quindi svincolato dal convincimento dell'autore di adempiere un'obbligazione, seppur naturale, ovvero dall'intenzione di attribuire per spirito di liberalità, essendo affidato alla proporzionalità e adeguatezza tra i mezzi di colui che compie l'attribuzione e l'interesse che essa mira a realizzare. Non sembra in realtà convincente affidare la qualificazione dell'attribuzione in termini di adempimento di doveri morali e sociali al mero rapporto tra mezzi del disponente e interesse da soddisfare, mentre risulta indispensabile indagare la volontà del disponente e l'adeguatezza e proporzionalità costituiscono al più argomenti interpretativi per la ricostruzione dell'effettiva intenzione del disponente.

In ogni caso in giurisprudenza il criterio dell'adeguatezza e della proporzionalità non viene applicato per valutare la relazione tra mezzi del disponente e interesse da soddisfare, bensì si riferisce al rapporto tra la prestazione concretamente eseguita e il ravvisato dovere morale e sociale; il criterio di valutazione non si sposta quindi all'esterno dell'atto ma si concentra sul concreto rapporto e rileva sul piano interpretativo, nell'indagare l'effettiva volontà del disponente[21].

---

[20] Cfr. Cass., 22 settembre 2015, n. 11330, cit.

[21] In tema è stato rilevato da Cass., 22 settembre 2015, n. 18632, in *Giur. it*., 2015, 2566 ss., annotata da A. POMPILIO, che, ai fini della restituzione del denaro fornito dal convivente *more uxorio* per l'acquisto di una unità immobiliare intestata esclusivamente al *partner*, ha ritenuto la

Se l'elargizione di prestazioni pecuniarie nel corso della convivenza corrisponde all'adempimento dell'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia naturale, non solo non può essere richiesta la restituzione di quanto eseguito in ottemperanza dell'obbligo suddetto, ma nemmeno può essere rivendicato quanto è stato corrisposto pur in misura superiore, se finalizzato a soddisfare le esigenze della famiglia. Eccezione, ovviamente, a questa regola, è l'ipotesi in cui la prestazione abbia oltrepassato le necessità strettamente familiari, andando a realizzare, in maniera quasi esclusiva, un evidente arricchimento dell'altro convivente che non trova giustificazione nella relazione familiare; da ciò si prospetta l'ulteriore conseguenza che le parti non possano prevedere un effetto retroattivo, in considerazione della natura dell'obbligazione di contribuzione che trova il suo fondamento nel principio di solidarietà, da cui discende l'esaurimento stesso della prestazione nel soddisfacimento dei bisogni della famiglia.

8. Contenuto degli obblighi civili e morali che possono sorgere dalla convivenza

I doveri morali e sociali che derivano da una convivenza, sia essa registrata, e quindi supportata da un quadro di riconoscimento normativo, o di fatto, ed in ogni caso rilevante come formazione sociale nella quale l'individuo esprime la propria personalità[22], si fondano, in coerenza ai principi del personalismo e del solidarismo, su un reciproco dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia, seppur di fatto, che, per alcuni, ove previsto e regolamentato, può anche assumere rilevanza di obbligazione civile. Dovere di contribuzione, misurato sulle rispettive sostanze e capacità lavorative, che, per alcuni autori[23], non si limita alle spese familiari ma è anche dovere di condivisione dei beni acquistati

sproporzione della somma fornita con il patrimonio del disponente determinante per la valutazione dell'ingiustizia dell'arricchimento del beneficiario.

[22] Non va dimenticata «l'esigenza di prendere atto del dato che la famiglia non fondata sul matrimonio […] è perfettamente eguale alla famiglia fondata sul matrimonio (art. 29 cost.), che, come persiste a enunziare l'art. 30, comma 3 Cost., è la famiglia legittima, ad onta dei vistosi mutamenti intervenuti, di recente, in tema di stato unico di filiazione, che, all'evidenza, avrebbero dovuto comportare l'aggiornamento, se non altro formale, del dato costituzionale». Così G. BONILINI, *Matrimonio, unione civile e famiglia*, cit., 770

[23] Tra gli altri, cfr. G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991; M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984; G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. e dir.*, 1998, 194 ss.

con il contributo di entrambi, per tale intendendosi anche il lavoro casalingo, comunque fondamentale per la gestione delle esigenze familiari, in particolare in presenza di figli; in questo senso, indipendentemente ed ancor prima del riconoscimento come obbligazioni civili di fonte legale, devono ricomprendersi tra i doveri morali e sociali che sorgono dalla convivenza, l'attribuzione al convivente superstite del diritto all'abitazione della casa familiare e all'uso dei mobili che la corredano. Oggi tale dovere, con la legge sulle convivenze registrate e ancor prima, seppur più limitatamente, con la decisione della Corte costituzionale del 1988, che ha riconosciuto a favore del convivente il legato *ex lege* avente ad oggetto la successione nel rapporto di locazione, si è ormai consolidato in obbligazione civile, né sembra che possa distinguersi tra un'attribuzione solutoria per atto tra vivi ovvero mediante disposizione testamentaria quando gli obblighi verso il convivente sorti in vita non sono stati, o il disponente avverte non siano stati, esattamente adempiuti. La rete di doveri, civili o meramente morali e sociali, nascenti dalla convivenza risulta quindi estremamente articolata, tra dovere di mantenimento del convivente, contribuzione alle spese del *menage*, condivisione dei beni acquistati, cui entrambi hanno, direttamente o indirettamente, contribuito, diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e diritto di uso sui mobili che la corredano[24]. E non può escludersi che a tali doveri il disponente, che li ritiene inadempiuti al momento della sua morte, voglia far fronte mediante l'attribuzione al beneficiario, a titolo di eredità o legato, di parte del proprio patrimonio. La mancanza di una *expressio causae* nelle disposizioni testamentarie potrebbe tuttavia indurre incertezza circa la ragione giustificatrice dell'attribuzione; se cioè trattasi di mera disposizione liberale o di attribuzione in adempimento di dovere morale e sociale. Vi è poi chi ha ritenuto che la disposizione a favore del convivente è al contempo liberalità e adempimento del dovere morale e sociale di mantenimento, per cui quest'ultimo profilo rimarrebbe assorbito nella disciplina dell'attribuzione liberale, non sfuggendo così la disposizione ad essere calcolata nell'ambito del procedimento di riunione fittizia. Per altri viceversa l'attribuzione al convivente, salvo che valutazioni in termini di proporzionalità ed adeguatezza inducano ad escludere una tale intenzione del disponente, va regolata in ogni caso sul parametro dell'adempimento di

[24] Cfr. L. CARRARO, *Note introduttive agli articoli 100-112 novellati*, in L. CARRARO - G. OPPO - A. TRABUCCHI, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, I, 2, 654-656. Cfr. anche P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 135 ss.

un'obbligazione morale e sociale; qualora si postulasse l'esistenza di un dovere di mantenimento e stabilita la misura della prestazione idonea a soddisfare tale dovere, essa dovrebbe, comunque, considerarsi adempimento dell'obbligazione naturale, con le relative conseguenze ai fini della riunione fittizia, per cui la massa sulla quale calcolare la quota di patrimonio disponibile e indisponibile non potrebbe considerare quelle attività a tale titolo attribuite. Il legato, più precisamente un prelegato, a favore del convivente, solutorio di obbligazioni naturali, potrebbe quindi, pur con tutte le criticità sopra evidenziate, realizzare, se equamente disposto, un'attribuzione stabile, cui aggiungere l'assegnazione al convivente dell'intera quota disponibile calcolata sul patrimonio ereditario determinato al netto del legato, limitando l'attribuzione ai legittimari della quota di riserva calcolata sulla massa così ridimensionata. Una soluzione quindi che consentirebbe, in concreto, un recupero alla disponibile[25]. Non costituisce ostacolo ad una tale ricostruzione il fatto che la nuova legge sulle convivenze registrate, mentre prevede un dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia di fatto che si forma, nulla dice in ordine a reciproci doveri di mantenimento, inducendo quindi a ritenere che debba escludersi che esista, tra conviventi, una obbligazione civile di mantenimento; ma il mancato riconoscimento di una obbligazione coercibile di mantenimento a carico del convivente forte, non esclude che egli avverta un dovere morale e sociale a mantenere il convivente economicamente più debole, con la conseguenza quindi che attribuzioni testamentarie a titolo di mantenimento possono essere disposte dal testatore, distintamente dalle disposizioni puramente liberali. È stato inoltre prospettato, come possibile disposizione a favore del convivente, che non vada ad incidere sulle ragioni dei legittimari, l'attribuzione allo stesso del diritto di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare ed il diritto di uso dei mobili che la corredano; attribuzione, quella inerente l'abitazione, che, laddove fossimo in presenza di una coppia di conviventi registrati, sarebbe meramente ripetitiva di un effetto legale. Per questo limitato profilo la posizione del convivente risulterebbe equivalente a quella del coniuge. Tra quota disponibile, diritto di

[25] Per G. BONILINI, *La successione* mortis causa *del convivente di fatto superstite*, in *Studium iuris*, 7-8, 2017, 838 «non resta, ai conviventi di fatto, che il calibrato impiego delle disposizioni testamentarie» con ciò rammentando che «la buona tecnica di redazione delle disposizioni *mortis causa* comporta, come sempre, che il testatore si domandi in che modo sia possibile rendere non affaticata la vita del voluto testamentario; quindi si interroghi, anzitutto, sul fatto se possa disporre dell'intero suo patrimonio, oppure se, a cagione di legittimari superstiti, i suoi poteri di disposizione siano impacciati» potendo «dettare disposizioni capaci di assicurare, mediante pressione psicologica sull'onerato il voluto *mortis causa*». In generale si rinvia a G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2016, 305 ss.

abitazione sulla casa familiare e altre attribuzioni, proporzionate ed adeguate, in adempimento di un dovere morale e sociale, la successione del convivente può, con sapiente misura, assicurare soddisfacente tutela al convivente superstite, senza affidarlo interamente alla disponibilità dei legittimari a non agire in riduzione per far valere la loro quota di riserva.

9. Contratto di convivenza e regolazione dell'obbligo di contribuzione

Il recente intervento del legislatore consente in maniera incontrovertibile che le prestazioni patrimoniali eseguite in costanza di convivenza possano qualificarsi, così precludendo al disponente ed ai suoi eredi la possibilità di chiederne la restituzione, come adempimento all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia di fatto, derivante da quei reciproci doveri di assistenza morale e materiale che il legislatore, al comma 36, individua come elemento caratterizzante la convivenza di fatto. Il comma 53 lett. b) della legge n. 76 del 2016 stabilisce che i conviventi, nel contratto di convivenza, possono determinare le «modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo». Dalla norma sembra emergere che l'obbligo di contribuzione costituisce un effetto legale della convivenza e il contratto non ne costituisce la fonte ma solo lo strumento mediante il quale regolarne le modalità di attuazione. Per altri interpreti la disposizione costituisce il riconoscimento del contratto di convivenza come fonte dell'obbligo contributivo, così consacrando la convivenza come modello alternativo al paradigma matrimoniale, frutto di una scelta libera e consapevole, in grado di sostenere la condivisione di un progetto di vita comune non solennizzato dal matrimonio[26]. La disposizione fa riferimento alla "contribuzione" ma nulla dice in ordine al "mantenimento"; si è voluto vedere nella lacuna dell'enunciato una scelta consapevole del legislatore per ricondurre automaticamente al dovere di contribuzione le prestazioni, ed in generale ogni forma di collaborazione e di apporto, poste a sostegno dell'esistenza in comune. Le prestazioni di qualunque natura, economica o materiale, si esauriscono nel momento in cui vengono elargite, trovano la loro

[26] G. BONILINI, *Convivenza, matrimonio, unione civile e famiglia*, cit., 766. ID., *La successione* mortis causa *del convivente di fatto superstite*, cit., 840 afferma che «non si può negare, infatti, che, come nessuna norma può imporre a due persone di contrarre matrimonio, così nessuna disposizione normativa può imporre di stringere un'unione civile o una convivenza di fatto, qual è disciplinata e nei termini in cui è regolata, dalla richiamata legge n. 76 del 2016».

giustificazione nella realizzazione di una comunione di vita e sono compensate dalla reciprocità, nel senso che ogni modalità di soddisfacimento delle esigenze della famiglia assume pari dignità e rilievo. Il termine "mantenimento", inteso come mero sostentamento del beneficiario, si sarebbe collocato al di fuori della logica di reciprocità che caratterizza il concetto di contribuzione, così svalutando l'apporto, non strettamente economico, che il convivente "debole" offre alla vita familiare. La prevista possibilità di regolare, nel contratto di convivenza, i reciproci doveri di contribuzione, evidenzia come tali obblighi fuoriescono dall'ambito delle obbligazioni naturali ed in quanto obbligazioni civili giustificano la pretesa dell'altro convivente che richieda l'esecuzione della prestazione dovuta, come adempimento di un dovere giuridico, tale che il suo inadempimento può anche far sorgere un credito risarcitorio in capo al convivente non inadempiente. La mancata regolazione nel contratto di convivenza per alcuni impedisce il sorgere dell'obbligo civile di contribuzione, per altri, più limitatamente, rende più difficoltosa la definizione del contenuto del dovere stesso, la sua quantificazione e quindi la giustificazione della pretesa. Se così è, per quanto qui interessa in ordine alla regolazione della successione *mortis causa* tra conviventi, la previsione di una attribuzione testamentaria a favore del convivente superstite potrebbe realizzare, ove come tale espressamente qualificata, la dazione in pagamento solutoria degli obblighi di contribuzione regolati nel contratto di convivenza e rimasti inadempiuti[27]. La regolazione delle modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, deve essere proporzionata alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo, secondo quanto dispone il comma 53. Tuttavia si pone il problema se tale proporzionalità possa essere determinata in autonomia dai conviventi, secondo le loro considerazioni sulla vita in comune e sulle capacità di ciascuno di essi, ovvero se tale criterio sia meramente oggettivo e interamente etero determinato dal giudice in caso di eventuali contestazioni. Sembra più ragionevole, in questa materia, valorizzare l'autonomia dei conviventi e limitare il controllo del giudice alla verifica dell'effettività della volontà dei contraenti nel fissare la proporzionalità delle regole di contribuzione.

[27] Cfr. G. BONILINI, *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, cit., 838.

10. Contratto di convivenza e divieto dei patti successori

Ma il contratto di convivenza può ulteriormente contribuire a regolare i diritti del convivente superstite per l'ipotesi del decesso di uno dei conviventi, anche in ipotesi in cui l'autonomia testamentaria incontra il limite della tutela dei legittimari. Certamente la previsione del comma 50, secondo la quale con il contratto i conviventi possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune, non consente la regolazione della successione *mortis causa*, non incontrando deroghe il divieto dei patti successori; ma ciò non esclude invece che, nel regolare i loro rapporti patrimoniali, i conviventi possano anche tener conto della disparità tra i diritti successori del convivente e quelli dei legittimari, cercando di colmare lo squilibrio attraverso l'utilizzazione di legittimi strumenti *inter vivos*, primo fra essi la regolazione degli obblighi di contribuzione, che non sembra debba necessariamente limitarsi a disciplinare le esigenze emergenti durante la convivenza ma che potrebbe spingersi a disciplinare i rapporti patrimoniali per l'ipotesi di una cessazione unilaterale, volontaria o incidentale, della convivenza stessa. Si discute infatti circa il possibile contenuto del contratto di convivenza. Non sembra che vi siano preclusioni a che il contratto di convivenza regoli anche la cessazione della convivenza stessa, ovviamente con le cautele e le regole che la legge impone. Il contenuto tipico del contratto di convivenza sembra limitato a regolare i doveri di contribuzione durante la convivenza ma l'autonomia privata può arricchirne il contenuto anche oltre l'espressa previsione normativa e disciplinare così anche i rapporti patrimoniali per l'ipotesi di cessazione della convivenza. La legge dispone infatti che, tramite i contratti, ai conviventi (etero o omosessuali) registrati all'anagrafe è consentito «disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune» (articolo 1, comma 50). Vi è chi ha interpretato tale disposizione restrittivamente, ritenendo così che il contratto di convivenza non può regolamentare questioni diverse da quelle espressamente contemplate dalla disposizione legale. Certamente deve escludersi che il contratto di convivenza possa regolare, con efficacia vincolante, i rapporti sessuali e l'organizzazione familiare, i doveri di fedeltà, assistenza morale, collaborazione e coabitazione, in quanto si tratta di aspetti della convivenza strettamente personali, la cui natura ne esclude la coercibilità. Neppure è consentita la previsione di un impegno a convivere, che urterebbe contro la libertà personale, come pure è negata l'ammissibilità di ogni penale collegata al venire meno della coabitazione; parimenti inefficace sarebbe la rinuncia a cessare la convivenza. Pur mancando specifici precedenti giurisprudenziali, decisivi argomenti in questo senso possono trarsi dai risultati acquisiti in tema di invalidità della condizione testamentaria

che sottoponga il lascito alla prosecuzione della convivenza del beneficiario con un altro soggetto. Tuttavia tali considerazioni non escludono la possibilità di un ampliamento, sul piano patrimoniale, del contenuto del contratto di convivenza; anzi il contratto di convivenza si presta ad ospitare un amplissimo spettro di regole di contenuto patrimoniale, tra cui la ripartizione dei costi della vita comune e le spese per il mantenimento dei figli. Indicazioni in questo senso vengono anche dall'esperienza maturata prima dell'entrata in vigore della legge n. 76 del 2016, ove era prevalso l'orientamento favorevole all'ammissibilità di una prefigurazione del *menage* sul piano contributivo, creando una sorta di relazione sinallagmatica tra i reciproci doveri morali e materiali scaturenti dalla relazione[28]. Per quanto riguarda la regolazione dei rapporti patrimoniali conseguenti alla cessazione del rapporto bisogna tener conto che il comma 65 dispone che, in caso di cessazione della convivenza, qualora uno dei conviventi versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, il giudice stabilisce il diritto di costui a ricevere dall'altro gli alimenti, i quali devono essere assegnati per un periodo proporzionale alla durata pregressa del rapporto. Secondo alcuni tale disposizione, evidenziando la natura pubblicistica degli interessi regolati, esclude la possibilità di una regolazione pattizia delle relazioni economiche postconvivenza, trattandosi di materia indisponibile. In conclusione quindi il contratto di convivenza non potrebbe regolare i rapporti economici tra conviventi per l'ipotesi di cessazione della convivenza, sia perché l'enunciato normativo sembra limitarne il contenuto alla regolazione

[28] Ovviamente l'art. 458 c.c. sbarra la strada a pattuizioni volte a regolare la successione ereditaria. Com'è noto, la giurisprudenza estende il divieto ai testamenti esecutivi di accordi, tra cui a quelli redatti in conformità a promesse di istituzioni di erede in cambio dell'impegno all'assistenza oppure al disbrigo delle faccende domestiche. Poiché dalla norma si ricava, altresì, una preclusione nei confronti della donazione "*mortis causa*" e di quella "*si premoriar*", non rimangono che i meccanismi indiretti quali il contratto a favore di terzi in generale ed in specie l'assicurazione sulla vita, oppure la costituzione di una rendita vitalizia, o ancora l'acquisto di immobile per quote di nuda comproprietà ed in usufrutto congiuntivo con patto di accrescimento in capo al superstite, eventualmente incrociando le quote di usufrutto e di nuda proprietà; così D. CORSARO, *La protezione* mortis causa *del convivente*, cit., 418, la quale, pur paventando la riconduzione al divieto dei patti successori, rammenta altresì che «nella prassi è stato elaborato un espediente di origine francese, noto come condizione *tontinaria* (c.d. acquisto *en tontine*), ove i conviventi in seno al contratto di compravendita di un immobile in comunione ordinaria, prevedono che, in caso di morte di uno di essi, la propria quota si accresca all'altro mediante l'utilizzo incrociato dello strumento della condizione. Ogni comproprietario acquisterebbe la propria quota sotto la condizione risolutiva del proprio decesso, mentre l'acquisto dell'altra metà sarebbe subordinato alla condizione sospensiva dell'eventuale premorienza dell'altro comproprietario». Più in generale l'A. rimanda a F.P. FESSIA, *La "tontina" ripercussioni successorie di una clausola statutaria e negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 11126.

dei rapporti patrimoniali pendente convivenza, sia per la natura pubblicistica, e quindi sottratta all'autonomia privata, degli interessi derivanti dal venir meno del rapporto di convivenza. Si tratta di una soluzione che non convince. I conviventi possono autonomamente regolare anche tale ipotesi, integrando il contenuto del contratto di convivenza; certamente l'autonomia incontra dei limiti, derivanti dai principi generali: non sono ammissibili sanzioni patrimoniali per il caso di cessazione unilaterale della convivenza, in quanto attraverso la disposizione sanzionatoria si potrebbero determinare restrizioni ingiustificate alla libertà personale; non si può prevedere una regolazione patrimoniale che determini nei confronti di un convivente un trattamento deteriore rispetto a quello previsto dal comma 65, che costituisce un livello di tutela minimo inderogabile. Non sembra invece che vi siano ostacoli ad accordi in contemplazione della possibile cessazione della relazione, quale la promessa di determinate prestazioni a favore del convivente ritenuto più debole, sempre che tali prestazioni costituiscano eque misure di soccorso a fronte del venire meno del sostegno economico fruito durante la convivenza o compensative di rinunce fatte durante la relazione e non disposizioni sanzionatorie restrittive della libertà personale. Una cosa è prevedere un assegno periodico o una attribuzione *una tantum* da riconoscere dopo l'interruzione della relazione, altra riprodurre in via negoziale misure sanzionatorie proprie della crisi coniugale, quale l'addebito, o prevedere la risoluzione di attribuzioni effettuate in pendenza della convivenza. In linea generale quindi deve ritenersi ammissibile regolare le prestazioni da effettuarsi dopo la fine della vita comune, tra l'altro non potendo qui neppure farsi valere le riserve avanzate nei confronti degli accordi prematrimoniali, essendo normativamente esclusa la parificazione con il matrimonio e quindi le limitazioni all'autonomia derivanti dal *favor matrimonii*. Le attribuzioni previste potranno valere sia per l'ipotesi di una cessazione volontaria della convivenza sia per l'ipotesi di una cessazione incidentale derivante dalla morte di uno dei conviventi, a ciò non ostando il divieto dei patti successori; l'evento produttivo dell'obbligazione non è infatti costituito dall'apertura della successione bensì dalla cessazione della convivenza, qualunque ne sia la causa, e deve trovare in essa la propria giustificazione, anche secondo criteri di ragionevole proporzionalità, seppur soggettiva, tra rapporto di convivenza e prestazione. È evidente che una regolazione convenzionale che discrimini tra l'ipotesi di una cessazione volontaria e quella di una cessazione della convivenza a causa di morte orienterebbe verso l'illiceità della clausola, riconducendola nell'ambito del divieto di regolazione contrattuale della successione *mortis causa*.

11. Successione del convivente e regime di comunione

Ulteriori effetti patrimoniali[29] collegati alla morte di uno dei conviventi possono aversi nel caso in cui gli stessi, nel contratto di convivenza, abbiano optato per regolare i loro rapporti patrimoniali adottando il regime della comunione legale; più precisamente per gli effetti derivanti dalla c.d. comunione *de residuo*, in virtù della quale lo scioglimento della convivenza, anche conseguente alla morte di uno dei conviventi, determina degli spostamenti patrimoniali tra gli stessi, secondo quanto previsto dal disposto delle lettere b) e c) dell'art. 177 c.c.. I frutti percepiti dei beni propri di ciascuno dei conviventi e i proventi dell'attività separata di ciascuno di essi, fino a quel momento costituenti beni "propri", cadono in comunione se non consumati al momento dello scioglimento della comunione, tra le cui cause è annoverata anche la morte di uno dei conviventi. La morte del convivente può realizzare quindi uno spostamento patrimoniale *inter vivos* tra i conviventi stessi. La disciplina della comunione *de residuo* potrebbe costituire un ulteriore utile strumento di regolazione delle relazioni tra conviventi per l'ipotesi dell'evento morte. Infatti se il convivente "forte" conserva separatamente, in tutto o in parte, i frutti e proventi citati, evitando di consumarli o investirli, e lasciandone evidente traccia per poterne ricostruire con sicurezza l'origine, il convivente superstite potrà avvalersi dell'attribuzione legale a suo favore, anch'essa sottratta a qualsiasi rilevanza nella definizione dei diritti spettanti agli eventuali legittimari. Lo stesso vale per i beni e gli incrementi dell'azienda di uno dei coniugi, secondo quanto previsto all'art. 178 c.c. Qualora si aderisca alla tesi, oggi prevalente, secondo la quale la comunione *de residuo* fa sorgere non un'immediata contitolarità dei beni in questione, ma un

[29] Per un'esposizione puntuale del regime patrimoniale in questione, tra gli altri, A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto della famiglia*, Padova, 2016; M. CAVALLARO, *La c.d. comunione de residuo fra garanzia dell'autonomia individuale e «vanificazione» dei fini della comunione*, 2005; A. BECCARA, *[Il regime legale]. I beni personali*, Milano, 2002, 149 ss.; E. SPITALI, *[Il regime legale]. L'oggetto*, Milano, 2002, 87 ss.; C. RIMINI, *Acquisto immediato e differito nella comunione legale fra coniugi*, Padova, 2001, T. AULETTA, *La comunione legale*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, II, Torino, 1999, 3 ss.; RUSSO, *L'oggetto della comunione legale e i beni personali. Artt. 177-179*, Milano, 1999; G. GABRIELLI - G. CUBEDDU, *Il regime patrimoniale dei coniugi*, Milano, 1997; P. DI MARTINO, *La comunione legale tra coniugi. L'oggetto*, Torino, 1997; C. RADICE, *La comunione legale tra coniugi. I beni personali*, Torino, 1997; L. BARBIERA, *La comunione legale*, Torino, 1996; R. CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, Milano, 1995; P. SCHLESINGER, *Della comunione legale*, Padova, 1992; C.M. BIANCA (cur.), *La comunione legale*, Milano, 1989; M. NUZZO, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi*, Milano, 1984; L. BARBIERA, *La comunione legale*, Bari, 1982; F.D. BUSNELLI, *La comunione legale nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, 32 ss.

credito dell'un convivente verso l'altro, non si potrebbe escludere la possibilità di una disposizione testamentaria che attribuisca al convivente superstite un bene a titolo di dazione in pagamento del credito conseguente agli effetti della comunione *de residuo*.

12. Considerazioni conclusive

Pur in assenza quindi di una previsione legale di diritti successori a favore del convivente superstite, la particolare natura del rapporto consente un ampio dispiegarsi dell'autonomia privata tale da colmare, almeno in parte, l'evidente disequilibrio con la posizione dei legittimari: l'insorgenza di obbligazioni naturali tra i conviventi, la possibilità di fissare contrattualmente i doveri di contribuzione ed altresì disporre tra conviventi attribuzioni patrimoniali anche per l'ipotesi di cessazione della convivenza, gli effetti della comunione *de residuo*, costituiscono tutti strumenti che, se sapientemente e cumulativamente utilizzati, possono consentire ai conviventi di predisporre un apparato di salvaguardia patrimoniale anche per il momento in cui uno di essi avrà cessato di vivere. Se mediante tali strumenti si può assicurare al convivente una tutela a rilevanza quantitativa, ulteriore strumento di cui il convivente può avvalersi è quello dell'inserimento nel testamento di disposizioni afflittive a carico degli altri eredi per condizionarne, incentivandoli, determinati comportamenti nei confronti del convivente superstite, ovviamente nei limiti di quanto disponibile e senza che tali disposizioni possano incidere sulle quote di riserva[30].

[30] «Stante il quadro normativo presentato, anche nella convivenza *more uxorio*, così come avviene, del resto, nella (legislativamente considerata) convivenza di fatto, […] la vera, completa, sistemazione degli interessi *post mortem* non potrà che essere rimessa al negozio *mortis causa*». Così G. BONILINI., *La successione mortis causa del convivente di fatto superstite*, cit., 840.

Patti prematrimoniali, divorzi privati e "multi-coniugalismo"

Marco Rizzuti
Assegnista di Ricerca, Università di Firenze

Il nuovo ruolo dell'autonomia privata in materia familiare, nel contesto di una società sempre più multiculturale, pone il tema della riconoscibilità di contratti prenuziali culturalmente connotati, come il *mahr* islamico. Non bastano risposte fondate sul mancato intervento del giudice nella crisi familiare, non più imprescindibile neanche a livello interno, ma occorrerà semmai basare il controllo di conformità all'ordine pubblico sul principio dell'eguaglianza di genere.

The new role of private ordering in family matters, in the context of an increasingly multicultural society, raises issues related to the enforceability of culture-specific prenuptial agreements, such as the Islamic mahr. *It's no longer possible to give answers having regard to the lack of a judicial intervention in the family breakdown, today no more essential neither in our law, but we need to rethink the* ordre public *control focusing on gender equality*.

Sommario: 1. Premesse. – 2. Questioni di ordine pubblico. – 3. Valutazioni conclusive.

1. Premesse

Nel recente passato l'avvento della modernità giuridica aveva fatto sì che il matrimonio cessasse di essere riguardato come una vicenda gestita essenzialmente dai poteri familiari interessati tramite procedimenti negoziali, per divenire il prodotto di un procedimento pubblicistico, controllato da autorità prima ecclesiastiche e poi statuali, comunque destinato a sfociare nella necessaria accettazione da parte dei nubendi di un regime giuridico eteronomo ed indisponibile[1]. L'odierna, sempre più evidente, crisi del monopolio statale sul diritto si traduce, però, anche in questo settore, in uno sviluppo di direzione

opposta, col riconoscimento del carattere extra-statuale del rapporto familiare, e quindi della sua irriducibilità ad istituzione ordinata a fini pubblicistici[2], che ha riaperto inevitabilmente le porte ad una ben maggiore esplicazione dell'azione ordinante dei privati interessati. Precipua esplicazione di tale fenomeno così tipicamente "postmoderno" sono dunque anche quegli accordi con cui viene elaborato un regime della crisi familiare frutto di autonomia negoziale e non più, o non solo, di etero-determinazione legale[3].

Si profila così la tendenza evolutiva verso un nuovo assetto, in cui non esiste più un'unica disciplina, di fonte statale, del rapporto matrimoniale e della sua crisi, ma possono coesistere soluzioni diverse, che trovano il loro fondamento negli ordinamenti cui diano vita i privati interessati. Tale prospettiva pluralistica si rivela di particolare importanza nel contesto di una società sempre più multiculturale, in cui anche i modelli familiari tendono a divergere radicalmente, rendendo sempre meno praticabile la *reductio ad unum* che il precedente

[1] Nell'*Ancien Régime* la costituzione del rapporto matrimoniale era l'esito di una pluralità di atti (*desponsatio* e *traditio*; *verlobung* e *trauung*; *εντελής μνηστεία* e *στεφάνωμα*; *zmówiny* e *zdawiny*), ordinati in un complesso procedimento privatistico i cui passaggi preliminari concorrevano a determinare la disciplina della situazione finale (cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio in occidente*, trad. it., Torino, 1989, 138-140; D. LOMBARDI, *Matrimoni di antico regime*, Bologna, 2001; G. CAZZETTA, *Letture*, in *Quad. Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, II, 631-639), sul presupposto comunemente accettato che tali negoziazioni sarebbero state condotte a prescindere dagli eventuali sentimenti dei nubendi, tanto che nelle pattuizioni in discorso potevano inserirsi pure i "*patti di trattamento*" finalizzati ad organizzare la vita della nuova famiglia, da quante volte si sarebbe andati a teatro all'eventuale facoltà della moglie di avvalersi di un cicisbeo (cfr. R. BIZZOCCHI, *Cicisbei: morale privata e identità nazionale in Italia*, Roma-Bari, 2008). Nel mondo postrivoluzionario delle codificazioni moderne, invece, tutta la vicenda viene ristrutturata come un procedimento amministrativo, che dalle pubblicazioni si svolge sino alla registrazione, e nel quale l'apporto dei privati interessati, che almeno idealmente sono solo i nubendi e sono mossi solo dal reciproco sentimento romantico, si concentra in un unico atto volto all'accettazione di una disciplina eteronoma, non suscettibile di essere derogata (art. 160 c.c.) né sottoposta a termini o condizioni (art. 108 c.c.), mentre le promesse precedenti sono prese in considerazione dal diritto soltanto per negarne la vincolatività (art. 79 c.c.) e quindi la negozialità.

[2] Il riferimento di fondo è alla "naturalità", cioè originaria estraneità al diritto positivo statuale, del rapporto familiare, per come riconosciuta dall'art. 29, comma 1, Cost.: cfr., per tutti, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, e M. PARADISO, *La comunità familiare*, Milano, 1984.

[3] I diversi profili del tema sono ampiamente analizzati nei contributi raccolti in questo Volume, per cui ci sembra superfluo fornire in questa sede una bibliografia al riguardo; per le opinioni in proposito dell'autore di queste righe si può vedere M. RIZZUTI, *Patti successori prematrimoniali*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele*, Mantova, 2017, II, 187-209.

assetto presupponeva: la dottrina americana parla a questo proposito di "*multi-conjugalism*" e sottolinea la necessità di un passo indietro dello Stato in favore del "*social ordering*" dei privati[4].

Da questo punto di vista assume centrale rilevanza la problematica rappresentata da quei peculiari patti prematrimoniali che caratterizzano le culture con cui ci pone in crescente contatto il fenomeno migratorio, e che potranno quindi proporre anche da noi complesse questioni di *enforceability* e di compatibilità con l'ordine pubblico. Intendiamo riferirci nello specifico al *mahr* della tradizione giuridica islamica, un contratto "alieno"[5] di vasta diffusione negli ordinamenti con cui l'immigrazione ci pone in relazione, che ha già suscitato ampi dibattiti nei Paesi di più antica esperienza migratoria, e sembra destinato a suscitarli anche in quelli, come il nostro, dove la vicenda è più recente[6].

[4] Il riferimento è alla prospettiva adottata da J.A. NICHOLS (a cura di), *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge MA, 2012. Ad un lettore italiano risulta evidente la vicinanza sostanziale della prospettiva pluralistica del *social ordering*, che è sviluppata da quasi tutti i contributi ivi raccolti, alla teoria ordinamentale romaniana, benché quest'ultima non venga mai richiamata nel volume in discorso: d'altronde il mancato riferimento non può nemmeno stupire più di tanto, se si considera che la prima traduzione in lingua inglese che la avrebbe resa concretamente accessibile ai *common lawyers* ha visto la luce solo cinque anni più tardi (SANTI ROMANO, *The legal order*, trad. ingl., London, 2017).

[5] Alludiamo alla fortunata formula proposta da G. DE NOVA, «The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy»: *il contratto alieno*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 3 ss.; nonché ID., *Il contratto alieno*, Torino, 2008; ID., *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 15-21.; ID., *Il contratto alieno e le norme materiali*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 25-29; ID., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; ID., *The alien contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 487 ss. Cfr. anche A. GENTILI, *A proposito di De Nova: «Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno»*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 133 ss.; F. SARTORI, *Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato*, in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, 2745 ss.; P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (Cesl)*, *ibidem*, 2819 ss.; nonché, con specifico riferimento alla materia matrimoniale A. FUSARO, *Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?*, in *Riv. not.*, 2013, 859 ss.

[6] Il tema si è presentato all'attenzione dei giuristi in molti ordinamenti europei: cfr. M. DIAGO DIAGO, *La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol*, in *Annales droit Louvain*, 2001, 407 ss.; R. MEHDI, *Danish law and the practice of mahr among Muslim Pakistanis in Denmark*, in *International Journal of the Sociology of Law*, 2003, 115-129; M. JINDANI, *The Concept of Mahr (Dower) in Islamic Law: The Need of Statutory Recognition by English Law*, in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, 2004, 219-227; W. WURMNEST, *Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht*, 2005, 1878-1885; ID., *Die Mär von der mahr - Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales*

Per chiarire la struttura dell'ipotesi occorre anzitutto ricordare come presso le genti semitiche della penisola arabica il matrimonio stesso avesse in origine una natura prettamente contrattuale, trattandosi in buona sostanza della alienazione della donna da parte del padre, o di altro soggetto titolato a disporne (in arabo *wali*), in favore del marito: il termine *mahr* indicava quindi, in tale contesto, semplicemente il prezzo che quest'ultimo doveva versare all'alienante[7]. La legge coranica, che per l'epoca aveva carattere progressivo[8], lo trasformò poi

Privatrecht, 2007, 527-558; M. SAYED, *The Muslim Dower (Mahr) in Europe -With special reference to Sweden*, in K. BOELE-WOELKI - T. SVERDRUP (a cura di) *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp-Oxford, 2008, 187 ss.; C. JONES-PAULY, *Marriage contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the recognition of mahr contracts in German law*, in A. QURAISHI, F.E. VOGEL (a cura di), *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge MA, 2008, 299-330; N. YASSARI, *Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions - und Sachrecht*, in *IPrax*, 2011, 63 ss.; A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, London, 2011, 67 ss.; K. SPENCER, *Mahr as Contract: internal pluralism and external perspectives*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, v. 1, n. 2; I. SPORTEL, *"Because it's an Islamic Marriage" Conditions upon marriage and after divorce in transnational Dutch-Moroccan and Dutch-Egyptian marriages*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, v. 3, n. 6; N. YASSARI, *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht*, Tübingen, 2014; U. GÜNTHER, M. HERZOG, S. MÜSSIG, *Researching Mahr in Germany: A Multidisciplinary Approach*, in *Review of Middle East Studies*, 2015, 23-37.

[7] Uno sviluppo per certi aspetti analogo si può riscontrare negli sviluppi del diritto familiare degli antichi popoli germanici: in origine il matrimonio consisteva in un contratto di compravendita del *mundium* sulla donna, alienato dal padre ed acquisito dal marito, ma in seguito il prezzo si trasformò nella costituzione da parte dell'uomo di un patrimonio destinato al soddisfacimento dei bisogni familiari e poi al mantenimento della vedova o della divorziata. Pertanto, i Romani, presso i quali la *coemptio* della *manus* sulla moglie era scomparsa in età arcaica e la regola era rappresentata dal matrimonio *sine manu* e dal sistema dotale, osservavano che invece presso tali genti «*dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*» (TACITO, Germania, 18). Qualche secolo dopo, il diritto comune avrebbe elaborato una sorta di sintesi degli schemi romanistici e germanistici, con contratti nuziali in base ai quali il marito doveva incrementare l'entità della dote, versando la cosiddetta controdote (francese: *douaire*; inglese: *dower*; tedesco: *wittum*; greco: *ὑπόβολον*): cfr. G.B. DE LUCA, *De dote, lucris dotalibus, et alijs dotis appenditijs*, Roma, 1670; P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, 56 ss.; D.O. HUGHES, *From Brideprice to Dowry in Mediterranean Europe*, in *Journal of Family History*, 1978, 262-296; J. GOODY, *Famiglia e matrimonio in Europa*, trad. it., Roma-Bari, 1991, specie 281 ss. Del resto, qualcosa di simile sembra essere avvenuto più di recente in Pakistan, dove è dato riscontrare a volte una sorta di mescolamento fra *mahr* islamico e dote indù (cfr. R. MEHDI, *Danish law and the practice of mahr among Muslim Pakistanis in Denmark*, 121).

[8] Si pensi, ad esempio, anche all'ipotesi della poliginia, la cui ammissibilità, illimitata nell'Arabia preislamica pagana, con l'avvento dell'Islam venne invece limitata, sulla base del modello fornito dalla tradizione giuridica ebraica (cfr. *Talmud*, *Yebamoth*, 65a), con l'introduzione del numero massimo di quattro spose e con l'obbligo di un eguale trattamento, morale e materiale, delle stesse (cfr. Corano, 4.3).

in un importo da pagare alla donna stessa, ed in un possibile strumento di tutela della sua posizione. Si trattava, infatti, di un'attribuzione patrimoniale, spesso di significativo rilievo economico, di cui il contratto nuziale prevedeva un versamento ripartito in due fasi: una prima quota al momento dello sposalizio ed una seconda, spesso più sostanziosa, in un tempo successivo. Normalmente tale ulteriore momento coincideva con lo scioglimento del matrimonio, per morte o per divorzio, e quindi il pagamento del *mahr* poteva, nel primo caso, compensare la debolezza della posizione ereditaria della vedova, in una società in cui peraltro era molto più frequente la premorienza del marito date le forti differenze di età tra i nubendi, oppure, nel secondo caso, rimediare alla sostanziale assenza di un obbligo di mantenimento in favore della donna divorziata[9], oltre che rappresentare un disincentivo economico ad un esercizio disinvolto ed immotivato del potere di ripudio unilaterale di spettanza del marito[10]. Alla donna, invece, non era di regola riconosciuto alcun potere di ripudio[11], ed anche le possibilità di ottenere lo scioglimento del vincolo in sede giudiziale erano limitatissime, ma, restituendo la quota di *mahr* ricevuta al tempo delle nozze e rinunziando a quella ancora da riscuotere, ella poteva "riscattarsi" ed accedere quindi ad un divorzio relativamente più agevole. Inoltre, il contratto nuziale poteva prevedere un diverso momento per il versamento della seconda quota del *mahr*, o anche rimettere alla moglie la scelta di quando richiederla: in tal modo, ella otteneva uno strumento di pressione economica con cui incidere sulle scelte rimesse al potere discrezionale del capofamiglia e poteva, ad esempio, disincentivare la scelta di prendere una seconda, o ulteriore, moglie, di per sé inattaccabile in un ordinamento che ammetta la poligamia[12].

[9] Nel diritto islamico classico un obbligo di mantenimento a carico del marito ripudiante sussiste solo con riferimento a quel periodo, detto *iddat*, in cui alla moglie ripudiata non è consentito di risposarsi onde evitare rischi di *turbatio sanguinis*, e cioè per circa tre mesi, ovvero sino alla data del parto se al momento del ripudio la donna era incinta.

[10] Nel diritto islamico classico al marito è sufficiente pronunziare tre volte la formula del *talaq*, cioè "divorzio da te", per sciogliere il vincolo matrimoniale, senza alcuna necessità di motivazione o di intervento giudiziale. Si tratta di un istituto che ricorda senz'altro il più antico assetto del ripudio nella legge mosaica (*Deuteronomio* 24,1-4), ma si potrebbe ipotizzare anche un confronto con i meccanismi di libera dissolubilità del matrimonio tipici del diritto romano classico (su cui cfr. P. GIUNTI, Consors vitae. *Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, e U. AGNATI, *Profili giuridici del* repudium *nei secoli IV e V*, Napoli, 2017).

[11] Si tratta comunque di una regola eventualmente derogabile, in quanto il marito può concedere alla moglie il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo, come talvolta viene stipulato nello stesso contratto nuziale.

[12] In età medievale, nell'Andalusia musulmana e nell'Egitto mamelucco pare che un accorto utilizzo di questo genere di pattuizioni avesse consentito alle donne, o almeno a quelle di

È stato osservato che in quei sistemi giuridici in cui sono stati introdotti più moderni istituti di tutela della posizione della donna (compartecipazione alle decisioni familiari, eguaglianza successoria, reversibilità, abolizione del ripudio e della poligamia, mantenimento in caso di divorzio, etc.) il *mahr* ha perso l'originaria funzione sociale che lo caratterizzava, per cui il suo importo si è di solito ridotto nella prassi a prestazioni di valore simbolico, destinate ad adempiere in forma cerimoniale quello che rimane pur sempre un dovere religioso connesso alle nozze, mentre, laddove siano rimaste, o tornate, in vigore le antiche regole, la prassi contrattuale ha continuato, o ha ripreso, a vedere la stipulazione di importi economicamente ben più significativi[13].

---

determinati ceti sociali, di rafforzare notevolmente la loro posizione nelle relazioni coniugali, tanto da destare le reprimende dei religiosi più conservatori contro la diffusione di tali prassi (cfr. M.H. FADEL, *Political liberalism, Islamic family law, and family law pluralism*, in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, cit., 178-180). Qualche secolo dopo, nel contesto semicoloniale dell'Egitto ottocentesco, l'occidentalizzazione dei costumi familiari delle *élites* dirigenti sarebbe passata anche per un ampio utilizzo dei contratti nuziali al fine di disincentivare la poligamia, pure in tal caso non senza suscitare le critiche degli ambienti religiosi (cfr. K. CUNO, *Modernizing Marriage, Family, Ideology, and Law in Nineteenth - and Early Twentieth - Century Egypt*, Syracuse NY, 2015).

[13] Storicamente tale sviluppo ha riguardato le *ketubot* ebraiche, che in origine assolvevano alle medesime funzioni dei contratti islamici di *mahr*: fra gli Ashkenaziti i bandi del rabbino Ghershom ben Judah di Magonza attorno all'Anno Mille proibirono il ripudio (in ebraico *ghet*), in assenza di gravi colpe o di consenso della moglie, ed abolirono la poligamia, per cui col tempo la stipulazione della *ketubah* si è ridotta ad un mero rituale religioso da effettuare al momento delle nozze, senza rilievo economico né conseguenze giuridiche (M.J. BROYDE, *New York's regulation of Jewish marriage: covenant, contract, or statute?*, in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, cit., 140-144); al contrario fra i Sefarditi, non soggetti a tale bando, essa ha mantenuto tutta la sua rilevanza (cfr. R. LAMDAN, *A Separate People: Jewish Women in Palestine, Syria and Egypt in the Sixteenth Century*, Leiden, 2000, 139-157; C. GALASSO, *«La moglie duplicata». Bigamia e levirato nella comunità ebraica di Livorno (secolo XVII)*, in S. SEIDEL MENCHI - D. QUAGLIONI (a cura di), *Trasgressioni. Seduzione, concubinato, adulterio, bigamia (XIV-XVIII secolo)*, Bologna, 2004, 417-441). Di recente vicende analoghe si sono verificate in Iran: nel periodo delle modernizzazioni imposte dagli Scià Pahlavi il *mahr* si era ridotto ad un valore meramente simbolico e religioso, potendo consistere, ad esempio, nel dono di un Corano al momento delle nozze, mentre dopo la Rivoluzione Islamica del 1979 ha nuovamente assunto una funzione socio-economica ben più rilevante ed ha quindi sovente ad oggetto importi patrimoniali di tutto rilievo (M. SAYED, *The Muslim Dower (Mahr) in Europe -With special reference to Sweden*, cit., 195). Ad oggi appare assolutamente peculiare la posizione di numerose famiglie migranti la cui esistenza transnazionale si svolge a cavallo fra due mondi, in uno dei quali vigono i principi occidentali di eguaglianza tra i sessi, mentre nell'altro sono ancora di fondamentale utilità queste antiche forme di tutela contrattuale nei confronti di un assetto legale delle relazioni familiari nettamente anti-egualitario.

2. Questioni di ordine pubblico

Venendo dunque al caso in cui contratti di questo genere vengano stipulati nell'ambito di famiglie migranti, si pone il problema di valutare se ed in quali termini debba essere ammessa, dal punto di vista del nostro ordinamento, un'azione promossa ai fini del loro adempimento: al riguardo si possono presentare almeno tre ordini di questioni. Potrebbe sostenersi che la connessione di tali pattuizioni con l'idea originaria di un matrimonio per compravendita travolga tutta la vicenda, rendendo impossibile il riconoscimento tanto del matrimonio stesso quanto dei contratti ad esso collegati. Superata eventualmente questa prima obiezione, potrebbe venire in rilievo la stretta connessione fra l'adempimento del patto in questione ed un divorzio rimesso all'esercizio di un potere privato unilaterale, giacché l'ipotetica azione verrebbe promossa con ogni probabilità proprio al momento della crisi familiare, per cui all'inammissibilità del riconoscimento di siffatto scioglimento del vincolo seguirebbe anche quella del correlato negozio. Infine, ammesso e non concesso che entrambe le questioni pregiudiziali non siano risolte negativamente, si potrebbe entrare nel merito circa la *enforceability* e la compatibilità con l'ordine pubblico del contratto di *mahr*, in sé e per sé considerato.

Quanto alla prima delle questioni prospettate, a venire in rilievo è essenzialmente un problema di rapporto tra forma e sostanza dell'istituto matrimoniale. Com'è noto, di quelli che erano i tradizionali requisiti di esistenza del coniugio, oggi, con ogni probabilità, può considerarsi ancora davvero imprescindibile solo il consenso, implicando gli altri semmai questioni di validità[14], e sembra invero assai difficile revocare in dubbio che il necessario ricorrere del consenso di entrambi i nubendi sia indispensabile per la riconoscibilità di un matrimonio come tale. Ciò non comporta però il contrasto insanabile con l'ordine pubblico di un matrimonio effettivamente voluto da entrambi gli sposi, ma formalizzato sulla base di una legge straniera in documenti che tale consenso non riportino: la nostra giurisprudenza ha già avuto modo, ad altri fini, di ammettere la riconoscibilità

[14] La nostra tradizione giuridica conosce, invero, una tralatizia definizione dei requisiti di esistenza del matrimonio, identificati nei tre elementi del consenso, della celebrazione e della diversità di sesso (cfr., per tutti, K.S. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da C. CROME e tradotto in italiano da L. BARASSI, Milano, 1907-1909, I, § 126, e III, §§ 419, 421), oggi messa a dura prova dal sempre più ampio riconoscimento della rilevanza giuridica dei rapporti familiari instaurati a livello meramente fattuale e di quelli omosessuali (cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Inesistenza e invalidità del matrimonio nella più recente giurisprudenza italiana*, in *Actualidad Jurìdica Iberoamericana*, 2015, 3-*ter*, 20-31).

di siffatti rapporti facendo leva sulla attuale volontà di avvalersene manifestata dal coniuge, o dai coniugi, il cui iniziale consenso non constava negli atti in questione[15]. Al contrario, a fronte di un matrimonio davvero forzato, ancorché magari formalizzato con la dichiarazione di un consenso estorto, il controllo sulla compatibilità con l'ordine pubblico potrebbe forse anche andare oltre lo schermo formale e le attuali tutele codicistiche, *de jure condito* abbastanza limitate[16]. Se si condivide questo approccio, viene meno la possibilità di dedurre solo dalla pattuizione del *mahr*, in quanto formalizzazione di un arcaico prezzo della sposa, che però da secoli non è più tale, l'irriconoscibilità del matrimonio, come del resto accade anche con riguardo ad altri aspetti della ritualità nuziale che pure riflettono pratiche certo non più ammissibili[17].

---

[15] La prassi giuridica italiana, dovendosi confrontare con il problema della trascrivibilità degli atti di matrimonio che in molti Paesi islamici vengono redatti non come dichiarazioni di volontà degli sposi bensì soltanto come dichiarazioni di scienza dei testimoni, non li ha configurati come giuridicamente inesistenti ma ne ha ammesso la trascrizione (Trib. Treviso, 9 maggio 2011, in *Dir. fam*., 2011, 1787), purché questa venga esplicitamente richiesta da entrambi i coniugi, così da far comunque salvo il principio della necessità del consenso dell'una e dell'altra parte (MIN. INTERNI, Circolare 13 ottobre 2011, n. 25). Una pronunzia del Trib. Napoli, a quanto consta inedita, è arrivata persino a riconoscere il rilievo, ai fini del ricongiungimento familiare, di un contratto nuziale saudita espressamente configurato come acquisto della moglie (cfr. *Corriere del Mezzogiorno*, 18 marzo 2016). *A fortiori*, non ci sembrerebbe di per sé contrario all'ordine pubblico un atto di matrimonio da cui risultino non solo i consensi degli sposi ma anche gli eventuali assensi dei genitori, magari secondo una disciplina analoga a quella che da noi vigeva fino al 1975 per le nozze contratte prima del ventunesimo anno di età.

[16] Invero, il nostro art. 122 c.c., in base al quale un solo anno di coabitazione preclude l'azione di annullamento del matrimonio per violenza o timore di eccezionale gravità (cfr. E. PEREGO, *La libertà del consenso nel matrimonio civile*, Milano, 1983) non appare certo come uno strumento dei più efficaci, specie nel confronto con le iniziative assunte da altri Paesi europei: in Francia gli artt. 5 e 6 della *loi, 5 avril 2006, n. 81*, hanno elevato il termine decadenziale a cinque anni ed esteso la legittimazione ad impugnare il matrimonio forzato anche al pubblico ministero; in Gran Bretagna il *Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007* e poi l'*Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014, secc*. 120, 121 e 122, dando seguito agli auspici espressi dal Consiglio d'Europa con la Risoluzione 1468 del 2005, e con gli artt. 32 e 37 della Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011, hanno introdotto specifiche previsioni volte al contrasto ed alla repressione penale del fenomeno. Non riterremmo però da escludere che, anche *de jure condito*, si possa ipotizzare di far leva sulla qualificazione del consenso come requisito di esistenza del coniugio per sottrarre le ipotesi di più pesante forzatura (quando ad esempio le famiglie non si siano limitate a combinare il matrimonio, ma abbiano fatto uso della violenza fisica per costringervi i nubendi) alla sanatoria di cui all'art. 122 c.c. e, quanto alle fattispecie realizzatesi all'estero, per sostenerne una radicale incompatibilità con l'ordine pubblico.

[17] Il punto può forse essere meglio illustrato facendo riferimento alle vicende storiche di alcuni dei nostri riti nuziali. Nell'Italia medievale, anche nel caso di matrimoni effettivamente voluti da entrambi gli sposi, se costoro professavano di vivere *lege Langobarda*, la formalizzazione delle

Diventa quindi possibile passare all'esame della seconda delle questioni prospettate. Sino a pochi anni fa la risposta sarebbe stata abbastanza agevole, nel senso del sicuro contrasto con l'ordine pubblico di un divorzio conseguente al mero esercizio di un potere privato. La nostra tradizione giuridica, infatti, anche dopo aver abbandonato, non senza difficoltà, il postulato dell'indissolubilità del matrimonio, vedeva ad ogni modo nel divorzio il rimedio eccezionale ad una situazione di crisi familiare, che poteva essere accordato solo dal giudice statale, previa verifica di determinati presupposti, e senza che la volontà dei coniugi fosse comunque sufficiente per disporre del vincolo: da tale concezione, riguardata per l'appunto alla stregua di un principio di ordine pubblico, era sempre derivata la netta contrarietà al riconoscimento non solo, a prescindere dalle posizioni dell'uno o dell'altro coniuge, dei ripudi islamici ma anche dei divorzi privati previsti dagli ordinamenti socialisti[18-19]. Ad oggi, però, il quadro

---

nozze doveva avvenire secondo un arcaico rituale che simboleggiava la vendita del *mundium* sulla donna dal padre al marito: tale tensione fra costumi e diritto emergeva dalle formule notarili, in cui una manifestazione delle volontà dei nubendi, che può ricordarci il matrimonio moderno, compariva solo nelle premesse dell'atto, e veniva seguita dalla parte giuridicamente essenziale dello stesso, le cui parti erano invece il mundoaldo e lo sposo (cfr. F. BRANDILEONE, *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia*, Milano, 1906, 356-357). Qualcosa di una simile trasformazione della forma giuridica in mero simbolo è arrivato sino a noi: basti pensare a come il rito dell'inanellamento sia derivato dalla *subharratio cum anulo* degli sponsali fenici e poi greco-romani, una vera e propria caparra che il promissario acquirente era solito dare al promittente venditore utilizzando un monile muliebre, che in caso di regolare esecuzione del contratto, con la *traditio* della donna ed il pagamento del prezzo, sarebbe tornato al marito insieme con la moglie acquistata, mentre in ipotesi di inadempimento sarebbe andato perduto o avrebbe dovuto essere restituito in duplum secondo le regole generali (*ibidem*, 401-433). Del resto, l'uso romano, e poi italiano, di prendere in braccio la moglie sulla soglia della nuova casa deriverebbe addirittura da un ancora più arcaico matrimonio per ratto (cfr. FESTO, *De verborum significatione*, sub voce *Rapi*; J.F. MCLENNAN, *Studies in Ancient History: comprising a reprint of Primitive Marriage. An Inquiry into the Origin of the Form of Capture in Marriage Ceremonies*, London, 1886, 9-49), una cui ritualizzazione più evidente, con la sposa che deve pure simulare una certa resistenza per mettere alla prova la prestanza dello sposo, rappresenta tuttora presso certi popoli la forma corrente di celebrazione delle nozze (cfr. R.H. BARNES, *Marriage by Capture*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 1999, 57-73; C. PLEASANCE, *Inside the «traditional» tribal wedding that still take place in Kenya*, in *Daily Mail Online*, 10 dicembre 2014).

[18] Alcuni dei casi più risalenti dimostrano come del tutto centrale nell'argomentazione delle nostre Corti fosse il problema del controllo pubblicistico sullo scioglimento del matrimonio, più che la tutela della moglie ripudiata: Cass., 17 marzo 1955, n. 789, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1654 ss., sancì la contrarietà all'ordine pubblico di un ripudio sovietico, pronunziato dunque nel contesto di un ordinamento che riconosceva ad entrambi i coniugi il potere di sciogliere liberamente con un atto privatistico il vincolo matrimoniale; Trib. Milano, 21 settembre 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, 403 ss., rigettò la richiesta di riconoscimento dello stato libero, conseguente

appare significativamente diverso, in quanto il nostro ed altri ordinamenti europei hanno introdotto forme di divorzio stragiudiziale consensuale, in cui è dunque proprio la volontà dei privati ad essere abilitata a disporre negozialmente del vincolo[20], mentre, a ben vedere, anche il procedimento contenzioso si fonda ormai sul presupposto dell'intollerabilità soggettiva della convivenza per uno dei coniugi, cioè nella sostanza su di una manifestazione di volontà non sindacabile nel merito[21]. Diviene quindi certamente piuttosto problematico continuare ad

---

all'intervenuto ripudio iraniano, che era stata presentata dalla moglie; A Roma, 9 luglio 1973, in *Dir. fam*., 1974, 653 ss., rifiutò di riconoscere il ripudio in un caso in cui era stato su richiesta della moglie italiana che il marito egiziano lo aveva pronunziato. Si vedano, anche per ulteriori riferimenti, A. GALOPPINI, *Il ripudio e la sua rilevanza nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fam*., 2005, 969 ss., e C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2008, 43 ss., specie 63-66.

[19] Sia consentito illustrare la comune percezione della contrapposizione fra ripudio stragiudiziale orientale e divorzio giudiziale occidentale con le ingenue parole dell'archetipo letterario della donna che spera di trovare nel diritto del suo nuovo paese le tutele che quello della sua patria rinnegata le rifiutava: «Si sa che aprir la porta e la moglie cacciar per la più corta qui divorziar si dice. Ma in America questo non si può… Là un bravo giudice serio, impettito dice al marito: "Lei vuol andarsene? Sentiam perché" "Sono seccato del coniugato!" E il magistrato: "Ah, mascalzone, presto in prigione!"» (G. PUCCINI - G. GIACOSA - L. ILLICA, *Madama Butterfly*, Milano, 17 dicembre 1904, atto II).

[20] Il riferimento è, naturalmente, agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure di "degiurisdizionalizzazione", convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base ai quali la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la modifica delle relative condizioni, possono prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, oppure di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile: cfr., per tutti, S. PATTI, *The privatization of the divorce in Italy*, in *Familia*, 2017, 2, 155 ss. Altri Stati europei che conoscono forme di divorzio privato sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Romania, Lettonia, Estonia (cfr. G. BUFFONE, *La Corte di Giustizia sui 'divorzi privati'*, in *www.ilcaso.it*, 3 gennaio 2018). Ci sembra significativo osservare come la diffusione dei divorzi privati, e perciò "facili" e "rapidi", sia dipesa anche dalla concorrenza tra gli ordinamenti europei: com'è noto, la nostra degiurisdizionalizzazione ha fatto seguito alla presa d'atto della sempre più ampia diffusione della prassi di prendere residenze più o meno fittizie in altri Paesi comunitari, allo scopo di ottenere il divorzio consensuale senza attendere i tempi della giustizia italiana, grazie anche all'assistenza di agenzie professionalmente dedite a tali attività. Poco dopo sono stati ridotti pure i tempi del divorzio con la l. 6 maggio 2015, n. 65, e persino l'ordinamento canonico ha introdotto con il *Motu proprio* "*Mitis Judex Dominus Jesus*", 15 agosto 2015, quello che a livello giornalistico è ormai noto come "l'annullamento breve".

[21] Tale interpretazione dell'art. 151 c.c. è ormai sostanzialmente pacifica: cfr., *ex multis*, Cass., 29 aprile 2015, n. 8713, in *www.altalex.com*, in cui si spiega il concetto di intollerabilità della convivenza in termini di «fatto psicologico squisitamente individuale»e di «disaffezione al matrimonio di una sola delle parti». Nell'analisi comparatistica si parla di una generale tendenza al passaggio da un primo modello di divorzio ammesso solo come sanzione per l'inadempimento ai doveri coniugali, ormai abbandonato da tutti i Paesi europei, ad uno successivo di divorzio

affermare che il divorzio privato sia in quanto tale sempre incompatibile con l'ordine pubblico: di recente il dubbio è stato sottoposto ai giudici europei da quelli di uno Stato che tale istituto non conosce, ma la sentenza ha evitato di pronunziarsi sul merito della questione, ritenuta estranea all'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari in materia di separazione e divorzio[22]. Se dunque non può più essere, *a fortiori* dal punto di vista dell'ordinamento italiano che è fra quanti prevedono il divorzio degiurisdizionalizzato, la mera natura privata di un divorzio straniero a comportarne l'irriconoscibilità, anche il tema del ripudio islamico andrà affrontato diversamente[23], ed il profilo centrale dovrà piuttosto essere rappresentato dal principio dell'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi[24], con cui sembra in radicale contrasto una

no-fault come rimedio conseguente all'accertamento giudiziale di una crisi del rapporto, che a J. Carbonnier appariva però già troppo simile ad un ripudio incompatibile con i valori occidentali, ed infine ad un divorzio *on demand*, rimesso cioè alla mera volontà delle parti, da esprimere in sede giudiziale o stragiudiziale, diffusosi a partire dalla riforma svedese del 1973, adottata anche per l'influsso che sui socialisti scandinavi esercitava il modello sovietico (cfr. M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp - Oxford, 2006, specie 315-342).

[22] Il riferimento è a Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, C-372/16, *S. Sahyouni c. R. Mamisch*, secondo la quale: «l'articolo 1 del regolamento (UE) n. 1259 del 2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale va interpretato nel senso che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, non ricade nella sfera di applicazione *ratione materiae* di detto regolamento». La questione era stata sollevata dall'*Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera, di fronte al caso di una famiglia immigrata dalla Siria, ove vige il ripudio islamico, in Germania, dove non è prevista nessuna forma di divorzio privato. Siffatto esito della vicenda potrebbe generare peraltro, come effetto collaterale, dei significativi dubbi sulla circolazione a livello europeo dei divorzi degiurisdizionalizzati, ivi compresi quelli italiani.

[23] Tra le pronunzie italiane che hanno affrontato il tema dopo l'entrata in vigore della degiurisdizionalizzazione si possono vedere A Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 1029 ss., con nota di VANIN, e A Roma, 12 dicembre 2016, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 347 ss., con nota di VIRGADAMO, che, in accoglimento di quanto sostenuto dalle mogli ripudiate, hanno entrambe negato la riconoscibilità di sentenze straniere che avevano accertato, sulla base delle norme islamiche, l'avvenuto ripudio, e che sono state ritenute in contrasto con l'ordine pubblico soprattutto in ragione dell'impossibilità per le donne interessate di esercitare il diritto di difesa nell'ambito dei relativi procedimenti. L'esito è condivisibile, ma convince assai meno il richiamo tralatizio che troviamo nella seconda pronunzia ad un principio di dissolubilità del matrimonio solo in seguito all'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare, che è evidentemente smentito dalle norme introdotte nel 2014, in base alle quali lo scioglimento consensuale del vincolo può benissimo aversi anche in mancanza di un siffatto accertamento da parte di qualsivoglia autorità.

[24] Il riferimento è, naturalmente, all'art. 29, comma 2, Cost. In origine la norma era una

disciplina in cui il coniuge forte ha un potere unilaterale pressoché illimitato di scioglimento privato del vincolo, mentre l'altra parte ha solo limitate possibilità di accedere ad un divorzio, di regola comunque giudiziale[25]. In effetti, anche nell'ordinanza che ha recentemente rimesso la questione in sede comunitaria tale aspetto del problema assumeva notevole importanza, e veniva tratteggiata una possibile distinzione tra le ipotesi di ripudio accettato, e quindi nella sostanza consensuale[26], eventualmente riconoscibili, non assumendo dunque la natura privata dello scioglimento un valore dirimente, ed ipotesi di mera imposizione da parte del solo marito, come tali inaccettabili: abbiamo già

---

specificazione del più generale principio di eguaglianza «senza distinzione di sesso» di cui all'art. 3 Cost., o meglio un'attenuazione dello stesso, che in ambito coniugale avrebbe dovuto tollerare limiti, imposti «a garanzia dell'unità familiare» e capaci di svuotarne la portata (cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Il governo della famiglia*, in *Iustitia*, 1953, 377 ss.; F. CARNELUTTI, *La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ*., 1961, 115 ss.; G.B. FERRI, *Le "eguaglianze" tra coniugi*, in AA.VV., *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, 335-347), Oggi occorre considerare che, da una parte, tali limiti sono sostanzialmente scomparsi con la riforma del 1975 mentre la loro eventuale reintroduzione risulterebbe con ogni probabilità in contrasto con una lettura evolutiva della stessa Carta costituzionale, alla luce anche delle Convenzioni internazionali in materia di diritti umani, e che, dall'altra parte, in considerazione di quel medesimo quadro di valori, ci sembrerebbe di dover ritenere vigente un principio di eguaglianza morale e giuridica nelle relazioni familiari anche quando riguardino le coppie omosessuali, in cui l'ipotetica diseguaglianza non costituirebbe anche una discriminazione in base al sesso. Alla luce di tale ultima considerazione andrebbe, ad esempio, esclusa l'ammissibilità dei patti dotali nell'ambito di un rapporto di unione civile o di convivenza di fatto, anche se l'art. 166-*bis* c.c., che li vieta nel matrimonio, ricade fra quelle norme il cui mancato richiamo da parte di un legislatore approssimativo ha reso inapplicabili, almeno in via diretta, all'unione di cui alla prima parte della l. 20 maggio 2016, n. 76, dove l'art. 1, comma 20, esclude che il rinvio generale alle disposizioni sul coniugio valga anche per quelle codicistiche in mancanza di un esplicito riferimento, mentre la seconda parte della legge è del tutto silente al riguardo per ciò che attiene alle convivenze di fatto.

[25] Nell'odierno contesto sociale sembrerebbe altrettanto inammissibile anche un'ipotetica discriminazione al contrario, per cui alla donna, in quanto parte sostanzialmente debole, sia consentito un divorzio libero, senza necessità di allegare una giusta causa, come era stato proposto nel Settecento da alcuni autori illuministi (cfr. R. PHILLIPS, *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, New York, 1988, 171) e poi in una prima bozza, mai approvata, di quell'art. 43 della *Constitución de la República Española* del 9 dicembre 1931, che rappresentò comunque uno dei pochi casi di esplicita tutela a livello costituzionale del diritto al divorzio (cfr. M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, cit., 250, nt. 116).

[26] Troviamo qui di nuovo un problema di rapporto tra sostanza e forma. Può essere utile richiamare in proposito la soluzione della giurisprudenza italiana che ritiene riconoscibili i divorzi israeliani benché formalmente si incentrino sul *ghet* emesso dal marito, in quanto tale atto rituale è ammissibile, e diviene anzi obbligatorio, solo in seguito all'autorizzazione del tribunale

visto, però, come i giudici europei abbiano preferito non entrare nel merito[27]. A nostro avviso, tuttavia, questa non è l'unica né la più produttiva delle distinzioni potenzialmente utilizzabili.

È noto che, in termini generali, il controllo sulla compatibilità con l'ordine pubblico non investe tanto la struttura in astratto degli istituti previsti da un ordinamento straniero, nel quale essi rimangono ovviamente in vigore quale che ne sia l'esito, quanto piuttosto l'ammissibilità dell'effetto in concreto che dall'operare di tali istituti si voglia far derivare nel nostro ordinamento[28], e che peraltro tale controllo dovrà essere attenuato ove si tratti solo di far valere un

---

rabbinico, emessa su istanza congiunta dei coniugi consenzienti o in seguito ad un procedimento contenzioso che si svolge in condizioni di parità, mentre se l'uomo procedesse al ripudio senza autorizzazione, o non vi procedesse nonostante la sentenza, incorrerebbe in una responsabilità penale: si possono vedere al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, C. RIMINI, *Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbinico israeliano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, 55-66, e N. BORSERINI, *Il limite dell'ordine pubblico nella delibazione delle pronunce rabbiniche di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 735 ss.

[27] L'*Oberlandesgericht* di Monaco di Baviera chiedeva alla Corte Europea «se il consenso al divorzio prestato dal coniuge discriminato – anche mediante la sua accettazione di prestazioni compensative – costituisca già un motivo per disapplicare» l'art. 10 del reg. 1259 del 2010, che prevede una deroga agli ordinari criteri di determinazione della legge applicabile qualora essa «non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio». Nel procedimento in sede comunitaria il governo tedesco, nonché ovviamente il marito ripudiante (che in Siria aveva già versato alla donna accettante circa ventimila dollari americani), argomentavano in favore di una risposta affermativa al quesito, mentre la Commissione, i governi francese, ungherese e portoghese, nonché l'Avvocato Generale della stessa Corte, nelle conclusioni rassegnate il 14 settembre 2017, si esprimevano in senso contrario.

[28] La letteratura sull'indefinibile formula dell'ordine pubblico, e sul suo meccanismo di operatività in concreto, è vastissima, per cui ci limiteremo, senza pretese di completezza, a menzionare: G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; L. PALADIN, *Ordine pubblico*, in *Nss. D.I.*, Torino, 1965, XII, 130 ss.; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; A. GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974; N. PALAIA, *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; G. PANZA, *Ordine pubblico, Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1 ss.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; F. MOSCONI, *Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, 5-14; C.F. EMANUELE, *Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Dir. fam.*, 1996, 326 ss.; F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in G. PERLINGIERI - M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, 409 ss.; P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di*

diritto già legittimamente acquisito all'estero[29]. Con specifico riferimento al nostro problema, il punto centrale non dovrebbe dunque essere rappresentato dal ricorrere di un elemento strutturale di "accettazione", che del resto in varie situazioni può avere ben poco di sostanziale[30], quanto piuttosto dall'effetto che di volta in volta si pretenda di far valere sulla base dell'avvenuto ripudio straniero. Così, se ad invocare in Italia la propria condizione di divorziata sia la stessa donna, che voglia ad esempio far valere la propria libertà di stato per contrarre nuove nozze oppure per azionare strumenti di tutela patrimoniale, e non, nei confronti dell'ex-marito, accessibili solo ed in quanto si abbia appunto a che fare con un divorzio, non vediamo quali profili di contrasto con l'ordine pubblico, e cioè, venuto meno l'ostacolo della natura privatistica dello scioglimento, col principio di eguaglianza coniugale, possano emergere, e ciò a prescindere dal fatto che all'estero il ripudio in questione fosse stato accettato o meramente subito. Diversamente opinando, si rischierebbe di esasperare la posizione di disagio di una donna la cui esistenza si sia svolta a cavallo di due esperienze giuridiche, e che risulterebbe per un ordinamento ripudiata e per l'altro ancora vincolata senza poter trovare tutela da nessuno dei due[31].

differenziazione e ordine pubblico, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgiuele*, Mantova, 2017, I, 355 ss.

[29] Nella giurisprudenza francese la tesi dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico risale almeno a Cour de Cassation, 17 aprile 1953, in *Rev. crit. droit int. privè*, 1953, 412, pronunziatasi con riguardo ad un divorzio ottenuto in Ecuador da una coppia franco-russa, ed in base alla quale «l*a réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met l'obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger*». Nella dottrina tedesca un suo equivalente funzionale può essere rinvenuto nella teoria dell'*Inlandsbeziehung* di F. KAHN, *Abhandlugen zum internationalen Privatrecht*, Munich, 1928. In entrambi i Paesi, ed in molti altri, una tipica applicazione di tale procedimento argomentativo ha riguardato i matrimoni poligamici: mentre il loro pieno riconoscimento, o la trascrizione nei registri di stato civile, sarebbe certamente in contrasto con l'ordine pubblico, questa incompatibilità si attenua laddove venga in rilievo soltanto un effetto riflesso di tale coniugio, per cui le vedove del poligamo straniero possono far valere la loro qualità di coniuge, legittimamente acquista secondo le leggi di un Paese islamico, ai fini successori con riguardo a beni relitti in Europa: cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

[30] Invero, la stessa considerazione potrebbe valere anche per certe separazioni consensuali interne, in cui è abbastanza evidente come una parte finisca per dover accettare *obtorto collo* le condizioni dettate dall'altra, per svariate ragioni: psicologiche, culturali, sociali, economiche, etc.

[31] Si tratta del cosiddetto "matrimonio claudicante", con riguardo al quale già l'art. 3, n. 2, lett. e, della l. 1 dicembre 1970, n. 898, prevede la specifica ipotesi del divorzio nel caso in cui l'altro coniuge cittadino straniero abbia ottenuto all'estero lo scioglimento del vincolo. La medesima *ratio* di tutela si può realizzare anche qualora non sia applicabile la legge italiana ma la moglie

Al contrario, andrebbero considerate con la massima diffidenza le situazioni in cui sia il ripudiante a far valere lo scioglimento del matrimonio, ad esempio allo scopo di sottrarsi all'adempimento di doveri nascenti dalla qualità di coniuge[32], e sarebbe certamente ancora più inaccettabile, per il palese contrasto col principio di eguaglianza coniugale, la pretesa del marito che volesse impedire alla moglie di chiedere il divorzio al giudice italiano, in ipotesi competente, col richiamo a norme straniere in base alle quali la donna non abbia tale facoltà, o la abbia soltanto in situazioni eccezionali o subordinatamente all'adempimento di gravose obbligazioni di "riscatto".

3. Valutazioni conclusive

Sulla base di tali premesse non dovrebbe risultare di per sé inammissibile la domanda della donna che abbia subito un divorzio privato islamico e che miri a far valere in Italia le conseguenze patrimoniali di quanto previsto al riguardo dal suo contratto nuziale, con particolare riferimento al pagamento della seconda quota del *mahr*. Una volta superate, infatti, le questioni pregiudiziali attinenti alla forma del matrimonio ed alla natura privata del divorzio, occorrerebbe valutare se tali pattuizioni presentino in quanto tali profili di contrasto con l'ordine pubblico internazionale. D'altronde, le questioni pregiudiziali non si porrebbero neppure, qualora si trattasse di valutare il possibile contrasto con l'ordine pubblico interno di eventuali analoghe pattuizioni stipulate in Italia, poniamo da immigrati naturalizzati o da convertiti, *a latere* di un matrimonio civile italiano[33] e con riferimento ad un divorzio cui pure sarà applicabile la nostra legge. In entrambi i casi, ci sembrerebbe superabile l'obiezione che facesse leva sul motivo religioso alla base dell'assunzione degli impegni in

ripudiata, residente nel nostro Paese, abbia interesse a far valere in giudizio lo scioglimento del matrimonio, per le ragioni esemplificate nel testo o per altre ancora. Peraltro, negli stessi termini si potrebbe ragionare pure nel caso in cui, dopo il decesso della moglie ripudiata, siano i suoi parenti a chiedere il riconoscimento del ripudio per escludere il marito dalla successione.

[32] Più dubbia può apparire l'ipotesi in cui l'avvenuto ripudio sia fatto valere dai parenti del defunto marito straniero per escludere la moglie dalla successione con riferimento ai beni da lui relitti in Italia. Riterremmo comunque che anche in tal caso la donna abbia il diritto di far valere la contrarietà all'ordine pubblico, cioè al principio costituzionale di eguaglianza coniugale, del ripudio subito.

[33] Un matrimonio islamico contratto sul suolo italiano può avere rilevanza per lo Stato solo se celebrato ai sensi della l. 24 giugno 1929, n. 1159, sui cosiddetti culti ammessi, con il ministro del culto musulmano che abbia operato come delegato dell'ufficiale di stato civile.

questione per negarne la giuridicità: invero, ove si abbia a che fare con un *mahr* di rilievo economico e non solo simbolico, l'obbligazione risulterebbe comunque adeguatamente patrimonializzata e quindi suscettibile di costituire la causa o l'oggetto di una valida vicenda contrattuale[34]. Nemmeno potrebbe prospettarsi

[34] Può essere interessante la comparazione con l'esperienza delle giurisdizioni di *common law* che da più tempo si trovano ad affrontare tali questioni. La *ketubah* sefardita, che mantiene per le ragioni ricordate un effettivo valore economico, era stata riconosciuta come *enforceable* in Inghilterra sin da *Montefiore vs. Guedalla* [1903] 2 Ch. 26, con riguardo ad un caso marocchino, mentre rispetto a quella *ashkenazita*, ormai meramente rituale e redatta oltretutto in termini vaghi ed in una lingua sacrale (ebraico biblico o aramaico) ben diversa da quella parlata dagli sposi, l'opinione dominante dei giudici americani, espressa ad esempio da *In Re White's Estate*, 356 N.Y.S.2d 208, 210 (NY Su Ct. 1974), è nel senso della *unenforceability*, benché non sia mancata una importante sentenza, *Avitzur vs. Avitzur*, 58 N.Y.2d. 108, 459 N.Y.S. 572, 446 N.E.2d 136 (1983), che ha ritenuto *enforceable* la clausola compromissoria ivi inserita per sottoporre ad un arbitrato religioso l'eventuale divorzio (cosiddetta *Lieberman clause*). Infatti, lo scopo della stipulazione era fare sì il giudice privato competente avesse anche il potere di costringere il marito a ripudiare formalmente la donna con l'emissione del *ghet*, onde evitare che costui, ottenuto lo scioglimento civile, omettesse di liberarla sul piano religioso, lasciandola quindi "incatenata" (in ebraico *agunah*), o pretendesse per farlo un gravoso corrispettivo economico, vicende tanto frequenti da aver attirato l'attenzione del legislatore dello Stato di New York (*Get Statutes* del 1983 e 1992; cfr. K. GREENWALT, *Religious Law and Civil Law: Using Secular Law to Assure Observance of Practices with Religious Significance*, in *Southern California Law Review*, 1997-1998, 781-844; BROYDE, *New York's regulation of Jewish marriage: covenant, contract, or statute?*, cit., 145-154), nonché, da questa parte dell'Atlantico, quella della giurisprudenza francese (Cour de Cassation, 15 giugno 1988, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, 770; cfr. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, 52). Analogamente, per quanto riguarda il *mahr* islamico, in varie pronunzie americane le eccezioni del marito che invocava la natura meramente religiosa dell'impegno sono state respinte ed il contratto è stato quindi ritenuto *enforceable* come un ordinario *prenuptial agreement*: cfr. *Aziz vs. Aziz*, *488 N.Y.S.2d 123 (Su Ct. 1985)*; *Akileh v. Elchahal*, *666 So. 2d 246*, *Fla. Dist. Ct. A (1996)*; *Odatalla vs. Odatalla*, *810 A.2d 93, N.J. Super. Ct. A Div. (2002)*. In alcune occasioni, però, il patto sul *mahr* è stato considerato nullo per contrasto con l'ordine pubblico, in quanto avrebbe costituito un incentivo al divorzio: cfr. *In re Marriage of Noghrey, 215 Cal. Rptr. 153, 155–56 (Ct. A 1985)*, per una *ketubah* e *In re Marriage of Dajani, 204 Cal. A 3d 1387; 251 Cal. Rptr. 871 (1988)*, per un *mahr*. Per ulteriori riferimenti, da differenti punti di vista, si vedano: G.G. QAISI, *Religious Marriage Contracts: Judicial Enforcement of Mahr Agreements in American Courts*, in *Journal of Law & Religion*, 2000-2001, 67 ss.; L.E. BLENKHORN, *Islamic Marriage Contracts in American Courts: Interpreting Mahr Agreements as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women*, in *University of Southern California Law Review*, 2002, 189 ss.; T. ROGALIN SIDDIQUI, *Interpretation of Islamic Marriage Contracts by American Courts*, in *Family Law Quarterly*, 2007, 639 ss.; P. FOURNIER, *Flirting with God in Western Secular Courts: Mahr in the West*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2010, 67–94; ID., *Muslim Marriage in Western Courts. Lost in Transplantation*, Farnham UK, 2010; N.B. OMAN, *How to Judge Shari'a Contracts: A Guide to Islamic Marriage Agreements in American Courts*, in *Utah Law Review*, 2011, 287-334; C.A. SIZEMORE, *Enforcing Islamic Mahr Agreements: the American Judge's Interpretational*

una palese illiceità del contenuto di tale obbligo, in quanto la sua sostanza, cioè la sostituzione dell'assegno divorzile con una congrua attribuzione *una tantum*, è nota anche al nostro ordinamento[35]. I punti davvero problematici saranno invece rappresentati dalla predeterminazione di tale esito in un contratto risalente al tempo delle nozze e dai possibili esiti iniqui a carico della parte più debole. Insomma, specie dal punto di vista del nostro ordinamento, non dovrebbe porre troppe difficoltà l'idea che si pervenga alla fine del rapporto matrimoniale secondo forme in una qualche misura religiosamente connotate, ma il problema sorge qualora da esse derivino esiti discriminatori nella concreta disciplina del rapporto tra ex-coniugi[36]. A tal proposito occorre però distinguere l'ipotesi con elementi di internazionalità da quella del tutto interna.

Nel primo caso va anzitutto ricordato che la nostra giurisprudenza, anche da molto prima che si aprisse il dibattito interno sull'ammissibilità dei patti prematrimoniali, aveva concluso nel senso della non contrarietà all'ordine pubblico di quelli stipulati all'estero tra stranieri[37]. Bisognerà poi considerare, assumendo la prospettiva che abbiamo adottato discutendo dei divorzi privati, da chi ed a quale scopo sia fatto valere l'accordo in questione. Laddove sia la stessa moglie divorziata a chiedere il pagamento del *mahr*, l'esito iniquo nei

Dilemma, in *George Mason L. Rev*., 2011, 108-1116; B.H. BIX, *Pluralism and Decentralization in Marriage Regulation*, e L.C. MCCLAIN, *Marriage pluralism in the United States: on civil and religious jurisdiction and the demands of equal citizenship*, entrambi in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, cit., rispettivamente 60-77 e 324-325; I.A. ALKHATIB, *Shari'ah law and American family courts: judicial inconsistency on the talāq and mahr issues in Wayne County, Michigan*, in *Journal of Law in Society*, 2013, 83 ss.; M. HARDY-DUSSAULT - D. HELLY, *Le mahr devant les tribunaux civils canadiens*, in *Canadian Journal of Law and Society/ Revue Canadienne Droit et Société*, 2013, 387-402.

[35] Il riferimento è, naturalmente, all'art. 5, comma 8, della l. 898 del 1970, per cui: «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». Ci sembra degna di nota la recente pronunzia del Trib. Padova, 8 settembre 2017, in *www.iusexplorer.it*, che ha ritenuta di poter applicare, senza ravvisare problemi di ordine pubblico, la legge marocchina, designata di comune accordo dai coniugi, e decretare quindi lo scioglimento consensuale immediato del matrimonio con dazione alla donna di un importo complessivo di € 2.000, ritenuto comunque «congruo, tenuto conto della durata del matrimonio e del fatto che entrambi i coniugi sono economicamente autosufficienti».

[36] *Mutatis mutandis*, è noto come, in seguito agli Accordi di Villa Madama del 18 febbraio 1984, proprio su tali presupposti si fondi nella sostanza l'intera disciplina dell'annullamento canonico, di cui si ammettono gli effetti civili ma con la possibilità di limitazioni ed interventi di aggiustamento del giudice italiano in sede di delibazione.

[37] Già Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv*., 1985, 579, negava la contrarietà all'ordine pubblico di un *prenuptial agreement* americano, fatto valere in Italia dalla parte interessata.

suoi confronti deriverebbe piuttosto dal rigetto e non certo dall'accoglimento della domanda. Qualora sia invece il marito ad invocare l'accordo per rifiutare di corrispondere altro, un'iniquità tale da comportare un contrasto con l'ordine pubblico potrebbe manifestarsi nel caso di palese inadeguatezza dell'importo in questione[38]. Non andrebbe peraltro nemmeno esclusa *a priori* l'ipotesi di una famiglia transnazionale le cui vicende abbiano portato ad un sostanziale ribaltamento delle posizioni di forza tipiche del contesto di provenienza, per cui l'attribuzione in discorso potrebbe finire per risultare sì iniqua, anche al punto da porre problemi di compatibilità con l'ordine pubblico, ma nei riguardi del marito[39].

Di fronte all'ipotetica fattispecie del tutto interna non si porrebbe invece evidentemente un problema di ordine pubblico internazionale, tantomeno nella sua versione "attenuata", ma si finirebbe piuttosto per rifluire nel più generale dibattito in ordine all'eventuale definitivo sdoganamento, anche sul piano dell'ordine pubblico interno, dei patti prematrimoniali, di cui quelli in esame rappresenterebbero dunque una *species* religiosamente, o anche soltanto "culturalmente", connotata.

[38] Si tratta nella sostanza di evitare gli esiti cui era giunta una criticatissima decisione statunitense, *Chaudry vs. Chaudry, 388 A.2d 1000, 1003, 1006 (N.J. Super. Ct. A Div. 1978)*, che in forza di un contratto di *mahr* aveva ridotto a circa 1.500 dollari le spettanze della moglie ripudiata da un facoltoso professionista pachistano presso il consolato in New York. Così, in *Ahmad vs. Ahmad, No. L-00-1391, 2001 WL 1518116 (Ohio Ct. A Nov. 30, 2001)*, i giudici americani si sono rifiutati di limitare i diritti della moglie ai circa 6.000 dollari del *mahr* a suo tempo stipulato, per riconoscergliene invece oltre 40.000 sulla base di un'equa ripartizione del patrimonio familiare, mentre in *Aleem v. Aleem, 931 A.2d 1123, 1126, 1129 (Md. Ct. Spec. A 2007)*, il ripudio è stato dichiarato non riconoscibile per contrasto con l'ordine pubblico.

[39] Un'altra sentenza americana, *Mir v. Birjandi, No. 2006 CA 63, 2007 WL 4170868 (Ohio Ct. A Nov. 21, 2007)*, a fronte del divorzio di una coppia di immigrati iraniani, ha costretto la ex-moglie a restituire quanto ricevuto a titolo di *mahr* dall'ex-marito ed a versargli un assegno divorzile, in ragione della forte sproporzione tra i redditi dei due: lei *PhD.* in America ed ingegnere da oltre 100.000 dollari l'anno; lui ingegnere in patria, ma in America solo tassista con meno di 20.000 dollari annui di reddito.

Rilevanza fiscale della negozialità connessa alla crisi dei rapporti familiari

Adriano Pischetola
Notaio in Perugia

Il contributo esamina in particolare la possibilità dell'applicazione del regime di esenzione fiscale della legge n. 74 del 1987 a fattispecie negoziali poste in essere tra i coniugi in 'occasione' del procedimento di separazione/divorzio, agli atti stipulati in previsione della futura separazione/divorzio, agli accordi anteriori, coevi o successivi alla separazione consensuale, alle procedure di negoziazione assistita portanti cessazione degli effetti di unioni civili, nonché con riferimento ad atti intercorrenti tra i soggetti di un rapporto di convivenza.

The contribution examines in particular the possibility of the application of the tax exemption regime of the law n. 74/87 to pacts fulfilled by the spouses on 'occasion' of the separation/divorce procedure, to the deeds stipulated in anticipation of the future separation/divorce, to previous, contemporary or subsequent agreements relating consensual separation, to assisted negotiation procedures leading to the cessation of the effects of civil unions, as well as with reference to acts between the subjects of a relationship of cohabitation.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Separazione e divorzio. – 3 Atti stipulati in previsione della futura separazione o divorzio. – 3.1 Accordi anteriori, coevi o successivi alla separazione consensuale omologata. – 4. Unioni civili – 5 Convivenza.

1. Premessa

Una premessa di metodo espositivo è ineludibile. Quanto si verrà esponendo nelle pagine che seguono dà già per acquisita e risolta la problematica sulla liceità/illiceità degli accordi 'preventivi' rispetto alla eventuale crisi del gruppo familiare di cui fanno parte gli stipulanti: nel senso, intuitivamente, della loro liceità, sia pure nella misura ed entro i limiti (nonché nel rispetto dei requisiti giuridici e fattuali) che presidiano alla loro validità sul piano sostanziale.

Il presente contributo si motiva per il fatto che la 'sfida fiscale' (posta tra gli intendimenti dei cittadini che si tramutano in accordi pattizi funzionali alla sistemazione di loro rapporti personali e patrimoniali incisi da una crisi familiare e il vaglio del quadro normativo fiscale in materia di imposizione, specie indiretta) è sempre fortemente avvertita, ma spesso affrontata senza riferimenti normativi specifici e senza particolari correlativi orientamenti della prassi amministrativa. Basti pensare ad esempio che l'unico 'tramite' normativo attraverso il quale si può ritenere applicabile alle unioni civili (e alle correlative vicende negoziali) taluni regimi fiscali dettati per soggetti astretti dal vincolo coniugale (ad es. in materia di acquisto 'prima casa' o il regime di esenzione di cui all'art. 19 della legge n. 74 del 1987 di cui si dirà *amplius* nel prosieguo) è il comma 20 della legge n. 76 del 20 maggio 2016, a tenore del quale – al solo scopo di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile ... – si stabilisce una sorta di applicazione generalizzata alle unioni civili delle disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, senza verifica della compatibilità e applicabilità in concreto di siffatta omologazione generica a singole fattispecie.

Ma altrettanto incerta è l'applicazione del regime di esenzione e di cui si diceva agli accordi tra coniugi in vista della separazione e/o del divorzio, se formalizzati al di fuori di un procedimento giurisdizionale, in quanto si è ritenuto spesso nella prassi che solo l'articolazione di un siffatto procedimento sia legittima causa giustificativa del relativo trattamento fiscale privilegiato.

Ciò conferma pertanto la necessità inderogabile di una lettura degli svariati fenomeni negoziali che afferiscono alla crisi dei rapporti tra soggetti legati da un vincolo coniugale o ad esso assimilabile in chiave sistematica, e soprattutto di una interpretazione delle normativa fiscale (evidentemente non al passo delle sopravvenienze di istituti solo di recente recepiti nell'ordinamento giuridico attraverso la legge 'Cirinnà) che sia rispettosa della '*ratio*' posta a base delle novelle legislative afferenti all'ambito di che trattasi.

2. Separazione e divorzio

In ambito fiscale assume una rilevanza tutta particolare nel quadro normativo generale il disposto contenuto nell'art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74 a tenore del quale «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».
La norma nasce con riferimento solo allo scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, ma la portata applicativa fu successivamente ampliata per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 10 maggio 1999, n. 154, che dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 19 «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». Fu una sentenza, come si usa ripetere, 'additiva pura' che si pose nel solco di altra precedente sentenza della medesima Corte cost. 15 aprile 1992, n. 176, per la quale era illegittima la detta norma (art. 19) con riferimento alla mancata previsione dell'estensione dell'esenzione al provvedimento d'iscrizione d'ipoteca a garanzia delle obbligazioni assunte dal coniuge separato. La sentenza n. 154 ad ogni modo osservò che non poteva esserci alcuna distinzione sul piano del trattamento tributario tra il giudizio di divorzio e la procedura di separazione, «atteso che l'esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale, che motiva e giustifica il beneficio fiscale con riguardo agli atti del giudizio divorzile, è con più accentuata evidenza presente nel giudizio di separazione». Inoltre la medesima Corte con sentenza 11 giugno 2003, n. 202, precisò che l'esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale, che giustifica il beneficio fiscale con riferimento agli atti del giudizio divorzile, è altresì presente nel giudizio di separazione, in quanto finalizzato ad agevolare e promuovere, in breve tempo, una soluzione idonea a garantire l'adempimento delle obbligazioni che gravano sul coniuge non affidatario della prole.

Dal canto suo però, come si ricorderà, l'Amministrazione finanziaria è stata sempre alquanto 'misurata' nella concessione del trattamento tributario agevolato, ritenendo che in ogni caso questo fosse consentito solo se l'atto posto in essere dai coniugi non fosse solo 'occasionalmente' collegato agli accordi di separazione e alla procedura divorzile, ma risultasse collegato in modo causale e funzionale all'attuazione degli uni e dell'altra e quindi in qualche modo fosse 'riconducibile' alla 'terzietà' del provvedimento giudiziale o maturato innanzi all'autorità giudiziaria. Si pensi ad es. alla circ. n. 27/E del 21 giugno 2012[1]

[1] Nel cui contesto l'A.F. sottolinea come «Al riguardo, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 11458 del 2005, ha precisato che "la norma speciale contenuta nell'art. 19 L. 6 marzo 1987, n. 74 (…)" dev'essere interpretata nel senso che l'esenzione "dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa" di "tutti gli atti, documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti del matrimonio" si estende "a tutti gli

riguardo agli atti di trasferimento a favore dei figli (ove si richiede che il testo dell'accordo omologato dal tribunale, al fine di garantire la certezza del diritto, deve prevedere esplicitamente che l'accordo patrimoniale a beneficio dei figli, contenuto nello stesso, sia elemento *funzionale e indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale*); oppure si pensi da ultimo a quanto ritenuto dall'A.F. in merito agli effetti *dell'accordo concluso in sede di negoziazione assistita*, nella ris. n. 65/E del 16 luglio 2015 (ove si precisa che il trattamento agevolato risulta applicabile «sempreché dal testo dell'accordo medesimo, la cui regolarità è stata vagliata dal Procuratore della Repubblica, emerga che le disposizioni patrimoniali, contenute nello stesso, siano funzionali e indispensabili ai fini della risoluzione della crisi coniugale»)[2].

Del resto la prudenza nell'applicazione della norma di esenzione dimostrata dall'A.F. ha fatto, finora, da '*pendant*' ad un orientamento giurisprudenziale[3] che ha spesso evidenziato come presupposto del regime di esenzione fosse il collegamento 'non occasionale' dell'atto posto in essere con il procedimento di separazione e/o di divorzio, ove per non-occasionalità si intendeva e si intende una sorta di 'causalità necessaria' intrinseca che debba intercorrere tra l'atto stesso e il procedimento di separazione o divorzile nell'*ambito* del quale esso si colloca[4], e quindi applicando sul piano fiscale una distinzione tra contenuto 'necessario' o solo 'occasionale' degli accordi intercorsi tra i coniugi elaborata

atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di separazione personale dei coniugi", in modo da garantire l'adempimento delle obbligazioni che i coniugi separati hanno assunto per conferire un nuovo assetto ai loro interessi economici (Corte costituzionale 25 febbraio 1999, n. 41), anche con atti i cui effetti siano favorevoli ai figli (in questo senso già si era pronunciata la Corte costituzionale con sentenza 15 aprile 1992, n. 176, ma ancor più chiaramente e decisamente il principio è enunciato dalla sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2003, n. 202)».

[2] Inoltre nella circolare n. 2/E del 21 febbraio 2014, l'A.F. nota come il regime di esenzione al vaglio sia sopravvissuto anche alla norma soppressiva di agevolazioni ed esenzioni fiscali (di cui al comma 4 art. 10 d.lgs. n. 23 del 2011) trattandosi di un *regime funzionale alla disciplina di particolari istituti, che hanno un'applicazione ampia*, la cui riferibilità ai trasferimenti immobiliari è solo eventuale e prescinde dalla loro natura onerosa o gratuita.

[3] Cass. civ., sez. V, 03 dicembre 2001, n. 15231; nonché Cass. civ., sez. V, 22 maggio 2002, n. 7493 per la quale «l'esenzione non opera quando si tratti di atti ed accordi che … siano soltanto occasionalmente generati dalla separazione stessa».

[4] *Amplius* sull'argomento L. NAPOLITANO, *Accordi in sede giudiziaria*, in *I Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, "Il notaio e la crisi della Famiglia. Tecniche negoziali di prevenzione e gestione del conflitto", e in "Le "nuove famiglie" e la parificazione degli *status* di filiazione ad opera della l. n. 219 del 2012", 2014, 256 ss.; v. anche per molti riferimenti e ulteriori approfondimenti al riguardo la Segnalazione riportata da S. CANNIZZARO, *I "contratti della crisi coniugale" e l'agevolazione per gli atti e i trasferimenti in sede di separazione e divorzio nell'interpretazione evolutiva della Cassazione*, in *CNN Notizie* 7 marzo 2016.

in alcuna dottrina[5] e dalla stessa giurisprudenza di legittimità[6]. Ebbene, grazie ad una recente sentenza della Cassazione (sezione tributaria, n. 2111 del 3 febbraio 2016, e altra sentenza di analogo contenuto n. 3110 del 17 febbraio 2016) si assiste ad un deciso *revirement* rispetto agli stessi pregressi orientamenti della Suprema Corte[7]. La sentenza viene emanata in esito al ricorso presentato da un ufficio locale dell'Agenzia delle entrate (quello di Forlì) per contestare la legittimità dell'applicazione del trattamento tributario agevolato ad una fattispecie di cessione della quota di una metà di un terreno (senza sovrastanti fabbricati) dal marito alla moglie per dare attuazione agli accordi di separazione, fattispecie che secondo l'Agenzia non sarebbe stata assistita dai benefici fiscali in quanto non attinente al profilo 'necessario' degli accordi stessi (e cioè il profilo del consenso reciproco a vivere separati, dell'affidamento dei figli, dell'assegnazione della

[5] A. ARCERI, *Il consenso nella separazione consensuale, tra diritto di ripensamento, impugnazione per vizi della volontà e procedimento di modifica*, in *Fam. e dir*., 2008, 12, 1125 che nota criticamente «la tendenza di ammettere l'ingresso negli accordi separativi di una vasta congerie di negozi, la cui effettiva attinenza agli interessi familiari desta fondate perplessità specie quando si tratta di stipulazioni che dalla separazione traggono soltanto l'occasione o, peggio, inserimento per soli motivi di convenienza fiscale».

[6] In particolare Cass., 22 novembre 2007, n. 24321 per cui «l'accordo mediante il quale i coniugi pongono consensualmente termine alla convivenza può racchiudere una pluralità di pattuizioni, oltre a quelle che integrano il suo contenuto tipico e che a questo non sono immediatamente riferibili, nel senso esattamente, cioè, che l'accordo stesso, secondo quanto osservato anche in dottrina là dove si rinviene la distinzione tra *contenuto "necessario"* (siccome collegato direttamente al rapporto matrimoniale) e *contenuto "eventuale"* (o "accessorio") dell'accordo di separazione (siccome collegato in via soltanto estrinseca con il patto principale), è suscettibile di riguardare negozi i quali, pur trovando la loro occasione nella separazione consensuale, non hanno causa in essa, risultando appunto semplicemente "occasionati" dalla separazione medesima senza dipendere dai diritti e dagli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio, onde tali negozi non si configurano come convenzioni matrimoniali *ex* art. 162 c.c. (caratterizzate da un sostanziale parallelismo di volontà e interessi, nonché postulanti lo svolgimento della convivenza coniugale ed il riferimento ad una generalità di beni, anche di futura acquisizione), ma costituiscono espressione di libera autonomia contrattuale, sempre che non comportino una lesione di diritti inderogabili (Cass., 15 marzo 1991, n. 2788; Cass., 12 settembre 1997, n. 9034; Cass., 24 aprile 2007, n. 98639)».

[7] Vedi Cass., 3 dicembre 2001, n. 15231 per la quale «le agevolazioni di cui all'art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, come interpretato e modificato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 154 del 1999, operano – quanto agli atti ed accordi finalizzati allo scioglimento della comunione tra coniugi conseguente alla separazione – limitatamente all'effetto naturale della separazione, costituito dallo scioglimento automatico della comunione legale, e non competono con riferimento ad atti – solo occasionalmente generati dalla separazione – di scioglimento della comunione ordinaria tra gli stessi coniugi, che ben potrebbe persistere nonostante la separazione»; v. anche Cass., 22 maggio 2002, n. 7493 per la quale «l'esenzione non opera quando si tratti di atti ed accordi che ... siano soltanto occasionalmente generati dalla separazione stessa».

casa familiare in funzione del preminente interesse della prole, della previsione di assegno di mantenimento a carico di uno dei coniugi in favore dell'altro, ove ne ricorrano i presupposti, ecc.). Ebbene la Corte ha ritenuto che al contrario quel trattamento deve essere riconosciuto anche se l'atto sia posto in essere tra i coniugi solo in 'occasione' del procedimento di separazione e di divorzio[8] ed assuma la forma e il contenuto di una pattuizione contrattuale ai sensi dell'art. 1372 c.c., sia pure di tenore 'diverso' rispetto al contenuto 'necessario' della separazione, soggetto – quest'ultimo – alla speciale procedura di modifica o di revoca *ex* artt. 156 ultimo comma c.c. e 710 c.p.c. Di recente – nota la Corte – sono intervenute profonde modifiche legislative che hanno ridisegnato il "sistema normativo" in materia di separazione e divorzio. Basti pensare alle disposizioni contenute nel d.l. 12 settembre 2014, n. 132, artt. 6 e 12, convertito con modificazioni, nella l. 10 novembre 2014, n. 162, che ha, rispettivamente, esteso il procedimento di negoziazione assistita da avvocati alla separazione consensuale, al divorzio ed alla modifica delle condizioni di separazione e di divorzio (art. 6) e ha previsto che «i coniugi possono concludere, innanzi al Sindaco, quale Ufficiale dello stato civile ... un accordo di separazione personale, di divorzio o di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio» (art. 12), i quali, ad ogni effetto di legge, «tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i corrispondenti procedimenti» (con la sola esclusione come è noto della ipotesi in cui vi siano figli minori, figli maggiorenni incapaci o portatori di gravi handicap ovvero economicamente non autosufficienti); oppure basti pensare alle disposizioni sul *c.d. divorzio breve* di cui alla l. 6 maggio 2015, n. 55. Le nuove disposizioni – continua la Corte – hanno drasticamente ridotto l'intervento dell'organo giurisdizionale in procedimenti tradizionalmente segnati da una vasta area di diritti indisponibili legati allo *status* coniugale ed alla tutela della prole minore, ed hanno attribuito di fatto al consenso tra i coniugi, nel quadro d'interventi definiti di "degiurisdizionalizzazione", un valore ben più pregnante rispetto a quanto non avvenisse in precedenza. Basti ricordare

[8] La Suprema Corte rileva in particolare che la soluzione possibilista va ritenuta meritevole di accoglimento «salvo che l'Amministrazione contesti e provi, secondo l'onere probatorio cedente a suo carico, la finalità elusiva degli atti medesimi». Peraltro in ordine alla problematica della non-sovrapponibilità tra abuso/elusione di diritto da un lato e violazione di legge scaturente da una fattispecie simulatoria dall'altro e come tale non meritevole del trattamento fiscale in esenzione al vaglio V. MASTROIACOVO, *La Cassazione apre, ma non troppo, sull'esenzione per atti di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. trib.*, supplemento online, www.*rivistadirittotributario.it*. Per ulteriori considerazioni sui profili civilistici degli argomenti al vaglio Studio civilistico CNN n. 571-2016/C di M. KROGH, *Il ruolo del notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, in *CNN Notizie* del 17 gennaio 2017 ove al § 4 sono riportate anche riflessioni in ordine ai profili fiscali.

al riguardo come, anche a seguito dell'introduzione del divorzio a domanda congiunta delle parti, unanimemente dottrina e giurisprudenza erano indotte ad escludere che nel nostro ordinamento giuridico potesse avere cittadinanza il c.d. divorzio consensuale.

Orbene queste incisive novelle legislative, secondo la Suprema Corte, rendono opportuna una nuova interpretazione dell'art. 19 della legge n. 74 del 1987 tale da far ritenere legittima la sovrapposizione della categoria degli «atti stipulati in occasione della separazione e del divorzio» a quelli previsti nel medesimo art. 19 che dispone il beneficio per gli «*atti relativi* al procedimento di separazione e divorzio». Né pare che impedimenti di sorta a tale legittima sovrapposizione possano derivare dalla circostanza per cui, al fine della composizione degli interessi di cui sono portatori i coniugi contraenti, questi ricorrano a negozi con causa tipica (es. una vendita, una permuta, ecc.) piuttosto che a figure negoziali necessariamente atipiche: ciò che rileva è sempre e solo la causa 'concreta' perseguita dai paciscenti (considerata dall'ordinamento meritevole di apprezzamento e pertanto di un trattamento fiscale preferenziale) di perseguire attraverso il percorso convenzionale e pattizio il fine precipuo della sistemazione dei loro rapporti, anche con riguardo agli interessi della prole[9].

[9] In qualche modo pertanto – in esito a tale nuova e più penetrante prospettiva inaugurata dall'orientamento della Suprema Corte citato nel testo – va data una nuova e più ampia lettura a quanto già evidenziato dalla dottrina notarile: cfr. S. CANNIZZARO, *I "contratti della crisi coniugale"*, cit. «L'accesso al beneficio sembra trovare un solo limite nella causa dell'accordo volto a dare definizione in modo non contenzioso e tendenzialmente definitivo della crisi coniugale. In definitiva, la Cassazione, fondando la sua pronuncia su tale argomentazione, conferma la tesi dalla Commissione studi tributari di questo CNN, che, pur con un distinguo relativo ai negozi con causa tipica, da tempo sostiene che sia proprio l'elemento causale a connotare in maniera specifica gli accordi in questione ed a consentirne l'individuazione ai fini dell'applicazione dell'agevolazione». Vedasi Studio CNN n. 67/99/T di F. FORMICA - P. GIUNCHI, *Trattamento fiscale degli atti relativi ai procedimenti di separazione e divorzio alla luce della recente sentenza della Corte Costituzionale*; Studio CNN 87/2005/T di P. GIUNCHI, *Dei trasferimenti a favore dei figli in occasione della crisi del matrimonio. Trattamento fiscale*. In materia inoltre F. FORMICA, *Ancora sulla imposizione indiretta della attribuzione di beni nella separazione personale e nel divorzio*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1993, 4 ss.; F. FORMICA - P. GIUNCHI, *Ancora sul regime fiscale della separazione personale e del divorzio*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1999; P. GIUNCHI, *L'intervento del notaio nei trasferimenti di beni fra coniugi nella separazione personale*, *Riv. not.*, 1994, 289 ss.; P. GIUNCHI, *Gli atti relativi "relativi" ai procedimenti di separazione e di divorzio tra forma e imposizione fiscale*, in *Notariato*, 2003, 274 ss.

Inoltre è stato rilevato sul punto conformemente da F. CORDA, *Il regime fiscale degli accordi di separazione*, in *Dir. prat. trib.*, 2016, 6, 2309 che: «L'esenzione è, così, oggi estesa a tutte le disposizioni di carattere economico dei coniugi, per cui anche a statuizioni, che seppur non collegate al contenuto necessario degli accordi di separazione, siano comunque "inerenti" al raggiungimento dell'accordo ed alla ricomposizione della crisi».

Ciò significherebbe indubbiamente un notevole passo in avanti nella interpretazione ed applicazione della normativa di esenzione, se solo si rifletta che la medesima Suprema Corte in una sentenza di qualche tempo fa (sent. 17 gennaio 2014, n. 860) – con riferimento ad un atto di costituzione di usufrutto a favore di un coniuge, e sia pure in esecuzione degli accordi di separazione, effettuato però non dall'altro coniuge ma da una società semplice di cui il medesimo era il legale rappresentante – ha negato il regime di esenzione in oggetto ritenendo che gli atti esecutivi di tali accordi debbano essere necessariamente ed esclusivamente quelli posti in essere dai coniugi, anche per evitare l'utilizzo in modo elusivo delle disposizioni fiscali di favore.

Del resto segnali di un'apertura ideologica verso una qualificazione in senso 'sostanziale' degli accordi intercorsi fra i coniugi coinvolti in procedimenti di separazione o di divorzio sono pervenuti anche da recenti pronunciamenti della Suprema Corte[10] in materia di non-decadenza dalle agevolazioni per l'acquisto della 'prima casa' in caso di assegnazione infraquinquennale al coniuge della proprietà della casa coniugale. Detta attribuzione effettuata in adempimento di una condizione inserita nell'atto di separazione consensuale – rilevano i Supremi Giudici – *non costituisce una forma di alienazione dell'immobile rilevante ai fini della decadenza dei benefici "prima casa"*, bensì una forma di utilizzazione dello stesso ai fini della migliore sistemazione dei rapporti fra i coniugi, sia pure al venir meno della loro convivenza (e proprio in vista della cessazione della convivenza stessa).

In particolare, secondo la sentenza n. 5156/2016, dato che il trasferimento dell'immobile in attuazione dei patti di separazione è svincolato da qualsivoglia corrispettivo e non rappresenta un atto di donazione, sarebbe irragionevole la comminatoria della decadenza dall'agevolazione goduta in sede di acquisto dell'immobile in questione: infatti, non essendo configurabile alcun intento speculativo e non avendo, il coniuge cedente, conseguito alcuna somma da

---

In questo scenario si è ritenuto in dottrina che, in forza di quanto affermato nel ricordato autorevole arresto della Suprema corte, l' "ampia" interpretazione da essa auspicata consenta di far ricadere nell'alveo applicativo della norma agevolativa anche pattuizioni intercorse con i terzi (e motivate in ogni caso con il riferimento alla sistemazione di situazioni personali e finanziarie conseguenti e/o collegate con lo *status* di 'separati' o di divorziati' dei coniugi contraenti), finalizzati magari a monetizzare un bene di contitolarità degli stessi al fine di procedere alla soddisfazione in denaro di uno dei coniugi e al contempo di procedere all'eventuale acquisto di un altro immobile con una residua parte della somma ottenuta da detta monetizzazione (V. MASTROIACOVO, *La Cassazione apre, ma non troppo, sull'esenzione per atti di separazione e divorzio*, cit.).

[10] Ordinanza del 18 febbraio 2014, n. 3753, sez. VI civ.; sentenza n. 5156 del 16 marzo 2016 nonché sentenza n. 13340 del 28 giugno 2016.

reimpiegare per l'acquisto di una nuova casa, il contribuente non può essere sanzionato con la perdita del beneficio fiscale di cui si è avvalso in sede di acquisto. Vieppiù, nella sentenza n. 13340/2016 la Suprema Corte ha modo di precisare che «deve riconoscersi il carattere di *negoziazione globale* a tutti gli accordi di separazione che, anche attraverso la previsione di trasferimenti mobiliari o immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale, destinata a sfociare, di lì a breve, nella cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario o nello scioglimento del matrimonio civile. Ciò in quanto non si può ragionevolmente negare che i negozi traslativi di diritti mobiliari o immobiliari, pur non rientrando tra gli atti essenziali per addivenire alla separazione o al divorzio, debbano essere intesi quali "atti relativi al procedimento di separazione o divorzio", che, come tali, possono usufruire dell'esenzione di cui della l. n. 74 del 1987, art. 19, nel testo conseguente alla pronuncia n. 154/1999 della Corte costituzionale ...»[11].
Nello stesso ordine di idee si colloca altra recente sentenza della Suprema Corte a n. 22023 del 21 settembre 2017 con cui essa, sempre in materia "agevolazioni prima casa", ha ritenuto che il mancato trasferimento della residenza, entro il termine decadenziale di diciotto mesi dalla data del rogito, da parte di uno dei coniugi, a causa della sopravvenuta cessione della propria quota dell'immobile all'ex coniuge – in luogo dell'indennità di mantenimento ed in adempimento di una condizione della separazione consensuale –, non integra l'ipotesi di decadenza dalle agevolazioni dette.

3. Atti stipulati in previsione della futura separazione o divorzio

Nella scia del fenomeno sopra qualificato di "degiurisdizionalizzazione" e anzi ad essa collegato si pone quello (dai risvolti anche fiscali senz'altro rilevanti) di

[11] Da notare che la medesima Corte con altra sentenza (sez. V, 03 febbraio 2014, n. 2263) qualche tempo prima aveva affermato il principio esattamente opposto a quanto riportato nel testo, e cioè la decadenza dai benefici già richiesti dal coniuge in caso di cessione *infra*quinquennale dei suoi diritti sulla casa coniugale all'altro coniuge e alla figlia sia pure in esecuzione degli accordi di separazione, e ciò per la ragione che ad avviso dei Giudici nella fattispecie in oggetto si realizza un trasferimento riconducibile comunque alla volontà del cedente e quindi integra quel trasferimento che, se non seguito da riacquisto *infra*nnuale, comporta decadenza. Tale argomento, però, come osservato dalla dottrina (F. CORDA, *Il regime fiscale degli accordi di separazione*, cit.) «per cui, ai fini della decadenza dall'agevolazione, quello che conta è la volontà delle parti di trasferire l'immobile, mentre è irrilevante il contesto entro il quale l'accordo viene concluso, è in palese contrasto con tutta la giurisprudenza, anche costituzionale, e con la prassi … riguardo

c.d. «contrattualizzazione» del diritto di famiglia[12] e segnatamente quello della possibilità di stipulare accordi fra coniugi anteriori alla separazione consensuale, *in previsione della futura separazione stessa o del futuro scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*. Lasciando in disparte la questione di carattere generale in ordine alla liceità di siffatti accordi – come precisato nella premessa del presente contributo[13] – , e intendendosi qui solo verificare la rilevanza dei profili fiscali che attengono ad essi, nei limiti in cui si possa ritenerne possibile la stipula, merita segnalare una sentenza emanata in tempi recenti dalla Suprema Corte[14]. I supremi giudici hanno ritenuto valida una

---

all'esenzione di cui all'art. 19 l. n. 74 del 1987, che, nella pronuncia in questione, finisce per svuotarsi ingiustificatamente di contenuto».

[12] Vedi le considerazioni svolte da M. DOGLIOTTI, *La forza della famiglia di fatto e la forza del contratto: convivenza more uxorio e presupposizione*, in *Fam. e dir*., 2001, 5, 529 ss. per il quale «tradizionalmente gli accordi negoziali in materia familiare erano ritenuti del tutto estranei alla materia e alla logica contrattuale, in quanto si doveva perseguire un interesse della famiglia trascendente quello delle parti, e l'elemento patrimoniale, ancorché presente, era necessariamente collegato e subordinato a quello personale. Oggi tuttavia, soprattutto nei rapporti fra coniugi ... si ammette sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela, si afferma con maggior convinzione».

[13] Questione nuovamente affrontata di recente in un arresto della Suprema Corte (conforme ad un orientamento in tal senso consolidato) – sent. 30 gennaio 2017, n. 2224 – con riferimento agli accordi finalizzati alla quantificazione dell'assegno divorzile e risolta negativamente, ritenendosi che «gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo …», sentenza commentata da B. GRAZZINI, *Matrimonio - Accordi preventivi fra coniugi e assegno divorzile* una tantum*: spunti di riflessione alla luce delle evoluzioni normative in materia di gestione della crisi familiare*, in *Nuova giur. civ*., 2017, 7-8, 955, ove l'A. mette in evidenza che, al contrario, ai fini della validità di siffatti accordi, oltre il convincimento in senso positivo espresso da autorevole dottrina, «alla luce, poi, dei più recenti interventi normativi in materia di gestione della crisi familiare, emergono, *de iure condito*, ulteriori ragioni che depongono per l'ammissibilità di questi accordi…».

[14] Cass., sez. I, 21 dicembre 2012, n. 23713, con commento di G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* Distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, in *Fam. e dir*., 2013, 4, 321; in forza di siffatta sentenza si è ritenuto che la Suprema Corte abbia compiuto «un passo ulteriore affermando la validità del contratto in cui la crisi coniugale assurga non a causa genetica dell'accordo bensì a mero evento condizionale» così M. PALAZZO, *Il diritto della crisi, antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 3, 575 ss.; un caso meno recente in cui la Corte di legittimità ha riconosciuto la validità di impegni preventivi in vista della separazione personale si rinviene in Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Giust. civ. Mass*., 1984, la quale, sul presupposto che ciascuno dei coniugi «ha il diritto di condizionare il proprio consenso alla separazione ad un soddisfacente assetto dei propri interessi economici, sempre che in tal modo non si realizzi una lesione di diritti inderogabili», riteneva valido il contratto

scrittura privata sottoscritta da due coniugi il giorno prima delle nozze nel contesto della quale, in previsione dell'eventuale futura separazione/divorzio, si stabiliva che il credito vantato da uno dei nubendi per la ristrutturazione dell'immobile da adibire poi a casa coniugale potesse essere estinto mediante un '*datio in solutum*' e quindi grazie alla cessione di un immobile di proprietà dell'altro nubendo. La Suprema Corte valuta che il riferimento solo temporale (e non causale) all'evento del 'fallimento' del rapporto coniugale (contenuto nella scrittura) non contamina il profilo causale della convenzione rendendolo illecito: si tratta – afferma la Corte – di una «condizione lecita nella specie di un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2». D'altra parte – come accorta dottrina ha rilevato[15] – nessuna particolare compressione del diritto di difesa verrebbe perpetrato da siffatti accordi di natura essenzialmente economica in quanto afferenti a diritti disponibili, anche se riguardati in contemplazione del futuro eventuale divorzio; e ciò se si considera che in detti accordi «tale preoccupazione non ha ... ragione di sussistere, ogni qual volta le parti si limitano a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale»[16].

Va qui rilevato – e solo *en passant*, volendo, come detto, focalizzare l'attenzione su altro – che il processo di qualificazione in termini positivi di siffatti accordi attraverso cui dottrina[17] e giurisprudenza[18] sono venute articolandosi nel tempo

preliminare con cui uno dei coniugi, in vista della futura separazione consensuale, si impegnava a trasferire all'altro la proprietà di un immobile.

[15] G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir*., 2012, 1, 69 ss.

[16] Si schiera decisamente per la validità dei siffatti accordi l'ordinanza del Tribunale di Torino (del 20 aprile 2012 Pres. Est. Tamagnone) ove si ritiene che «L'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione legale ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico, né con l'art. 160 c.c.» (Nella specie le parti, pochi mesi prima della pronuncia di separazione «a conclusioni congiunte», avevano convenuto che l'erogazione dell'importo a titolo di assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta a cessare all'atto dell'inizio della causa per la pronunzia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a «nulla pretender[e] [dal marito], né a titolo di *una tantum* né di mantenimento». In sede di udienza presidenziale di divorzio la suddetta intesa è stata ritenuta valida e vincolante, con conseguente rigetto della domanda della moglie volta ad ottenere un assegno).

[17] Nota M. PALAZZO, *Epicedio per la nullità dei contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Vita not*., 2016, 3, 1521, che non necessariamente un «contratto in vista del divorzio debba essere pregiudizialmente ritenuto invalido, specie ove la sintesi degli interessi reali che il medesimo è volto concretamente a realizzare non sia identificabile nell'attribuzione di beni quale 'prezzo' del consenso al divorzio», soprattutto laddove vengano rispettati alcuni necessari presupposti: una

è stato graduale, ma sempre più evolutivo nella direzione della validità degli accordi stessi, in ciò supportate dalle novelle legislative di cui si diceva innanzi e dalla considerazione di una sempre più crescente valorizzazione della capacità di autodeterminazione negoziale dei coniugi, anche nella crisi del matrimonio. Ci chiediamo a questo punto se l'eventuale atto dispositivo di un bene o di un diritto di spettanza di uno dei coniugi attuato per dare esecuzione a una siffatta convenzione o che costituisca parte integrante della convenzione stessa, laddove ritenuta valida e nei limiti di ammessa validità, possa essere assistito dal regime di esenzione dell'art. 19 della legge n. 74 del 1987; e invero non pare che emergano argomenti contrari alla sua ammissibilità. È evidente infatti che un trasferimento posto in essere *al momento e per effetto del verificarsi dell'evento cui è subordinata l'efficacia della convenzione* (evento costituito proprio dalla separazione o dal divorzio) è uno di quegli atti 'relativi al procedimento' (peraltro, ora è da intendersi, non solo giudiziale) di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui fa menzione l'art. 19. Ed invero una volta ritenuta possibile l'applicazione del regime di esenzione anche agli atti e ai procedimenti surrogatori di quelli giudiziali (come quelli che si articolano nella c.d. negoziazione assistita), sarebbe arduo negare l'estensione di tale regime esentativo ad atti che – sia pure in assenza di un immediato formalismo giurisdizionale o paragiurisdizionale – concorrono comunque ad attuare finalità e obiettivi propri degli stessi procedimenti di separazione/divorzio e che a questi sono indubbiamente causalmente collegati. Specularmente, e prima ancora, gli stessi accordi 'preventivi' e preliminari, sottoposti come sono al verificarsi degli eventi condizionanti sopra detti (e quindi inefficaci prima del loro avveramento), dovrebbero scontare solo un'imposta di registro in misura fissa, secondo le regole ordinarie del T.U.R. n. 131 del 1986 (art. 27), mentre all'atto dell'avveramento degli eventi condizionanti, in sede di dichiarazione resa ai sensi dell'art. 19 del T.U.R. stesso, s'invocherebbe a buon diritto il

rafforzata informativa precontrattuale (c.d. *Full disclosure*), un'assistenza legale indipendente, come potrebbe essere quella prestata dalla figura del notaio e infine l'adozione di una sorta di 'clausola di rinegoziazione' «volta a disciplinare i mutamenti non previsti e non prevedibili delle circostanze di fatto ricorrenti al momento della stipula».

[18] Ad esempio nella fattispecie esaminata dai Supremi Giudici nella sentenza sez. III, 21 agosto 2013, n. 19304 (relativa ad un accordo perfezionato in costanza di matrimonio in base al quale un coniuge aveva ricevuto dall'altro una somma che il primo si era impegnato a restituire nel caso che sopravvenisse una separazione) la Suprema Corte ritiene la perfetta validità della scrittura intercorsa in quanto «non c'è nessuna norma imperativa che impedisca ai coniugi, prima o durante il matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinarne la restituzione all'evento, futuro ed incerto, della separazione coniugale».

regime di esenzione più volte detto. Resta fuor di ogni dubbio, intuitivamente, che sarà indice di una corretta e provvida tecnica redazionale la evidenziazione a chiare lettere, nel contesto degli atti così perfezionati, dell'intimo, inscindibile legame (sia pure sotto forma di condizione sospensiva) tra gli accordi preventivi e gli atti (eventualmente) esecutivi degli stessi e il o i procedimenti (di separazione/divorzio), nelle forme (giurisdizionali o paragiurisdizionali) in cui (eventualmente) si articoleranno.

3.1. Accordi anteriori, coevi o successivi alla separazione consensuale omologata

Quanto segnatamente agli accordi intercorsi tra i coniugi, *in tempi anteriori o coevi* all'accordo di separazione poi omologato, va qui segnalato che dopo una iniziale contrarietà espressa dalla Suprema Corte di Cassazione, ormai risalente nel tempo[19], è stato successivamente ritenuto che essi siano validi ed efficaci quando, collocandosi rispetto all'accordo omologato in posizione di non interferenza, vengano a riguardare un aspetto da quest'ultimo non disciplinato, siano sicuramente compatibili con esso, non ne modifichino la sostanza e i relativi equilibri[20], ovvero assumano una posizione di conclamata ed incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato[21] (ad es, prevedendo che l'assegno di mantenimento sia concordato in misura superiore rispetto a quella sottoposta ad omologazione[22]).

Inoltre, quanto alla modificabilità (con accordo successivo) di talune clausole contenute nell'accordo di separazione consensuale, già sottoposto al giudizio di omologazione dell'autorità giudiziaria, va fatto qualche opportuno distinguo. Come è noto, recente giurisprudenza della Cassazione[23] ha ribadito il concetto

[19] Cass., 5 gennaio 1984, n. 14 (relativa ad una fattispecie in cui la pattuizione di un maggior contributo economico del marito – a titolo di spese per la governante dei figli minori – era intervenuta anteriormente all'omologazione e non era stata trasfusa nel relativo verbale).

[20] V. Trib. Lecce, 15 aprile 2003, in *Arch. loc.*, 2003, 521; Trib. Lucca, 26 marzo 2003, in *Dir. fam.*, 2004, 764, con nota di FRULLANO; Trib. Torino, 3 novembre 2006, in *Fam. e min.*, 2007, 2, 64, con nota di ROSSI.

[21] Cass. civ., sez. I, 10 ottobre 2005, n. 20290, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 2, 107.

[22] Cass. civ., sez. I, 30 agosto 2004, n. 17434, in *Guida dir.*, 2004, 42, 73; inoltre Cass., sez. III, 3 febbraio 2015, n. 24621 ha ritenuto *che i coniugi possano validamente regolamentare interessi di carattere patrimoniale anche ai margini del giudizio di separazione, pendente in grado di appello* e proprio in relazione alla composizione del relativo contrasto; e che quindi non sia affatto privo di effetti l'accordo transattivo raggiunto nel corso del giudizio stesso.

[23] Cass., sez. II, 12 gennaio 2016, n. 298.

per cui le modificazioni degli accordi, convenuti tra i coniugi, successive all'omologazione della separazione ovvero alla pronuncia presidenziale di cui all'art. 708 c.p.c. (cioè quella formulata in sede di tentativo di conciliazione), trovando legittimo fondamento nel disposto dell'art. 1322 c.c., devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dall'intervento del giudice *ex* art. 710 c.p.c. per la modifica formale del provvedimento di separazione, qualora non superino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 c.c. e, in particolare, quando *non interferiscano con l'accordo omologato ma ne specifichino il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti*, all'evidenza, *con gli interessi ivi tutelati*, richiamando altra sentenza della medesima Corte[24]. Si tratta di un principio già elaborato da tempo dalla Giurisprudenza di legittimità, se solo si pensa che già con sentenza del 22 gennaio 1994, n. 657 essa aveva affermato che le pattuizioni successive all'accordo omologato incontrano l'unico limite dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, fissati dall'art. 160 c.c. e, in particolare, del diritto di mantenimento e agli alimenti[25]; ma che la facoltà dispositiva dei coniugi in ordine ai diritti e interessi ad essi riferibili – al di fuori di quell'unico limite – deve essere ai medesimi solennemente riconosciuta nell'ambito dei poteri di autonomia privata *ex* art. 1322 c.c., potendo avere quelle pattuizioni l'oggetto più diversificato[26].

[24] Cass., 11 giugno 1998, n. 5829.

[25] Secondo App. Milano, 24 dicembre 1999, in *Giur. mil*., 2000, 432 «Sono validi e rilevanti gli accordi non omologati o non riprodotti in una sentenza se aventi riguardo alla regolamentazione dei rapporti economici tra i coniugi ossia quelli aventi un contenuto migliorativo rispetto a quanto sancito nel verbale di separazione o nella pronuncia di divorzio. Peraltro, tali accordi, qualora non incidenti su diritti per loro natura indisponibili, sono accreditati di piena efficacia allorquando non si presentino incompatibili con l'accordo omologato e se costituiscono una miglior specificazione e/o integrazione dello stesso».

[26] Sul tema, in chiave esemplificativa, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 219 ss. ha provveduto a catalogare: gli «accordi conclusi tra i coniugi al momento della separazione e del divorzio, aventi ad oggetto la determinazione e l'adempimento delle pretese patrimoniali»; gli «accordi preventivi di separazione e di divorzio, conclusi in un momento cronologicamente antecedente all'insorgere della crisi coniugale o, addirittura, prima del matrimonio (secondo il modello, che ci deriva dall'esperienza d'oltre oceano, dei *pre-nuptial agreements*)»; gli accordi «in cui entrambi i coniugi operino una rinuncia a qualsiasi pretesa patrimoniale»; gli «accordi successivi all'omologazione disposta dall'art. 158 c.c. e modificativi dei patti omologati; gli accordi che incidono su taluni profili dei diritti della personalità (come sono, ad esempio, quelli inerenti all'uso del nome per il momento successivo alla separazione o al divorzio)»; il «patto c.d. "di libertà", con cui ciascuno dei coniugi dichiara di reputare irrilevante la condotta dell'altro dopo il momento della separazione»; gli «accordi inerenti al mantenimento e all'educazione dei figli ovvero a quelli volti a predeterminare le modalità di esercizio della potestà nel caso in cui il genitore affidatario ricostituisca una nuova

Orbene, ai fini del trattamento fiscale di esenzione di cui al più volte richiamato art. 19, pare evidente che la sua pacifica applicazione agli accordi *successivi* alla separazione regolarmente omologata è da ricondurre all'indubbio nesso di collegamento funzionale tra i primi e la seconda[27]: il fatto che gli accordi modificativi, adottati nei limiti consentiti anzidetti, conducano all'applicazione di clausole in deroga al regolamento dei reciproci rapporti patrimoniali tra i coniugi, già oggetto del procedimento nel cui ambito è maturata l'omologa giudiziaria, non contraddice (anzi concorre) alla migliore attuazione della 'finalità equilibratrice' perseguita dal procedimento di separazione e alla '*ratio*' di semplificazione (anche fiscale) ad esso connessa. Al contrario, *quanto agli accordi anteriori o coevi* se ne potrebbe, a prima vista, ritenere la sottrazione al regime di esenzione in quanto dagli stessi, per ragioni temporali, potrebbe non emergere un evidente stretto collegamento con il successivo procedimento di omologazione (per ipotesi poi nemmeno perfezionatosi). D'altra parte, almeno nell'ipotesi in cui detti accordi anteriori o coevi contengano clausole con funzione rafforzativa e migliorativa rispetto alle condizioni di cui all'accordo poi successivamente omologato, tale collegamento dovrebbe essere opportunamente evidenziato al fine di invocare il trattamento di esenzione, ricorrendo al *rimedio di sottoporre l'efficacia delle clausole pattizie alla condizione sospensiva della omologazione* dell'accordo formale nell'ambito del procedimento, e fruendo così e per intanto del beneficio dell'imposta di registro in misura fissa, salva la successiva definitiva e totale esenzione da imposte.

Quando detto, anziché smentire, sembra confermare quella distinzione efficacemente sottolineata in dottrina[28] tra gli '*effetti*' della separazione (quelli che si producono solo in esito alla omologazione da parte dell'autorità giudiziaria) ai sensi del primo coma art. 158 c.c. (e per il quale come è noto «La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice») e le '*condizioni*' della separazione (che invece possono essere convenute in autonomia dai coniugi e la cui efficacia non è necessariamente subordinata allo scrutinio di omologazione). I coniugi, in verità, ben potrebbero convenire un certo trasferimento patrimoniale, anche immobiliare, dall'uno a favore dell'altro prima di rivolgersi al giudice per la

famiglia». Cfr. anche G. GRASSO, *Accordi di separazione, buona fede e violazione del giusto processo*, in *Fam. e dir.*, 2011, 1, 60 (nota a sentenza).

[27] Collegamento che anche qui con una corretta tecnica redazionale sarà necessario ed oltremodo opportuno evidenziare nel contesto dell'accordo.

[28] G. OBERTO, *Ancora sule intese traslative tra coniugi in sede di crisi coniugale:* a neverending story, in *Fam. e dir.*, 2011, 6, 589 ss. (nota a sentenza).

separazione al fine di «regolare i propri rapporti economici … e di eliminare possibili controversie su questioni non strettamente riguardanti la separazione stessa e di definire anche i rapporti economici con i figli maggiorenni che con la separazione non avrebbero nulla a che fare». La fattispecie, come esattamente descritta, ha formato oggetto di una sentenza emanata dalla Suprema Corte[29] che si è dovuta pronunciare sulla validità di una scrittura notarile intercorsa tra i coniugi, prima della conclusione del procedimento di separazione, in forza della quale erano stabiliti il riconoscimento in favore di uno di essi della proprietà di un immobile di proprietà dell'altro e altresì l'obbligo della corresponsione a favore del medesimo del prezzo di L. 30.000.000 concordato per la cessione onerosa del 50% delle quote di proprietà di un'imbarcazione. In tale evenienza, non era seguita poi l'omologa del verbale di separazione consensuale e si era addivenuti ad una separazione giudiziale. Ebbene il giudice di legittimità, confermando le conclusioni del giudice di merito, ha argomentato per la piena validità dell'originario accordo transattivo tra i coniugi, perché esso – è stato affermato – conserva la sua dignità giuridica e perché non si può nemmeno ipotizzare che la circostanza della separazione consensuale, poi mancata, abbia avuto il valore di una sorta di 'presupposizione', di guisa che non operando più questa quell'accordo si sarebbe dovuto intendere caducato.

Ciò conferma come per questa giurisprudenza sia ben chiara allora la differenza cui si accennava tra 'effetti' dipendenti dall'omologazione giudiziale dell'accordo di separazione e le altre 'condizioni' ad esso esterne la cui efficacia è sdoganata del pronunciamento omologatorio e che ben possono vincolare i contraenti/coniugi indipendentemente da esso.

Peraltro in questa particolare ipotesi, proprio in quanto non si pone più un collegamento stringente tra il trasferimento patrimoniale poi attualizzato in esecuzione dell'originario accordo e il procedimento di separazione (che da esso si distingue e prescinde per quanto sopra detto), è fortemente dubbioso che possano ricorrere i presupposti per l'applicazione del regime di esenzione fiscale di cui alla legge n. 74 del 1987.

Il che, per differenza, consegna nella mani dell'interprete un altro prezioso strumento di lettura e di coordinamento applicativo del regime di esenzione al vaglio, legittimandone l'adozione solo *laddove l'accordo (anteriore, coevo o successivo alla separazione consensuale) evidenzi il nesso connettivo* (ancorché in deroga) *con le clausole dell'intesa sottoposta all'omologa giudiziaria* e non quando – sia pure a latere del procedimento giurisdizionale o paragiurisdizionale

[29] Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997.

finalizzato alla soluzione della crisi coniugale – tale nesso risulti evanescente o addirittura inesistente.
Intuitivamente, ai fini di una legittima applicazione del regime di esenzione, molto concorrerà anche la tecnica redazionale finalizzata ad evidenziare il detto nesso di connessione al 'procedimento' e la (lecita) 'causa concreta' perseguito dai coniugi attraverso l'accordo perfezionato nell'esercizio della loro legittima capacità di autodeterminazione negoziale.

4. Unioni civili

È noto chela legge 20 maggio 2016, n. 76 – già entrata in vigore dal 5 giugno 2016 – ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della 'unione civile', intesa quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione costituita da due persone maggiorenni dello stesso sesso mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni (commi 1 e 2 dell'unico articolo della legge). Inoltre la medesima legge ha disciplinato anche le cause di scioglimento di detta unione: oltre quelle 'automatiche' (per morte o dichiarazione di morte presunta di una delle parti, in forza di sentenza passata in giudicato) e quelle su domanda avanzata innanzi al Tribunale da una delle parti della unione (per cause penali e/o particolari stati e situazioni soggettive dell'altra parte) ai sensi dell'art. 3 delle legge n. 898 del 1970, lo scioglimento può conseguire anche alla manifestazione di volontà, ancorché disgiunta di ciascuna parte, resa dinanzi all'ufficiale di stato civile, cui deve seguire nel termine di tre mesi la vera e propria domanda di scioglimento[30].
Inoltre il comma 25 ha previsto che si applichino, tra gli altri, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-*bis*, 10, 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies* e 12-*sexies* della legge 1° dicembre 1970, n. 898 (in materia di scioglimento o cessazione degli effetti civili

[30] Il recente decreto attuativo del 19 gennaio 2017, n. 5 (GU n. 22 del 27 gennaio 2017) dispone e precisa al riguardo (andando a modificare l'art. 63 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 recante il regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, con l'aggiunta al comma 1 della lettera g-*quinquies*) che negli archivi di stato civile deve essere annotata *la manifestazione congiunta* di volonta di scioglimento dell'unione civile, a norma dell'art. 1, comma 24, della legge 20 maggio 2016, n. 76, ovvero *la manifestazione di volonta di scioglimento dell'unione civile di una sola parte* a norma della predetta disposizione, previamente comunicata all'altra parte mediante invio di lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica o, in mancanza, all'ultimo indirizzo noto, ovvero con altra forma di comunicazione parimenti idonea.

del matrimonio), e le disposizioni di cui agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, in materia di c.d. negoziazione assistita e di semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio. È evidente che qualora la volontà di scioglimento venga manifestata con procedure che si svolgono solo innanzi all'Ufficiale di stato civile, come ad esempio la procedura di cui all'art. 12 del d.l. n. 132 del 2014 (prevista per la separazione consensuale, o per la richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio), non v'è luogo o modalità di espressione alcuna del ministero notarile.

Al contrario – ai fini che qui interessano – occorre fermare l'attenzione sulla procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati di cui all'art. 6 citato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, e/o di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio e al perfezionamento della quale possa essere chiamato anche il notaio (richiesto per ipotesi di ricevere disposizioni afferenti ad immobili[31]).

È intuitivo che, in detta ultima fattispecie, trattandosi di un accordo intercorrente tra le parti di una unione civile, non sarà concepibile che esso abbia ad oggetto la 'separazione' personale delle stesse, stante la mancanza di una fase propedeutica (quale è quella appunto della separazione) all'eventuale cessazione del vincolo, come invece avviene nel vincolo coniugale. Pertanto un siffatto accordo potrà solo riguardare lo scioglimento della unione civile, e/o la modifica delle condizioni di scioglimento.

Orbene non pare che militino ragiono ostative all'applicazione a tutti gli atti e i documenti, relativi al procedimento di scioglimento della unione civile, della norma fiscale di esenzione di cui all'art. 19 delle legge n. 74 del 1987 più volte citata; e ciò tanto se tale procedimento si articoli in forme prettamente giurisdizionali (secondo il dettato degli articoli della legge n. 898 del 1970 richiamati dalla legge n. 76 del 2016) quanto se si svolga secondo forme 'paragiurisdizionali', come appunto la negoziazione assistita.

Ciò perché il comma 20 art. 1 della legge n. 76 stabilisce che «le disposizioni

[31] Stante il disposto dell'art. 5 del d.l. n. 132 del 2014 per il quale «Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti soggetti a trascrizione, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato». Si rimanda sul punto allo studio civilistico CNN n. 571-2016/C di M. KROGH, *Il ruolo del Notaio nella negoziazione assistita della separazione e del divorzio*, cit.

che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole "coniuge", "coniugi" o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso». Tra l'altro detta statuizione è soggetta al vincolo 'funzionale' di cui alla salvezza che leggesi nell'*incipit* del medesimo comma 20 e che suona «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso»[32]. E con riferimento alla materia al vaglio, il detto vincolo 'funzionale' risulta ampiamente rispettato e applicato, in quanto è la legge stessa n. 76 che prevede, come si è rilevato, un diritto delle parti della unione civile a sciogliere il vincolo tra le stesse costituito; ragion per cui l'equipollenza tra vicende e soggetti del vincolo matrimoniale, da un lato, e del vincolo della unione civile dall'altro, sotto il particolare profilo al vaglio, opera con pienezza di effetti proprio allo scopo di rendere 'effettiva' la tutela di quel diritto.

5. Convivenza

È plausibile che anche con riferimento ad atti e documenti afferenti alla soluzione di una crisi intercorrente tra i soggetti di un rapporto di convivenza sia richiesto il ministero notarile, e che anche in relazione ad essi si ponga la questione della possibile applicazione o meno del regime di esenzione di cui all' art. 19, più volte citato.

In via preliminare e puramente descrittiva, secondo la definizione che la legge n. 76 del 2016 dà della figura dei 'conviventi di fatto' (più che di tale rapporto), va qui precisato che ci troviamo di fronte ad una unione che deve essere stabile e caratterizzata da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, tra due persone maggiorenni non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile (comma 36)[33].

---

[32] Vedi quanto già riportato in *CNN Notizie* del 20 giugno 2016, Segnalazioni Novità Normative, *La nuova legge sulle unioni civili e le convivenze. L'impatto fiscale nell'ambito delle imposte indirette*; nonché le riflessioni sul punto rinvenibili nel saggio a firma di V. MASTROIACOVO, *Considerazioni a margine della legge sulle unioni civili: il concorso alle pubbliche spese nella prospettiva dell'effettiva attuazione dei diritti*, in *Riv. dir. trib*., 2016, 4, Parte prima, 511 ss.

[33] In generale sul tema della convivenza si veda V. ROPPO, *Convivenza more uxorio e autonomia privata (ancora sui presupposti e modalità di rilevanza della famiglia senza matrimonio)*, in *Giur. it*., 1980, I, 543; F. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 143 ss.; G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 151 ss.; M.

Si prevede – solo come 'possibilità' – che i conviventi di fatto disciplinino i loro rapporti patrimoniali con un 'contratto di convivenza' redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata (da un notaio o da un avvocato – comma 51 – che ne attestino la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico, pur riservandosi solo al notaio la competenza a stipulare contratti di convivenza recanti trasferimento di diritti reali immobiliari – comma 60 ultimo inciso)[34]. La legge n. 76 – al comma 53 dell'unico articolo – indica solo alcune delle materie che ne possono costituire l'oggetto (la residenza, le modalità di contribuzione, il regime patrimoniale della comunione dei beni), ma è pacifico che i conviventi possano adottare una regolamentazione dei loro rapporti

---

FRANZONI, *I contratti tra conviventi* «more uxorio», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 737 ss.; G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 495; A. ZOPPINI, *Tentativo d'inventario per il «nuovo» diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 335 ss.; G. PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, 66 ss.; A. SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 163 ss.; A.M. BERNARDINI DE PACE, *Convivenza e famiglia di fatto. Ricognizione del tema nella dottrina e nella giurisprudenza*, in MOSCATI - ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002, 303 ss.; V. FRANCESCHELLI, voce *«Famiglia di fatto»*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 370 ss.; G. FERRANDO, *Le contribuzioni tra i conviventi fra obbligazioni naturali e contratto*, in *Fam. e dir.*, 2003, 601; L. BALESTRA, *I contratti di convivenza*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, 43 ss.; D. MURITANO - A. PISCHETOLA, *Accordi patrimoniali tra conviventi ed attività notarile*, Milano, 2009; G. FERRANDO, *Contratto di convivenza, contribuzione e mantenimento*, in *Contratti*, 2015, 722 ss.; R. SENIGALLIA, *Convivenza more uxorio e contratto*, *Nuova giur. civ.*, 2015, 11, 20671.

[34] Ma anche in assenza di un siffatto contratto il legame 'di fatto' sussiste ugualmente e comporta parimenti la produzione di una griglia di varie situazioni giuridiche previste dai commi 38 (diritti stabiliti dall'ordinamento penitenziario), 39 (diritto reciproco di visita, di assistenza morale e di accesso alle informazioni personali in caso di malattia o di ricovero), 40 (facoltà di designazione dell'altro convivente quale rappresentante dell'altro per le fattispecie ivi indicate), 42 e 44 (diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza di proprietario del convivente deceduto per il tempo e nelle circostanze stabilite dal comma stesso o di succedere nel contratto di locazione già stipulato dal convivente conduttore, poi deceduto), 45 (godimento di titolo o causa di prelazione nelle graduatorie per assegnazione di alloggi di edilizia popolare derivante dalla situazione di convivenza di fatto), 46 (diritto alla partecipazione agli utili dell'impresa familiare, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda), 48 (possibilità per un convivente di essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno dell'altro convivente dichiarato interdetto, inabilitato o sia beneficiario dell'amministrazione di sostegno; 49 (diritto al risarcimento del danno per il fatto illecito consumato da terzi nei confronti dell'altro convivente), 65 (diritto del convivente a ricevere dall'altro gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento in caso di cessazione della convivenza di fatto e sempre in base ad un provvedimento giudiziale).

patrimoniali con modalità e contenuti ad ampio spettro[35]. Ben potrebbero allora i conviventi (in presenza o meno di un'eventuale situazione di crisi del loro legame) pervenire ad una sistemazione dei loro rapporti patrimoniali, ricorrendo proprio alla stipula di un contrato del tipo ora illustrato, e magari addivenendo ad attribuzioni patrimoniali che richiedano necessariamente il ministero notarile: il che porrebbe, da subito, la questione della possibile applicazione o meno del regime di esenzione di cui all'art. 19 più volte citato.

Ai fini che qui interessano, è bene ricordare che il detto regime opera con riguardo ad una '*ratio*' semplificativa dei percorsi giurisdizionali afferenti ai procedimenti di divorzio e di separazione tra coniugi[36]. Come già ricordato in esordio, la Corte costituzionale nella sentenza n. 154/99 precisò che la ragione del trattamento fiscale premiale per gli atti e documenti relativi ai procedimenti divorzili, estensibile anche a quelli di separazione, era appunto da individuare nell'«esigenza di agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale» dei coniugi coinvolti, e ciò anche al fine – come la medesima Corte ebbe a ribadire nella sentenza 11 giugno 2003, n. 202, innanzi citata – «di promuovere, nel più breve tempo, una soluzione idonea a garantire l'adempimento delle obbligazioni che gravano, ad esempio, sul coniuge non affidatario della prole».

È lecito chiedersi se questa medesima '*ratio*' possa ricorrere anche con riguardo agli atti posti in essere dai conviventi ai fini della sistemazione dei loro rapporti patrimoniali, magari proprio in previsione della cessazione del legame affettivo, e particolarmente in presenza di una situazione di crisi di quel legame.

Al riguardo è bene precisare che la legge n. 76 del 2016 non disciplina affatto le modalità di uno scioglimento del rapporto di convivenza (come invece fa per le unioni civili) e non opera alcuna assimilazione con quelle che afferiscono al vincolo coniugale. L'unica disciplina disposta dal legislatore attiene alla risoluzione del contratto di convivenza (e non del rapporto di convivenza in sé), che si verifica: a) per accordo delle parti; b) per recesso unilaterale; c) per matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) per morte di uno dei contraenti.

È intuitivo rilevare, pertanto, come, in relazione al rapporto di convivenza, non esista alcun procedimento (e relativa tutela giurisdizionale o paragiurisdizionale)

---

[35] Il comma 50 art. 1 della legge n. 76, infatti, con formulazione ampia e generica stabilisce che i conviventi possono disciplinare i rapporti patrimoniali (senza necessariamente definire quali) relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza.

[36] '*Ratio*' così come desumibile anche dai lavori preparatori della legge n. 74 del 1987, preordinata alla riduzione dei costi necessari «per ripristinare con il divorzio la libertà di stato o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge n. 898 del 1970».

cui i conviventi possano/debbano accedere per porre rimedio ad un'eventuale situazione di crisi del loro legame: il medesimo contratto di convivenza, come si è rilevato, potrebbe essere 'risolto' per semplice recesso unilaterale, redatto nelle stesse forme del contratto (comma 60), con l'unico onere a carico del 'professionista' che riceve o autentica l'atto di notificare copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto (comma 61) oltre che di provvedere entro dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe (comma 52).

In ogni caso (è da intendersi quindi anche in mancanza della stipula di un contratto di convivenza) deve essere il giudice a stabilire il diritto del convivente a ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento (comma 65).

Risulta evidente, pertanto, che lo scenario di patologia procedimentale presupposto per il trattamento fiscale di favore dall'art. 19 qui difetta, perché non esiste alcuna procedura della quale si debba semplificare l'articolazione o lo svolgimento e perché il legislatore ha stabilito forme da un lato semplificate di estromissione dal legame per ciascuno dei conviventi (senza nemmeno il consenso dell'altro) e dall'altro vincolate (e vincolanti) per quanto attiene alle modalità del mantenimento del convivente bisognoso.

Da un'altra prospettiva, peraltro, è pur vero che, soprattutto in riferimento a materie che abbiamo formato oggetto di espressa disciplina nel contratto di 'convivenza', si potrebbe porre la necessità di una tutela giurisdizionale più agile e snella , soprattutto se si ha riguardo al rapporto di 'convivenza' come costitutivo di una "formazione sociale" ove si svolge la personalità dei conviventi *ex* art. 2 Cost.[37]

[37] Basti pensare al riguardo a tutte quelle ipotesi di riconoscimento della rilevanza del rapporto di convivenza *more uxorio* spesso operato dalla Giurisprudenza, per le quali si potrebbe porre la necessità di una tutela giurisdizionale più agile e snella.

Nella legge Cirinnà n. 76 del 2016, poi, emergono altre situazioni giuridiche rilevanti riguardo alle quali si potrebbe porre la necessità di una rapida ed efficace tutela su di un piano giurisdizionale, così in materia di obbligo per gli alimenti se il rapporto finisce (calcolati in base alla durata del rapporto) qualora uno dei conviventi versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento, in materia di risarcimento del danno in caso di morte del partner per illecito di un terzo (con gli stessi criteri stabiliti per i coniugi), in materia di impresa familiare e in materia di diritto all'assistenza in caso di malattia e di ricovero. Inoltre, la legge interviene sulla casa comune prevedendo che, se muore il partner proprietario, l'altro convivente può continuare a viverci per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni, ma mai per più di cinque; oppure si pensi alla esecuzione di eventuali obblighi al cui adempimento siano tenuti l'uno o entrambi i partner, anche con riferimento all'eventuale prole, di cui, secondo il nuovo dettato dell'art. 316 c.c., essi abbiano la 'responsabilità genitoriale' .

Potrebbe ad esempio verificarsi l'esigenza di ricorrere alla tutela giurisdizionale per l'adempimento di obblighi cui siano tenuti entrambi i conviventi, con riferimento alla prole, di cui, secondo il nuovo dettato dell'art. 316 c.c., essi abbiano la 'responsabilità genitoriale'. All'uopo, proprio nella citata sentenza della Corte cost. n. 202/2003 si è dichiarata legittima l'applicazione del regime tributario di favore anche in '*mancanza del rapporto di coniugio fra le parti*' per un provvedimento di condanna al contributo di mantenimento a favore della prole. Secondo la Corte infatti «ciò che rileva è che si è in presenza di ... provvedimento di quantificazione del contributo di mantenimento a favore della prole, in relazione al quale ricorrono le stesse considerazioni che militano a favore dell'esenzione tributaria qualora lo stesso sia assunto in tema di separazione e di divorzio. La circostanza che tale provvedimento è stato adottato, in un caso, in costanza di un rapporto di coniugio esistente o esistito e, nell'altro, in mancanza di tale rapporto, non giustifica in alcun modo la diversità di disciplina fiscale». Ma anche stavolta il ragionamento, peraltro condivisibile, svolto dai Giudici della Corte, suppone l'esistenza di un procedimento giurisdizionale instauratosi tra le parti e non già di un semplice regolamento contrattuale di rapporti patrimoniali (sia pure solutorio di un'eventuale crisi del legame) senza alcun collegamento con siffatto procedimento. Il che pare condurre alla consequenziale legittima applicazione della normativa fiscale di favore solo laddove tale regolamento sia perfezionato in esecuzione o in applicazione di una specifica determinazione maturata nell'ambito di una procedura giurisdizionale e sempreché si voglia prestare adesione alla interpretazione autorevole della norma di esenzione offertane dalla Corte costituzionale nella menzionata sentenza[38].

Ciò che di certo accomuna le ipotesi espressamente agevolate sul piano normativo (afferenti al procedimento divorzile e di separazione personale dei coniugi) a quelle non normate e qui oggetto di riflessione (afferenti ai contratti di convivenza) è l'esigenza di addivenire ad una sistemazione coordinata e condivisa dei rapporti patrimoniali tra i soggetti astretti da un legame affettivo (coniugi o già coniugi da un lato, conviventi dall'altro), sistemazione che in quest'ultima ipotesi addirittura potrebbe essere idonea ad evitare il ricorso alla stessa tutela giurisdizionale.
Se, infatti il vincolo coniugale, oggetto di scioglimento (in caso di divorzio), o in parte incrinato dalle vicende della separazione personale, è ciò che costituisce il presupposto della tutela e della protezione apprestata dall'ordinamento e quindi del medesimo regime fiscale agevolato qui in discussione, si potrebbe ritenere che anche il legame nascente da un rapporto di mera convivenza, laddove ritenuto meritevole di tutela in quanto costitutivo della formazione sociale ove si svolge la personalità dei conviventi *ex* art. 2 Cost, possa costituire il presupposto logico e giuridico che ottenga ai detti contratti estensivamente un trattamento fiscale agevolato. Ma è evidente che quanto qui enunciato potrebbe semmai integrare una prospettiva 'de iure condendo', come si chiarisce meglio subito in appresso nel testo.

[38] Non supportata però, a quanto consta, da alcun documento di prassi.

Pertanto e conclusivamente l'applicazione in via estensiva o analogica del regime tributario di favore al vaglio ai contratti di convivenza e agli atti con cui i conviventi regolamentano i loro rapporti patrimoniali, anche in previsione o per la risoluzione di una crisi del loro legame, in via generale – fatta salva la particolare fattispecie in cui detti atti costituiscano mero atto esecutivo delle determinazioni maturate nell'ambito di un procedimento con riferimento agli obblighi di mantenimento della eventuale prole, sulla base della illustrata interpretazione di cui alla sentenza delle Corte cost. n. 202/2003[39] – non pare operazione, allo stato attuale, concettualmente possibile, in assenza di un espresso intervento legislativo o almeno della prassi amministrativa in tal senso, soprattutto a fronte della rigida formulazione letterale dell'art. 19 più volte citato[40].

[39] E con le cautele ad essa connesse stante la mancata emanazione di documenti di prassi in tal senso, come precisato alla nota che precede.

[40] E qui pur ricordando che nella medesima sentenza della Corte cost. n. 202/2003, si ritiene possibile applicare il regime fiscale di favore anche a fattispecie non espressamente previste dall'art. 19 della legge n. 74 del 87, ma (è bene ribadirlo) se ricorre la medesima '*ratio*'. Così si esprimono i giudici costituzionali per combattere la diversa opinione della non-estensibilità: «[Non] può invocarsi la giurisprudenza secondo cui le disposizioni legislative concernenti agevolazioni e benefici tributari di qualsiasi specie, quali che ne siano le finalità, costituiscono il frutto di scelte discrezionali del legislatore, sicché la Corte non può estenderne l'ambito di applicazione, dal momento che la stessa giurisprudenza riconosce che tale estensione è consentita quando lo esiga ... la *ratio* dei benefici stessi (v. sentenza n. 431 del 1997 e n. 86 del 1985; ordinanze n. 27 del 2001 e n. 10 del 1999)».

Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Valencia

El presente trabajo pretende dar una visión crítica de la experiencia jurídica española en torno a los pactos de carácter patrimonial entre convivientes de hecho, examinando su validez desde la perspectiva de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de prohibición de enriquecimiento injusto.

The paper deals with a critic perspective on the juridical spanish experience on patrimonial agreements in case of cohabitation considereding their validity with regard to the principles of personality freedom and injust enrichment.

Il saggio intende fornire una visione critica della esperienza giuridica spagnola riguardo ai patti di carattere patrimoniale tra conviventi. esaminando la validità nella prospettiva dei principi di libero sviluppo della personalità e del divieto di ingiustificato arrichimento.

Sumario: 1. Constitución y unión de hecho: el alcance del derecho fundamental a la no discriminación respecto de la familia no matrimonial. – 2. La dispersa e incierta regulación legal española de las uniones de hecho. – 3. La libertad de pactos entre convivientes para regular los aspectos patrimoniales de la unión. – 3.1. La constitución tácita de una comunidad sobre la vivienda en la que se reside. – 3.2. La constitución tácita de una sociedad irregular o de una comunidad de bienes en torno al ejercicio de una actividad profesional o empresarial. – 4. Pactos relativos a instituciones o figuras legales conexas al matrimonio. – 4.1. Imposibilidad de acogerse convencionalmente al régimen legal de gananciales. – 4.2. Pactos sobre la aplicación de la pensión compensatoria del art. 97 c.c. – 4.3. Pactos relativos el uso de la vivienda familiar. – 5. Estipulaciones sobre la contribución a los gastos generados por la atención ordinaria de la familia. – 6. El alcance de la autonomía privada respecto al establecimiento o exclusión convencional de indemnizaciones. – 6.1. Previsión contractual de pago de indemnizaciones al extinguirse la unión de hecho: libre desarrollo de la personalidad y prohibición de enriquecimiento injusto. – 6.2. Pactos de renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones. – 6.2.1. Validez de los que excluyen las ligadas al mero hecho de la ruptura de la convivencia. – 6.2.2. Invalidez de los que excluyen el pago de todo tipo de indemnización, cualquiera que sea su causa: contrariedad al principio de prohibición de enriquecimiento injusto (inaplicación de la doctrina jurisprudencial de la *cláusula rebus sic stantibus*).

1. Constitución y unión de hecho: el alcance del derecho fundamental a la no discriminación respecto de la familia no matrimonial

El art. 39.1 de la Constitución Española (CE) establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El precepto habla de "familia", y no de "familia legítima" (o "matrimonial"), por lo que la protección que el precepto otorga a la familia no debe identificarse, necesariamente, con la que tiene origen en el matrimonio, el cual se regula en un precepto específico (art. 32 CE), y en capítulo diverso.

Esta es la posición mantenida por la jurisprudencia constitucional desde tiempos tempranos, con apoyo en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE[1], cuando afirma que «el concepto

[1] La STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992 (Tol 82002), afirma, así, que «Nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la Norma fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen». Según la STC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (Tol 82029), «la Constitución no sólo protege la familia que se constituye mediante el matrimonio – aunque a ésta se la proteja especialmente (STC 45/1989) – sino también a la familia como realidad social,

constitucional de familia (no) se reduce a la matrimonial»[2]. Por lo tanto, dentro de la noción de familia contemplada en el art. 39.1 CE hay que situar las uniones no matrimoniales que tienen su origen en una decisión libre de los convivientes (que realizan, así, una determinada opción vital en el ejercicio de la libertad nupcial negativa) y en las que concurren las notas de unidad, estabilidad y afectividad.

Ahora bien, la inclusión de la familia de hecho en el genérico mandato de protección que la norma dirige a los poderes públicos, no prejuzga la cuestión del "grado" de dicha protección. Me parece, así, pertinente distinguir diversos grados de protección constitucional en el ámbito familiar: a) la Constitución garantiza la protección integral de los hijos y de las madres, sin que quepa discriminar a aquéllos o a éstas, por razón de su filiación o su estado civil, respectivamente; b) la Constitución no garantiza, en cambio, una protección uniforme para todo tipo de uniones entre personas situadas en posición de paridad (es decir, cónyuges o convivientes de hecho).

Como afirma reiterada jurisprudencia constitucional[3], «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema, y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional»; por el contrario, la unión de hecho, «ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento»[4].

entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable, de una pareja».

[2] STC 116/1999, de 17 de junio de 1999 (Tol 13003).

[3] La STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990 (Tol 81857) afirma que «lo que no reconoce la Constitución es un pretendido derecho a formar una unión de hecho que, por imperativo del art. 14 sea acreedora al mismo tratamiento […] que el dispensado por el legislador a quienes ejercitando el derecho constitucional del art. 32.1, contraigan matrimonio y formalicen así la relación que, en cuanto institución social, la Constitución garantiza». La STC 66/1994, de 28 de febrero de 1994 (Tol 82474) afirma que «no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 C.E., ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras uniones convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorecen el derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 C.E.), siempre, claro está, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir '*more uxorio*'».

[4] V. así STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), que utiliza este argumento para considerar que la ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables", no incurre en una extralimitación competencial, vulnerando el art. 149.1, regla 8ª, CE, que, "en todo caso", atribuye al Estado competencia exclusiva para regular "las relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio". Observa que, «Así como la competencia estatal en

Por lo tanto, la parificación de trato jurídico que, en algunos aspectos, establecen ciertas normas civiles, estatales o autonómicas es, en general, una pura opción del legislador, que, si bien puede encontrar cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (siempre, claro está, que no se imponga imperativamente a los integrantes de la unión de hecho)[5], no es una exigencia constitucional desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental a la no discriminación[6], por lo que no me parece pertinente justificarla en el art. 14

relación con el art. 32.2 CE se refiere en todo caso al matrimonio, la ley Foral 6/2000 disciplina una realidad social diferente, ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos. Y aun cuando pueda encontrarse cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa». Y añade: «Estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan».

[5] F. PANTALEÓN PRIETO, *Régimen jurídico civil de las uniones de hecho*, en *Uniones de hecho* (coord. J. M. MARTINELL y Mª T. ARECES PIÑOL), Lérida 1998, 72 y 74, afirmó, así, en su momento, rotundamente que era «legítimo constitucionalmente tratar distinto, en concreto, mejor, al matrimonio que a la convivencia extramatrimonial»; invocando el art. 10.1 CE y el principio de libre desarrollo de la personalidad en contra de una parificación imperativa del matrimonio y la convivencia extramatrimonial, la cual estaría «impidiendo la libre opción, que entra en el campo del libre desarrollo de la personalidad, de la dignidad de la persona humana, de organizar la convivencia en pareja al margen del ordenamiento en aquello que sólo afecta a la decisión de las personas adultas que deciden convivir, decisión que debe ser exquisitamente respetada por el legislador».

[6] Tal es el caso, en mi opinión, del art. 16.2 de la ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, que, en materia de subrogación por muerte del inquilino en el arrendamiento urbano, equipara al cónyuge viudo y al conviviente supérstite. No obstante, otra fue la opinión de la jurisprudencia constitucional respecto del art. art. 58.1 de la anterior ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (que no contemplaba dicha equiparación). La STC 222/1992, de 11 de diciembre (Tol 82002), lo declaró inconstitucional, afirmando que la situación protegida por el referido precepto, mediante la subrogación, no era la unión matrimonial, per se, sino la convivencia («haber vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento»), y, de ahí, que posibilitara «una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia»; y en el mismo sentido se pronunciaron las posteriores SSTC 6/1993, de 18 de enero de 1993 (Tol 82029); y 47/1993, de 8 de febrero de 1993 (Tol 82070). Es otra la opinión de F. PANTALEÓN PRIETO, *Régimen jurídico*, cit., 75-76, quien consideró "perfectamente razonable" esta posición, si bien criticó que «no tuviera argumentación ni valor para decir que contradecía la jurisprudencia anterior».

CE[7]. Dicho de otro modo: las personas que, en el ejercicio de su libertad nupcial, deciden no casarse no pueden esperar beneficiarse automáticamente de todas las consecuencias jurídicas que la ley atribuye a las personas que ejercitan el derecho constitucional a contraer matrimonio. A este respecto, hay que recordar la consolidada doctrina jurisprudencial[8], según la cual el antiguo art. 174 de la ley General de la Seguridad Social, que, a diferencia de lo acontece en la actualidad (tras la reforma llevada a cabo por la ley 40/2007, de 4 de diciembre), reconocía el derecho a percibir pensión de viudedad, exclusivamente, al cónyuge (no al conviviente) supérstite, no era contrario al principio constitucional de igualdad[9].

---

[7] Me parecen particularmente interesantes las reflexiones que lleva a cabo M. CUENA CASAS, *Uniones de hecho y abuso del derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio*, en *Diario La ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005, Sección Doctrina, LA LEY 875/2005, la cual cuestiona la constitucionalidad, desde el punto de vista del derecho a la no discriminación, de las legislaciones civiles autonómicas, que en algunos aspectos equiparan las uniones de hecho al matrimonio, pero sólo en las ventajas, y no en las obligaciones que resultan del estado civil de casado, lo que, según la autora, es «potencialmente inconstitucional, por generarse una discriminación contra el matrimonio».

[8] Dicha doctrina jurisprudencial arranca del conocido ATC 156/1987, de 11 de febrero (*Jurisprudencia Constitucional*, 1987, t. XVII, 876-879), que observa: «la libertad de opción entre el estado civil de casado o de soltero es uno de los derechos fundamentales más íntimamente vinculados al libre desarrollo de la personalidad, considerado por la Constitución fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución). Este derecho o libertad fundamental es un derecho en sí mismo considerado, reconocido por la Constitución en su art. 32.1, tanto en sentido positivo, como negativo, de tal modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. En cuanto derecho fundamental autónomo no necesita ser subsumido en ningún otro derecho fundamental, en particular, en el derecho a la libertad ideológica, con el que sólo muestra delimitados puntos de contacto. Pero aun admitiendo esta subsunción de la 'libertad negativa' al matrimonio en el art. 16.1 de la Constitución a efectos de su amparo constitucional, parece claro que nada tiene que ver este derecho con la percepción de una pensión de viudedad o, dicho de otro modo, el contenido del derecho a no contraer matrimonio no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo del fallecimiento de una de las partes integrantes de la unión de hecho». Tal afirmación se vertebra sobre la idea de que «el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son situaciones equivalentes, siendo posible, por ello, que el legislador dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diversas de la diferente situación de partida», pues del art. 14 C.E. no se desprende «la parificación de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes, de los derechos y deberes de las parejas que hubieren o no contraído matrimonio».

[9] Así lo constatan las SSTC (Pleno) 92/2014, de 10 de junio (Tol 4422359), y 93/2014, de 12 de junio (Tol 4422358), que, respectivamente, desestimaron una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de amparo, en los que se argumentaba que la denegación de la pensión de viudedad a la persona supérstite de una pareja homosexual vulneraba el art. 14 CE, toda vez que, al no existir en aquel momento posibilidad legal de contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas estables homosexuales nunca tenían derecho a percibir pensión de viudedad. El TC reitera que «la exigencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión

Hay, además, que tener en cuenta que, en la actualidad, tras las reformas llevadas a cabo por las leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, es posible el matrimonio entre personas del mismo sexo (la imposibilidad legal de contraerlo era, precisamente, uno de los argumentos más importantes en favor de la equiparación legal entre matrimonio y unión de hecho)[10], como también disolverlo, sin causa alguna, más allá de la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges de divorciarse, expresada, eso sí (como regla general), una vez transcurridos tres meses después de haberse casado (art. 81.2 c.c.)[11]; y ello, desde la consideración de que no existe ningún motivo para seguir estando vinculado, cuando se haya llegado a la convicción de que el propio matrimonio ya no es un cauce idóneo para el desarrollo de la propia personalidad de quien quiere divorciarse[12]. Así mismo, hay que tener presente que el vigente art. 82 c.c. (en la redacción dada al precepto por la disposición final primera, 18, de la

---

de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social no pugna con el art. 14 CE, ni tampoco las medidas de los poderes públicos que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales», insistiendo en «el amplio margen de apreciación y configuración del legislador en cuanto al régimen de prestaciones económicas de la Seguridad Social y las situaciones que han de considerarse merecedoras de protección»; y concluye: «Ha de ser, por tanto, el legislador – en modo alguno este Tribunal actuando de legislador positivo retrospectivo y comprometiendo desembolsos económicos del erario público- el que, en su caso, decida, al hilo de los cambios sociales, cuál es el momento en que procede extender la pensión de viudedad a otros supuestos y con qué alcance».

[10] F. PANTALEÓN PRIETO, *Régimen jurídico*, cit., 71, que se pronunciaba en favor de que los convivientes homosexuales pudieran, si así lo deseaban, institucionalizar jurídicamente su convivencia, afirmaba, que, una vez que ello fuera posible (todavía no se admitía el matrimonio entre personas del mismo sexo), «sería también perfectamente razonable afirmar que la regla general en materia de convivencia more uxorio, debiera ser la no intervención del legislador».

[11] No puede dejar de evidenciarse que este divorcio sin causa desdibuja los límites entre el matrimonio y la unión de hecho. Precisamente, J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?*, en *Revista Jurídica del Notariado*, 1999, 232, consideraba que «la diferencia esencial entre el matrimonio y la unión libre» es la «libre ruptura de la unión». Decía, así: «La institución matrimonial se configura sobre la exclusión de la libre ruptura. Si una comunidad de vida de tipo familiar puede ser disuelta por decisión de uno sus integrantes, sin necesidad de acreditar que concurre una justa causa, estaremos ante una unión libre, más, menos o nada regulada, no ante un matrimonio».

[12] La Exposición de Motivos de la ley 15/2005, en orden a explicar el sistema de divorcio que instaura, afirma que «se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

ley 15/2015) permite el divorcio (y la separación) notarial (al margen, pues, de un proceso judicial), por mutuo acuerdo, siempre que los cónyuges no tengan hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente que estén a su cargo[13].

2. La dispersa e incierta regulación legal española de las uniones de hecho

En el Derecho civil común no existe una regulación orgánica de las uniones de hecho[14], sino, exclusivamente, algunas normas que, básicamente, las equiparan a los matrimonios en algunos aspectos concretos, siendo el caso paradigmático el art. 16.2 de la ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en materia de subrogación en el arrendamiento urbano por muerte del conviviente del inquilino.

Sí existe, en cambio, un conjunto de normas civiles autonómicas[15] que establecen

[13] Tras la reforma de 2015 se ha dado, pues, un paso más en la "personalización" del matrimonio, reconociéndose dos nuevos negocios jurídicos de Derecho de familia orientados, no ya a la constitución de un estado civil, como es el caso del matrimonio, sino a la suspensión de los efectos de las obligaciones que lo integran (separación) o a la extinción del estado civil de casado (divorcio): eso sí, dichos negocios jurídicos exigen para su validez la intervención de Secretario Judicial o de Notario: en el primer caso, se estará a lo dispuesto en el art. 777.10º LEC; y, en el segundo a lo previsto en el art. 54 LN (preceptos ambos cuya redacción actual se debe a la ley 15/2015).

[14] En realidad, un sector de la doctrina se ha manifestado en contra de una regulación orgánica de las uniones de hecho, por entender que dicha regulación no casaría bien con el carácter informal de las mismas. Así, por ejemplo, J.B. JORDANO BAREA, *Matrimonio y unión libre, en Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. II, Almería, 2000, 858-859, observa que, «Aún con una ley reguladora de las parejas de hecho estables siempre habrá quienes legítimamente deseen unirse al margen de ella»; y añade: «Se trata, por tanto, de una verdadera paradoja jurídica o de una aporía sin fácil solución»; por ello, aboga por una actitud de *dissimulatio* o tolerancia, que consiste en hacer la *vista gorda jurídica*».

[15] A saber, la ley catalana, de 15 de julio de 1998, de "uniones estables de pareja", sustituida por el art. 234-1 a 14 del Código civil de Cataluña; la ley aragonesa, de 26 de marzo de 1999, de "parejas estables no casadas", sustituida por los arts. 303-315 del Código de Derecho Foral de Aragón; la ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables" [de las que han sido declarados inconstitucionales, por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), todos los preceptos de carácter estrictamente civil, que imponían a los convivientes una serie de obligaciones, por el mero hecho de la convivencia, prescindiendo de su voluntad de asumirlas], la ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", la ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001 sobre "uniones de hecho" [cuyos arts. 4 y 5 han sido declarados inconstitucionales por la STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (Tol 3659972)]; la ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", la ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", la

una regulación detallada, pero diferente, de las uniones de hecho, lo que se traduce (desde mi punto de vista) en una indeseable dispersión normativa[16] y en una inseguridad jurídica, máxime, cuando alguna de ellas, en clara contradicción con el art. 149.1, regla 8ª, determinan las reglas de solución de los conflictos interregionales cuando los convivientes tienen vecindades civiles diversas[17]. Pero es más, varias de estas legislaciones autonómicas plantean dudas acerca de

ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho", la ley vasca, de 7 de mayo de 2003, "reguladora de las parejas de hecho"; o la ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho". La ley 10/2007, de 28 de junio, de reforma de la Disposición Adicional Tercera de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ha introducido modificaciones en el estatuto jurídico de las parejas de hecho, quienes en la redacción anterior se equiparaban ope legis al matrimonio, exigiéndose ahora, en cambio, una declaración expresa respecto a este extremo en el momento de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia. La norma autonómica sobre la materia más reciente fue la ley valenciana, de 15 de octubre de 2012, de "uniones de hecho formalizadas", cuyos arts. 6, 7, 8, 9. 10, 11, 12, 13 y 14 (de carácter estrictamente civil) fueron declarados inconstitucionales por STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110).

[16] Son numerosas las voces en la doctrina que, ante esta dispersión normativa, se refieren, en alguna medida, a una necesidad de armonización de la legislación sobre la materia. V. en este sentido A. LECIÑENA IBARRA, *Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho*, en *Revista de Derecho Privado*, 2011, 64; C. PINTO ANDRADE, *Efectos patrimoniales tras la ruptura de las parejas de hecho*, Barcelona, 2008, 42; P. ORTUÑO MUÑOZ y F. VEGA SALA, *Constitución de la convivencia* "more uxorio", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, 113. Por el contrario, E. ROCA TRÍAS, *Repensar la pareja de hecho*, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, 427-431, no considera un mal la proliferación legislativa autonómica, centrando su preocupación en la circunstancia de que Comunidades Autónomas sin competencia legislativa en materia civil hayan regulado las uniones de hecho y en la «necesidad urgente de establecer una norma de conflicto para determinar la legislación aplicable en el caso de que los convivientes estén sujetos a distintos derechos civiles».

[17] Es lo que sucedía con el art. 2.3 de la ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables», declarado inconstitucional por la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE.

su inconstitucionalidad (algunas de ellas ya despejadas jurisprudencialmente); y ello, en un doble sentido:

a) Por un lado, desde el punto de vista de la competencia de las Comunidades Autónomas (las que carecen de Derecho civil propio) para regular aspectos estrictamente civiles de las uniones de hecho, que, en principio, según el art. 148.1, regla 8ª, CE son de competencia exclusiva del Estado («sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»).

Han sido, así, declarados inconstitucionales[18] los arts. 4 y 5 de la ley madrileña, de 19 de diciembre de 2001, sobre "uniones de hecho", que regulaban los requisitos de validez y contenido de los pactos encaminados a regular las relaciones patrimoniales entre los convivientes, durante la vigencia de la unión de hecho y a su cese (así como el procedimiento de inscripción registral de dichos pactos). Dice, así, en un razonamiento que puede aplicarse a varias leyes autonómicas, cuya competencia en materia de Derecho civil es dudosa[19], que en

[18] STC (Pleno) 81/2013, de 11 de abril (Tol 3659972).

[19] Me refiero, básicamente, a la ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", la ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", la ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho, la ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho", o a la ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho".

Subiste, en cambio, la duda sobre la constitucionalidad de la Disposición Adicional de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (modificada por el artículo único de la ley 10/2007, de 28 de junio), que equipara uniones de hecho y matrimonio (mediando voluntad de los convivientes en favor de dicha equiparación), ya que la STC (Pleno) 75/2014, de 8 de mayo (Tol 4356989), no ha entrado sobre el fondo del asunto. El Tribunal proponente de la cuestión dudaba de su constitucionalidad, en la medida en que podía suponer una extralimitación competencial, por no suponer «un supuesto de conservación ni modificación del derecho foral de Galicia» y ser «más que dudoso que se pueda entender como desarrollo, pues no es fácil la conexión con ninguna institución ya regulada por el Derecho foral gallego a la que se esté actualizando o innovando, por lo que no cabe descartar la invasión de la competencia del Estado en materia de legislación civil».

Estamos, pues, ante un caso de una Comunidad Autónoma, que, como es Galicia, tiene indudablemente competencia para legislar en materia de Derecho civil, pero lo que se pone en duda (y es legítimo planteárselo) es si dicha competencia puede ejercerla sobre las uniones de hecho, por ser ésta una materia ajena al Derecho Foral gallego, que no está conectada con ninguna de las en él reguladas. Como hemos dicho, no se entró en el fondo del asunto planteado, por entenderse que «la disposición cuestionada no es aplicable al litigio y en consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de fundamento competencial para la regulación de las parejas de hecho en el Derecho civil de Galicia, sería innecesario o indiferente para la decisión del proceso en el que, realmente, lo que se debate es la existencia misma de una situación de convivencia de hecho sometida a las previsiones de la norma». Y añade que «En un caso que tiene gran similitud con el aquí enjuiciado, este Tribunal declaró en la STC 18/2014, de

los preceptos se «contempla un régimen normativo generador de obligaciones económicas derivadas de dicha situación de hecho que pertenece al ámbito de las relaciones jurídico – privadas de los miembros» de la misma; y, «atendiendo a la finalidad que persigue – dicho efecto se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, teniendo, por tanto, una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil». En definitiva, concluye que con dichos preceptos la Comunidad Autónoma «se sitúa extramuros de sus facultades legislativas y vulnera las competencias del Estado, tal como las mismas se establecen en el art. 149.1.8 CE, debiendo ser declarado, por ello, inconstitucional y nulo».

Lo mismo ha acontecido con los preceptos de carácter civil de la ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalidad Valenciana, de uniones de hecho formalizadas, que han sido declarados inconstitucionales, por extralimitación competencial, al recaer sobre una materia respecto de la cual la Comunidad carece de capacidad para legislar[20], subsistiendo, pues, tan sólo, los preceptos (neutros desde un punto de vista competencial) que se limitan a definir la "unión de hecho formalizada" y prever su inscripción (art. 3), a determinar quiénes pueden formarla (art. 4) y a establecer sus causas de extinción (art. 5); y, así mismo, el art. 15, que regula efectos no civiles de la unión, meramente administrativos o sociales, equiparándola al matrimonio, por ejemplo, respecto de licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar[21].

30 enero 2014, en relación con esta misma disposición adicional tercera de la ley de Derecho civil de Galicia, que del razonamiento del órgano judicial no se desprendía que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional fuera necesario para resolver el caso sometido a su consideración, dado que no definía la aplicabilidad de la norma al caso por razones temporales».

En cambio, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), no ha considerado que hubiera extralimitación competencial en la regulación sustantiva de la ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables», afirmando que el legislador foral «puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, atendiendo a las previsiones de la LORAFNA [ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra], en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3) ».

[20] En cambio, respecto del art. 1 ("Objeto y principios de esta ley"), el TC entiende que «solamente resulta inconstitucional en el inciso que da soporte a la normativa civil comentada, pero no en su integridad; el resto del precepto puede seguir dando soporte a las normas válidas de la ley».

[21] Hay que tener en cuenta que, por aplicación del art. 149.1, regla 8ª, CE, no existiendo en Valencia una Complicación de Derecho Foral al tiempo de promulgarse la Constitución, la competencia de la Comunidad Valenciana para legislar sobre cuestiones de Derecho civil se reduce, exclusivamente, a materias sobre las que en ese momento (1978) hubiere pervivido un Derecho histórico por vía de costumbre [como es el caso paradigmático de los arrendamientos rústicos, resuelto por la STC 121/1992, de 28 de septiembre (Tol 80731), que declaró la competencia de la

b) Por otro lado, la duda respecto la constitucionalidad surde desde la perspectiva del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, desde el momento en que, algunas de las legislaciones, imponen imperativamente a los convivientes (por el mero hecho de haber convido un periodo de tiempo o de haber tenido descendencia), una especie de estatuto

---

Comunidad Valenciana para regularlos, al haber pervivido por vía consuetudinaria] o que fueran conexas a dichas materias en orden a una actualización o innovación de contenidos, según sus principios informadores peculiares [ello, según la doctrina de las materias conexas, claramente expuesta en la STC 88/1993, de 12 de marzo (Tol 82111)].

Ciertamente, el artículo 49.1.2a del Estatuto de la Comunidad Valenciana, en su redacción de 2007, atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el Derecho Foral civil valenciano. Hay quien ha considerado que este precepto legitimaba a la Generalidad para recuperar el Derecho Foral antiguo, adaptándolo a la actual realidad social. Sin embargo, lo cierto es que el precepto, como el art. 149.1, regla 8ª, CE, presupone la existencia previa de un Derecho foral vigente, por lo que no habilita a la Comunidad para regular instituciones ya desaparecidas en 1978, como tampoco para regular *ex novo* las que, como es el caso de las uniones de hecho, nunca fueron reguladas.

Así, la STC 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110), al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la ley 5/2012, de 15 de octubre, observa, que la validez de la misma depende «de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la ley», «o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero 'conexa' con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un 'desarrollo' de su Derecho civil foral o especial», concluyendo que «De no poder hacerlo [que es lo que aconteció], la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia» [es el mismo argumento utilizado por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), que declaró inconstitucional la ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano].

Nada queda, pues, de los preceptos civiles ley 5/2012 que regulaban los derechos y deberes de la los convivientes; sin embargo, hay que tener en cuenta que, con la excepción del art. 14, que regulaba los «derechos de la persona conviviente supérstite en la sucesión de la persona premuerta», el cual no se llegó a aplicar nunca, por estar suspendido por el TC [ATC (Pleno) 280/2013, de 3 de diciembre (RTC 2013, 280, AUTO)], el resto de los preceptos, sí que se aplicaron, creando situaciones consolidadas firmes, que no resultan afectadas por la posterior declaración de inconstitucionalidad.

Así, la STC 110/2016 afirma que «teniendo en cuenta la existencia de un régimen legal anterior al ahora anulado (el de la ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho) y los efectos que haya podido producir la aplicación de la ley impugnada entre los miembros de las uniones de hecho formalizadas acogidas a la misma, y en sus relaciones con terceros, el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta Sentencia, que tendrá solo efectos 'pro futuro', sin afectar a las 'situaciones jurídicas consolidadas'» [es, de nuevo, la misma solución adoptada por la STC (Pleno) 82/2016, de 28 de abril (RTC 2016, 82), respecto de la ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano].

jurídico semejante al matrimonio, prescindiendo de la voluntad de los mismos de someterse a las normas que lo integran[22].

Por ello, con indudable acierto, han sido declarado inconstitucionales[23] diversos artículos de la ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables»[24], de los que resultaba la imposición, con carácter imperativo, de una serie de derechos y obligaciones de carácter civil a los integrantes de la unión de hecho, derivados del puro hecho de convivir maritalmente durante un período ininterrumpido mínimo de un plazo que no era necesario, cuando tuvieran descendencia. El TC, con buen criterio (que sirve para otras leyes autonómicas que se basan en el mismo criterio de imposición imperativa prescindiendo de la voluntad de los convivientes[25]), afirma que «Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es […] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal». Prosigue: «La unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites […] el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja

[22] Sobre ese peligro llamaba ya la atención J. L. LACRUZ BERDEJO, *Convivencia* "more uxorio": *estipulaciones y presunciones*, en *Centenario del Código civil* (1889-1989), tomo I, Madrid, 1990, 1062, cuando afirmaba que, «si el legislador reglamentase donde los contrayentes no quieren ninguna regla, estaría infringiendo una voluntad que acaso constituye o es expresión de unos derechos de la personalidad. El legislador se inmiscuirá arbitrariamente en la intimidad de las personas».

[23] STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972). J. NANCLARES VALLE, *Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la ley foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, 1859-1914, realiza interesantes consideraciones al hilo de esta sentencia sobre el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en relación con la regulación de las uniones de hecho. V. también a este respecto A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 750, 2015, 1807-1858; y M. MARTÍN-CASALS, *El derecho a la "convivencia anómica en pareja": ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC 23.4.2013"*, en *InDret*, 3/2013.

[24] Ha declarado, así, la inconstitucionalidad del art. 2, apartado 2, párrafo primero, inciso «hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que», y párrafo segundo, y apartado 3; del art. 3, inciso «y el transcurso del año de convivencia»; del art. 4, apartado 4; del art. 5, apartado 1, inciso «respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la presente ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles», y apartados 2, 3, 4 y 5; del art. 6; del art. 7; del art. 9; del art. 11; y del art. 12.1.

[25] Esto es, el Código civil de Cataluña (art. 234-1), el Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 303 y 305), ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de «parejas estables» (art. 3.2.).

y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el art. 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja».

3. La libertad de pactos entre convivientes para regular los aspectos patrimoniales de la unión

Es evidente que los convivientes pueden, en el ejercicio de su autonomía privada, regular los aspectos económicos de su unión, tanto, durante su vigencia (el caso paradigmático es el de su contribución al pago de los gastos generados por la atención ordinaria de la familia, estipulando, por ejemplo que se hagan cargo de ellos, por mitad o en proporción a sus respectivos recursos económicos), como también, para el supuesto de su extinción (previendo, por ejemplo, la atribución por mitad a cada uno de ellos de las ganancias obtenidas por ambos mediante el ejercicio de una actividad económica o profesional).

La licitud de estos pactos, admitidos por las legislaciones autonómicas sobre uniones de hecho[26], no suscita en la actualidad ninguna duda a la luz de los

[26] El art. 234-3 y 5 del Código civil de Cataluña contempla, así, dichos pactos, tanto para ordenar la convivencia, como en previsión de su ruptura, si bien éstos últimos deberán otorgarse en escritura pública. El art. 307 del Código de Derecho Foral de Aragón prevé que los convivientes puedan regular los aspectos personales y patrimoniales de sus relaciones, mediante escritura pública «siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas».

Otras legislaciones autonómicas prevén también la posibilidad de que los convivientes puedan regular sus relaciones personales y patrimoniales a través de pactos (siempre con límites, que tienen que ver con el respeto al principio de igualdad, al orden público o a normas imperativas), sin exigir que los mismos sean otorgados en escritura pública, requiriendo, no obstante, que, al menos, consten en documento privado: es el caso del art. 5.1 de la ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables"; del art. 5 de la ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables" (art. 3.2.); del art. 6.1 de la ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho"; del art. 8.1 de la ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho"; del art. 5.3 de la ley vasca, de 7 de mayo, "reguladora de las parejas de

principios constitucionales[27], ya que si, en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE, toda persona puede optar entre formar una familia fundada en el matrimonio o en la mera convivencia de hecho, y, si tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial encuentran encaje en el art. 39 CE, lógicamente, se debe reconocer a los convivientes, la posibilidad de que, al amparo del art. 1255 c.c., puedan establecer los pactos que tengan por conveniente para liquidar sus relaciones económicas tras la ruptura de la convivencia[28].

Así lo afirma el TC[29], el cual observa que «Consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta […] Pues bien, este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones – antes, durante y al extinguirse esa unión – conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso, salvo que su ejercicio concreto pudiera entrar en conflicto con valores constitucionales superiores que justificaran su constricción».

Cabe, así, que los convivientes, conforme al principio de autonomía privada, expresado en art. 1255 c.c. (y respetando los límites establecidos en el precepto), constituyan una comunidad bienes (por ejemplo, sobre la vivienda en la que habitan), una sociedad para el ejercicio de una actividad económica compartida por ambos o, incluso, una sociedad universal de ganancias.

Sin embargo, lo cierto, es que en la práctica (al menos, en Derecho civil común)

---

hecho"; y de la Disposición Adicional Tercera, 3, de la ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Por el contrario, el art. 4.1 de la ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", permite que los pactos sean escritos u orales.

[27] Cfr., en este sentido, entre otros muchos, C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y de sus Efectos*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2006, 82-93, que trata de la cuestión extensamente, con examen de sus precedentes históricos, doctrinales y jurisprudenciales; como también F. PANTALEÓN PRIETO, *La autorregulación de la unión libre*, en *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre de 1986, 119-126.

[28] V. en este sentido STS 22 enero 2001 (Tol 99617).

[29] STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972).

no suelen ser frecuentes los pactos expresos entre convivientes[30], lo que plantea el problema de determinar si tácitamente quisieron constituir una comunidad o sociedad[31].

[30] La doctrina suele llamar la atención sobre la poca frecuencia con que los convivientes estipulan pactos para regular sus relaciones económicas, explicándolo en la usual intención de quienes inician una convivencia more uxorio de mantener su unión al margen del Derecho. V. en este sentido, por ejemplo, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Acuerdos entre convivientes* more uxorio, en *Revista de Derecho Privado*, 2002 (11), 846.

[31] Hay que tener en cuenta que la jurisprudencia es bastante reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias, que, en las relaciones entre los convivientes sería lo más aproximado a una sociedad de gananciales, ya que comprendería todo lo que ambos integrantes de la unión de hecho adquirieran durante la duración de ésta, con su trabajo o industria (art. 1675 c.c.)

Así, la STS 11 diciembre 1992 (RAJ 1992, 9733) rechazó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara que durante el período de convivencia *more uxorio* (de seis años) había existido una sociedad universal de ganancias, que -según ella- debía ser liquidada por partes iguales. El Tribunal Supremo afirmó que la sociedad requiere la *affectio societatis* o consentimiento de los contratantes, "que ha de ser claro e inequívoco", precisando que «La existencia de este consentimiento no es una inferencia necesaria de la situación de unión extramatrimonial que, aun siendo susceptible de generar algunos derechos de contenido patrimonial entre quienes la integran, no siempre ha de estimarse concurrente, ya que puede, sin duda, suceder que, en las uniones a que da lugar la convivencia '*more uxorio*' prefieran, quienes las forman, mantener su independencia económica, supuesto, por otra parte, más conforme con la elusión de la formalidad matrimonial». Concretamente, en este supuesto el Supremo dedujo la falta de *affectio* de la circunstancia de que los incrementos patrimoniales producidos durante la unión de hecho se habían adquirido por cada uno de los titulares individualmente y que sus actividades se habían desenvuelto «en ámbitos perfectamente diferenciados» (la mujer se había dedicado a la atención del hogar), «sin que se haya probado acuerdo alguno para que las respectivas adquisiciones se atribuyan a ambos». Téngase en cuenta, sin embargo, que la no declaración de la existencia de una sociedad universal de ganancias constituida tácitamente, no impidió conceder a la actora el derecho a percibir una indemnización de catorce millones de pesetas por aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

La STS 17 enero 2003 (RAJ 2003, 4) desestimó la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarara constituida tácitamente una sociedad universal de ganancias. La convivencia había durado diecinueve años y la demandante también se había dedicado a las labores domésticas. El Supremo afirmó que «acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (art. 393, segundo párrafo, Código Civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia '*more uxorio*' la normativa de una comunidad de gananciales o, más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial», lo que supondría «presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer». En este supuesto, como en el anterior, se consideró cauce más adecuado para proteger a la mujer perjudicada por la ruptura el recurso al principio de prohibición del enriquecimiento injusto, concediéndose a la mujer una indemnización, cuya cuantía se estableció en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el periodo en que había durado la unión de hecho.

La STS 27 mayo 2004 (RAJ 2004, 3577) es también muestra de esa tendencia jurisprudencial, que,

3.1. La constitución tácita de una comunidad sobre la vivienda en la que se reside

No son infrecuentes los casos en los que los tribunales entienden que los convivientes constituyeron tácitamente una comunidad de bienes sobre la casa en la que se ha desarrollado la vida familiar, a pesar de que dicha vivienda figure a nombre de uno solo de ellos. La jurisprudencia ha precisado, no obstante, que la mera convivencia de hecho, por prolongada que ésta sea, no establece ninguna presunción de comunidad[32], por lo que para entenderla constituida considera necesario probar la existencia de una voluntad tácita o implícita de los convivientes, de hacer común la vivienda adquirida, la cual ha de deducirse de hechos concluyentes[33].

Habitualmente, el principal dato ponderado para afirmar la existencia de la comunidad es la existencia de una cuenta corriente conjunta, en la que ambos convivientes han realizado ingresos y con cargo a la cual se ha pagado el precio de compra de la vivienda o las amortizaciones del préstamo concedido para su adquisición por una entidad bancaria[34].

con buen criterio, se muestra reacia a considerar tácitamente constituida una sociedad universal de ganancias, tal y como, en el caso litigioso, pretendía la mujer demandante. El Supremo afirma que «no siempre toda convivencia de vida – convivencia *more uxorio* o incluso el matrimonio – lleva consigo necesariamente una comunidad universal o sociedad universal de ganancias»; «en el presente caso – continúa –, se ha acreditado que no hubo comunidad de ganancias, por más que hubiera actos comunes de disposición, pero consta que no hubo voluntad expresa o tácita de hacer comunes todos los bienes adquiridos».

[32] V. en este sentido SSTS 27 mayo 1995 (RAJ 1995, 382) y 17 enero 2003 (Tol 230655).

[33] V. en este sentido SSTS 21 octubre 1992 (Tol 1655301) y 16 junio 2011 (Tol 2153790). En esta última sentencia, particularmente curiosa, el Tribunal Supremo entendió que no quedaba probado que hubiera un pacto entre los convivientes dirigido a crear una comunidad respecto al dinero obtenido con el premio de la lotería de la ONCE.

[34] La STS 29 octubre 1997 (Tol 216045), dedujo la existencia de una comunidad de bienes sobre una casa, en la que los convivientes habían fijado su residencia durante cinco años, cuyo precio había sido pagado con fondos de una cuenta corriente bancaria, que estaba a nombre de los dos y en la que se habían efectuado ingresos indistintamente por ambos.

La SAP Zaragoza 23 enero 2001 (AC 2001, 749) se pronunció en favor de la existencia de una comunidad sobre la vivienda, la cual figuraba exclusivamente a nombre del varón. Para ello valoró que la cuenta corriente con cargo a la cual se pagaba el préstamo hipotecario era de titularidad conjunta, así como que ambos convivientes habían realizado ingresos en ella, durante el tiempo que había durado la unión de hecho (dos años). No obstante, dado que los ingresos realizados por la mujer eran menores que los efectuados por el varón, se liquidó la comunidad, atribuyendo a la reclamante una tercera parte de los ingresos totales en la referida cuenta.

La SAP Asturias 26 junio 2001 (AC 2001, 2380) entendió que la vivienda en que se había desarrollado la vida en común (que había durado veinticinco años) pertenecía a ambos

No obstante, hay que advertir de que la mera existencia de una cuenta corriente bancaria conjunta no autoriza para deducir la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, incluso, aunque el precio de compra haya sido satisfecho con cargo a dicha cuenta, si consta que sólo uno de los convivientes ha realizado ingresos en ella[35].

convivientes, por mitad; y ello, aunque dicha vivienda había sido puesta a nombre de la madre de uno de ellos (la mujer). Para llegar a dicha conclusión la Audiencia ponderó que las cuotas de amortización del préstamo hipotecario se cargaban en una cuente corriente, de la que los dos convivientes eran titulares; y ello, a pesar de que cada uno de ellos mantenía cuentas de titularidad individual. También tuvo en cuenta otras circunstancias, tales como que los servicios de la vivienda habían sido contratados por los dos, que los gastos de comunidad eran pagados por ellos indistintamente y, así mismo, las declaraciones testificales de los vecinos, quienes afirmaban tener a ambos convivientes por propietarios.

La SAP Navarra 27 febrero 2002 (JUR 2002, 103962) entendió que existía una voluntad tácita de constituir una comunidad de bienes, siendo datos determinantes, entre otros, la existencia de una única cuenta corriente común y la suscripción conjunta de un préstamo con garantía hipotecaria. La sentencia de instancia había negado la existencia de una comunidad de bienes sobre la vivienda, al constar a nombre de la demandada tanto el contrato privado de compraventa como la escritura pública. Sin embargo, la Audiencia señaló que en el supuesto era irrelevante que el contrato de compraventa sólo fuera suscrito por la demandada, ya que el actor no pudo intervenir en la compraventa, habiendo quedado acreditado que para la adjudicación de las viviendas promovidas por el Concejo de Biurrun se primaba el ser natural de Biurrun, hijo de nacidos en esa localidad o tener la residencia en la misma, circunstancias que no eran predicables respecto del actor. Se afirma seguidamente que «entonces cobra trascendencia que tanto el actor como su madre contribuyeran de manera decisiva a financiar la adquisición de la vivienda, así como que el actor suscribiera con la demandada el préstamo hipotecario». Asimismo, fue también dato importante la declaración de una testigo, amiga de la demandada, quien tras reconocer que ésta no tenía trabajo estable cuando se adjudicó la vivienda litigiosa, afirmó que la adquirieron «por si los dos seguían viviendo juntos».

La SAP La Coruña 10 junio 2002 (Tol 239650) entendió que la vivienda pertenecía a los dos convivientes por mitad, a pesar de que figuraba, exclusivamente, a nombre de la mujer. El Tribunal dedujo dicha comunidad de la existencia de una cuenta corriente conjunta en la que durante el tiempo en que duró la convivencia (siete años) los dos habían ingresado sus respectivas percepciones económicas derivadas de su trabajo personal, y con cargo a la cual se había pagado el precio y los gastos notariales y registrales. En el caso litigioso la vivienda se había puesto a nombre de la mujer, porque, al tiempo de su adquisición, el varón, aunque separado de hecho, seguía estando casado con otra persona. Se trataba, pues, de evitar eventuales reclamaciones de su cónyuge acerca de la titularidad de la vivienda fundadas en la presunción de ganancialidad del art. 1361 c.c.

[35] La SAP Salamanca 29 junio 1995 (AC 1995, 1200) desestimó la pretensión de la mujer, de que se declarase la existencia de una comunidad de bienes tácitamente constituida sobre la vivienda, a pesar de que existían diversas cuentas corrientes conjuntas a nombre de ambos integrantes de la pareja, por no haberse demostrado que la demandante hubiera realizado ingresos en alguna de dichas cuentas. La Audiencia entendió que la cotitularidad de las cuentas bancarias «ni determina ni acredita condominio de su contenido» y concluyó afirmando que «la circunstancia de que haya

En sentido inverso, la circunstancia de que el precio de la vivienda o de que la amortización del préstamo concedido para su adquisición haya sido satisfecho con cargo a una cuenta de titularidad exclusiva de uno de los convivientes es, en principio, un claro indicio de que la vivienda pertenece a dicho conviviente y que, por lo tanto, no existe sobre ella una comunidad de bienes tácitamente constituida[36]. Sin embargo, el dato de que la cuenta corriente con cargo a la cual se paga el precio de la vivienda aparezca exclusivamente a nombre de uno solo de los convivientes, con el fin de reforzar la apariencia de ser aquél titular exclusivo de la vivienda (que hace figurar a su nombre en la escritura de compraventa), no es óbice para que pueda entenderse que existe una comunidad de bienes sobre dicha vivienda, si logra demostrarse que el otro de los convivientes ha realizado ingresos periódicos en dicha cuenta[37].

---

varios titulares de un depósito bancario es más bien operativa para la dinámica del contrato, de forma que cualquiera de dichos titulares ostenta facultad de disposición frente al banco, bien individual o conjuntamente, pero sin establecer la existencia de un condominio, ya que éste lo fijan las relaciones internas de los titulares y más en concreto la originaria pertenencia de los fondos depositados».

La SAP Burgos 13 noviembre 2001 (Tol 140238) negó que se hubiera constituido una comunidad tácita sobre la vivienda, porque, aunque la convivencia había durado más de dieciséis años y aunque se había probado la existencia de varias cuentas corrientes conjuntas, no obstante, se había llegado a la conclusión de que los fondos de dichas cuentas corrientes pertenecían exclusivamente al varón, que es quien había hecho todos los ingresos, procedentes de su pensión de jubilación, sin que hubiera podido probarse que la mujer hubiese hecho alguna aportación.

[36] La SAP Madrid 15 enero 2002 (JUR 2002, 121529) negó, así, la pretensión de la mujer reclamante, de que se declarase la existencia de una comunidad sobre la vivienda, porque ésta aparecía exclusivamente a nombre del varón y las amortizaciones del crédito hipotecario habían sido realizadas íntegramente con cargo a la cuenta personal de aquél, sin que la actora hubiera logrado probar haber aportado fondos a dicha cuenta para pagar las mensualidades del referido crédito, o que existiera una cuenta corriente conjunta para el pago de la hipoteca.

La SAP Vizcaya 6 septiembre 2002 (JUR 2003, 89219), negó, en este caso, la pretensión del varón, de que se declarara la existencia de una comunidad de bienes sobre la casa donde ambos convivientes había residido durante doce años. Entendió que el mero hecho de que existieran cuentas corrientes bancarias conjuntas, en una de las cuales el varón había ingresado su nómina durante dos años, no autorizaba a entender constituida una comunidad de bienes sobre la vivienda, dado que la concreta cuenta corriente con cargo a la cual se había amortizado el crédito hipotecario era de titularidad exclusiva de la mujer.

La mera circunstancia de que en la cuenta corriente de titularidad exclusiva, con cargo a la cual se satisfacen las cuotas de amortización, se halle autorizado el conviviente no titular no permite deducir, lógicamente, la constitución tácita de una comunidad de bienes sobre la vivienda, ya que dicha autorización, en ningún caso, presupone la cotitularidad de los fondos depositados. V. en este sentido SSAP Alicante 29 octubre 2001 (Tol 100157) y Pontevedra 28 abril 2006 (Tol 938477).

[37] La SAP Pontevedra 6 abril 1998 (AC 1998, 4691), consideró, así, que existía una comunidad

3.2. La constitución tácita de una sociedad irregular o de una comunidad de bienes en torno al ejercicio de una actividad profesional o empresarial

Tampoco son infrecuentes las sentencias en que los Tribunales aprecian la voluntad tácita de los convivientes de constituir entre ellos una sociedad particular de ganancias (art. 1678 c.c.), que se regirá, en cuanto sociedad irregular, por las normas de la comunidad de bienes (art. 1669 c.c.), entre ellas, por el art. 393.II c.c., conforme al cual las participaciones de los integrantes de la unión de hecho se presumen iguales.

En general, se entiende que concurre dicha voluntad cuando uno de los convivientes ha participado en la actividad empresarial o comercial del otro, durante un período de tiempo prolongado y de manera permanente; y, ante la dificultad de determinar la cuantía de las respectivas participaciones, suele liquidarse la sociedad atribuyendo a cada uno de ellos la mitad del patrimonio común[38]. Por el contrario, los Tribunales se muestran reacios a entender que ha quedado probada la voluntad tácita de constituir una sociedad, cuando la colaboración del reclamante en las actividades empresariales o comerciales del otro conviviente ha sido pasajera u ocasional, en particular, si consta que durante el tiempo en que se desarrolló la convivencia de hecho mantuvo una actividad

de bienes sobre la casa, a pesar de que su precio de compra había sido satisfecho con fondos procedentes de una cuenta corriente bancaria que estaba a nombre de la mujer, la cual también aparecía como titular exclusiva de la vivienda. Llegó a esta conclusión, tras constatar los frecuentes ingresos de dinero que el varón había realizado en la referida cuenta corriente, así como la declaración testifical del vendedor, que había afirmado que los convivientes le habían manifestado que, aunque la adquisición se hacía formalmente a nombre de la mujer, realmente, eran ambos, quienes la adquirían, por mitad.

[38] La STS 18 mayo 1992 (Tol 1659829) entendió que los convivientes habían constituido tácitamente una sociedad irregular mercantil, «ya que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se generó un patrimonio comunal». En el supuesto litigioso había existido una convivencia de hecho de veinte años y una colaboración de la mujer en la actividad profesional del varón, que era agente comercial, representante y distribuidor de comestibles, y con cuyos beneficios se habían adquirido dos viviendas, tres automóviles, ajuar doméstico, mobiliario, ropas y joyas, patrimonio que el Supremo consideró común, a pesar de que todos los bienes estaban a nombre del varón, hablando de una "titularidad fiduciaria" sobre dichos bienes, «a la que se superponía la verdadera titularidad compartida», que pertenece a ambos convivientes por partes iguales.

La STS 18 marzo 1995 (Tol 1667230) consideró la existencia de una sociedad irregular, en este caso, calificada, como civil, basándose en los *facta concludentia* de los litigantes, los cuales habían convivido «un periodo de tiempo prolongado en el que ambos ejercieron juntos diversas actividades industriales y adquirieron bienes conjunta o individualmente uno de ellos, pero para la sociedad que su prolongada convivencia y trabajo en común habían consolidado».

laboral retribuida, propia e independiente de la desplegada por su compañero[39]. Conviene precisar que la jurisprudencia más reciente tiende a considerar que

---

La SAP Alicante 17 mayo 2001 (Tol 63718) se pronunció en favor de la existencia de una sociedad irregular entre los integrantes de una unión de hecho, al haber quedado acreditado por prueba testifical que durante el tiempo que había durado la convivencia *more uxorio* (cincuenta años) hubo una aportación constante de trabajo por parte de la mujer en el negocio del varón, generándose unos ingresos, con los que se adquirió un patrimonio común, entendiendo la Audiencia que los bienes integrantes de dicho patrimonio debían ser divididos por partes iguales entre los dos convivientes.

La SAP Palmas 22 mayo 2001 (JUR 2002, 29175) consideró tácitamente constituida una "comunidad de bienes", que, en puridad, era una sociedad irregular, la cual tenía por objeto la explotación de un bar, con cuyos ingresos se habían comprado dos viviendas. La convivencia *more uxorio* también había sido prolongada y existían hijos comunes. La Audiencia afirmó que «la explotación del negocio fue realizada desde el inicio de forma conjunta, siendo sus beneficios la fuente de ingresos de la familia», afirmación que fundamentó en las declaraciones testificales de los clientes y de los proveedores, los cuales manifestaron que siempre habían considerado dueños del negocio a los dos convivientes, ya que ambos lo regentaban y trabajaban en él indistintamente.

La SAP Valencia 12 febrero 2002 (Tol 231438) dedujo la existencia de una sociedad civil irregular tácitamente constituida por los integrantes de la unión de hecho, cuya convivencia había durado veinte años, y que tenían dos hijos comunes. El objeto de la sociedad fue la explotación de la empresa juguetera del varón demandado. La Audiencia afirma que «consta que entre los litigantes hubo una auténtica *affectio societatis*, reflejada en la colaboración activa y consciente en el negocio familiar, en pie de igualdad, con reparto especializado de tareas, la actora con su aportación personal en la dirección de las tiendas de juguetería, y el demandado en el ámbito fiscal, laboral y bancario»; y prosigue: «los hechos concluyentes de los litigantes que constituyeron la base de su sociedad, fueron la aportación de su esfuerzo común para la obtención no sólo de medios de subsistencia suficientes para el sostenimiento de la familia, sino también la consecución de un importante patrimonio, cuya titularidad formal ostenta sólo el demandado». El patrimonio en cuestión estaba formado por varias viviendas, garajes y locales comerciales, así como por títulos valores y por el saldo de diversas cuentas corrientes.

[39] La STS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941) rechazó, así, la pretensión de que se estimara constituida tácitamente una sociedad civil irregular entre los convivientes, ya que éstos se habían dedicado a actividades distintas, sin que hubiera logrado probarse ningún acuerdo para que los bienes que respectivamente adquirieron durante el tiempo que había durado la convivencia (once años) se atribuyeran a ambos, por lo que el Tribunal llegó a la conclusión de que no había existido *affectio societatis*.

La SAP Zaragoza 26 noviembre 1999 (AC 1999, 6500) entendió que no había quedado acreditada la voluntad tácita de los convivientes de constituir una sociedad irregular, rechazando, así, la pretensión de la mujer, de que se dividieron por mitad los bienes adquiridos con los ingresos resultantes de la explotación de una empresa de transporte de ganado, perteneciente al varón, en la cual aquélla afirmaba haber colaborado con su esfuerzo personal durante el tiempo que había durado la unión de hecho. Argumentó la Audiencia que la demandante siempre había mantenido una actividad laboral continuada, propia e independiente, y que sólo ocasionalmente y de manera accesoria había colaborado en la actividad comercial del demandado, «recogiendo algunos encargos por teléfono para él y sirviendo de compañía en muy contados viajes».

los convivientes constituyeron, no una sociedad irregular, sino una comunidad de bienes, que tuvo como finalidad el desarrollo de una actividad profesional, comercial o empresarial en que los dos colaboraron, con el fin de atribuirles las ganancias obtenidas, mientras duró la convivencia. Quizás, porque esta calificación se ajusta mejor a la libertad que tienen los convivientes para poner fin al ejercicio conjunto de la actividad, tras la ruptura de la unión de hecho. Se ha deducido, así, la existencia de una comunidad de bienes sobre los ingresos obtenidos por los convivientes en un negocio de venta de artesanía, basándose en la duración de la unión (diez años) y en la explotación comercial conjunta, «con todo un juego de cuentas bancarias en común»[40]. Por el contrario, se entendió que no había habido voluntad de constituir tácitamente una comunidad sobre una clínica veterinaria, que constaba exclusivamente a nombre del varón demandado y en la que la mujer demandante había colaborado en tareas administrativas y de funcionamiento. El dato decisivo para decidir el litigio fue la existencia de un contrato de trabajo a favor de la demandada[41].

4. Pactos relativos a instituciones o figuras legales conexas al matrimonio

Particular interés suscita la posibilidad de que los convivientes de hecho puedan pactar acogerse a instituciones o figuras legales que el Código civil prevé para el matrimonio, aunque, en realidad, si se observa la práctica, resulta que, normalmente, en los raros casos en que los convivientes pactan lo suelen hacer, precisamente, para excluir la aplicación de las mismas.

4.1. Imposibilidad de acogerse convencionalmente al régimen legal de gananciales

En su momento suscitó gran polémica la posibilidad de que los convivientes pudieran acogerse al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, cuya regulación legal presupone, obviamente, la existencia de un matrimonio[42].

---

[40] STS 22 febrero 2006 (Tol 846265).

[41] STS 8 mayo 2008 (Tol 1324496).

[42] Ciertamente, un sector de la doctrina admitió expresamente la posibilidad de que los convivientes puedan pactar sujetar sus relaciones económicas a la sociedad de gananciales, inclusos con efectos frente a terceros, constando en escritura pública la certeza de la fecha del pacto. Es el caso,

A mi parecer, los convivientes pueden pactar (con arreglo al principio de libertad de forma, consagrado en el art. 1278 c.c.)[43] una comunidad que tenga por objeto las ganancias obtenidas por cualquiera de ellos durante la convivencia y su reparto por mitad, una vez extinguida aquélla[44], pero lo que no pueden hacer es pactar una sociedad de gananciales[45]; y ello, porque las normas que la regulan no sólo tienen efectos internos (entre los cónyuges), sino también externos (frente a terceros), determinando *erga omnes* la titularidad de los bienes que

---

por ejemplo, de M. BUSTOS GÓMEZ-RICO, *Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros*, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, 482; o de G. MUÑOZ DE DIOS, *Régimen económico en las uniones extramatrimoniales*, en *La ley*, 1987-2, 1167.

Ahora bien, en no pocos casos, si se leen detenidamente los términos en que se expresaban los autores, creo que puede deducirse que, en realidad, no propugnaban, sin más, la posibilidad de que puedan acogerse a la integridad del régimen económico matrimonial, incluidas las reglas de responsabilidad frente a terceros.

Así, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Las parejas de hecho*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, vol. I, Doctrina, BIB 1993/16, tras admitir el pacto de sujeción a sociedad de gananciales, se plantea, de modo inmediato su eficacia frente a terceros en términos dubitativos. Dice, así: «¿Se extiende esta conclusión (por lo que se refiere al supuesto de pacto) a los efectos frente a terceros? Si la respuesta es positiva, ¿en qué condiciones se producen esos efectos frente a terceros?».

Más recientemente, C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho*, cit., 105, con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad, considera "adecuado y plenamente válido que la pareja decida someter sus intereses económicos al régimen jurídico que voluntariamente elijan, sea éste uno de los regulados para el matrimonio o cualquier otro". Sin embargo, no parece que la autora esté admitiendo una remisión pactada en bloque al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, pues, en otro lugar de la misma obra (169), afirma que si los convivientes pactaron sujetarse a dicho régimen «no hay obstáculos que impidan la aplicación de las de liquidación» del mismo en el momento de la ruptura.

Para Mª POUS DE LA FLOR, *Crisis de parejas: consecuencias patrimoniales por ruptura de las uniones de hecho*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, 2009, 818 «es posible la aplicación de un régimen económico matrimonial a una unión de hecho, siempre que los convivientes hayan pactado de forma expresa o tácitamente someter su vida patrimonial a dicho régimen». No obstante, cuando en las 819-820, se refiere al supuesto en que los convivientes hayan pactado someterse al régimen de sociedad de gananciales, centra las consecuencias de dicho pacto en la aplicación del art. 1344 c.c. y en las normas de liquidación de dicho régimen.

[43] No estamos ante capitulaciones matrimoniales, por lo que no es aplicable el art. 1327 c.c..

[44] En palabras de LACRUZ BERDEJO, *Convivencia* "more uxorio", cit., 1069, lo que los convivientes pueden pactar es «un régimen de bienes societarios equivalente – hasta cierto punto – a la comunidad conyugal legal».

[45] Cfr. en este sentido, claramente, J. A. TORRES LANA, *De nuevo sobre las relaciones patrimoniales entre parejas no casadas*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 1993, vol. II, Doctrina, BIB 1993/131, como también C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Acuerdos entre convivientes*, cit., 866-888, para quien los convivientes podrán pactar una sociedad universal

integran las respetivas masas patrimoniales, su sistema de administración y de disposición y el régimen de responsabilidad a que están sujetos[46], efectos, estos últimos, que sólo se pueden producir por expresa previsión de la ley, y no por meros actos de autonomía privada (ni de los cónyuges, ni de los convivientes)[47]. La Dirección General de los Registros y del Notariado[48] ha negado, así la inscripción de una escritura de aportación de un inmueble a una "sociedad de gananciales" constituida por dos convivientes en una escritura pública, inscrita en un Registro administrativo de uniones de hecho, afirmando que «no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión»; añade que «resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales,

---

de ganancias, pero no una sociedad de gananciales, aunque, por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, entiende que, si los convivientes estipulan una sociedad de gananciales, habrá de interpretarse dicha estipulación en el sentido más conforme a lo que está al alcance de su voluntad, «lo que equivaldría a entender constituida una sociedad universal ganancias, con el contenido contractual (no estatutario) del régimen de gananciales», esto es, con exclusión de las normas «mediante las que se determina *erga omnes* el concreto estatuto de los patrimonios de los cónyuges y de los bienes que los componen (y que los compondrán), incluidas las responsabilidades a las que tales bienes están afectos». F. PANTALEÓN PRIETO, *Régimen jurídico*, cit., 74, por su parte, remarcando la diferencia existente entre «un contrato y un régimen económico", entiende que los convivientes «pueden conseguir los efectos de los gananciales por la sociedad universal de ganancias, pero no tener un régimen económico».

[46] A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general*, cit., 1842, observa, así, que «La opinión general es que tales pactos despliegan sus efectos en las relaciones internas entre los convivientes, sobre todo de cara a la extinción del régimen, que habrá de hacerse en términos económicos como si de cónyuges se tratara, pero no producen efectos frente a terceros, pues los convivientes habrán creado un pacto, pero no un régimen económico, que sólo puede establecer el legislador (o los cónyuges por delegación del legislador)»; y añade: «Esto significa que habrá que distinguir entre una esfera interna (entre los convivientes existe un 'acuerdo' de ganancialidad, que podrá instrumentarse incluso a través de una sociedad universal de ganancias) y otra externa (frente a terceros se aplican las reglas generales sobre titularidad de los bienes, administración, disposición y responsabilidad).

[47] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Acuerdos entre convivientes*, cit., 865-866, observa, así que «el régimen económico matrimonial es siempre legal (aunque sea mediante normas delegadas, como son las otrogadas mediante capítulos por los cónyuges), y encuentra el fundamento de su eficacia jurídica en la propia ley, y no en la voluntad de los cónyuges»: y, respecto de los convivientes, que «los mismos pueden llegar válida y eficazmente, sin otros límites que los legales, a los pactos que estimen por conveniente en lo que respecta a las relaciones entre ellos. Lo que no pueden hacer es establecer por pacto, con efectos reales y automáticos y eficacia erga omnes, el estatuto personal y futuro de sus respectivos patrimonios»; «eso – concluye – sólo puede hacerlo la ley (y lo hace sólo respecto al matrimonio) o los cónyuges por delegación de la ley».

[48] RDGRN 7 febrero 2013 (BOE 4 marzo 2013, 17011).

que desde el punto de vista jurídico – no así desde el social –, destacan precisamente por lo contrario»; y concluye «que carece de sentido aplicar a las uniones extramatrimoniales el régimen legal supletorio de la sociedad de gananciales, incluso mediante pacto expreso de los convivientes»[49].

No obstante, hay que decir que en la práctica, cada vez serán más raros los pactos de este tipo, pues si los convivientes pactan, normalmente, lo harán para excluir la existencia de una comunidad de ganancias, dejando clara la separación de sus respectivos patrimonios y haciendo constar que a cada uno de ellos les corresponde la propiedad y administración exclusiva de los bienes que los integran y de los que posteriormente pudiera adquirir por cualquier título.

En cualquier caso, hay que resaltar que la jurisprudencia[50] es constante al afirmar que, dado que el matrimonio y las uniones de hecho no son realidades equivalentes (no hay identidad de razón entre ellos), es improcedente aplicar analógicamente a estas últimas las normas de la sociedad de gananciales, en particular, el art. 1344 c.c., conforme al cual los cónyuges hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse la sociedad[51].

En particular, los Tribunales han excluido repetidamente la aplicación analógica en las uniones de hecho del art. 1351 c.c., que considera gananciales los premios obtenidos en el juego por cualquiera de los cónyuges[52]. Así sucedió, por ejemplo, en un caso en el cual un conviviente reclamaba al otro el 50% del importe del

[49] Observa que «Esto es así por los siguientes motivos: 1. La imposibilidad de crear una sociedad de gananciales – que es un régimen económico matrimonial – sin matrimonio; 2. Falta de publicidad de la misma frente a terceros; y 3. La imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales y dado que los regímenes económico matrimoniales sólo pueden establecerse a través de capitulaciones matrimoniales, de ello se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladores de un régimen económico como es el de sociedad de gananciales».

[50] A la que en este punto sigue el común de la doctrina. V., así, entre otros muchos, M.C. CORRAL GIJÓN, *Las uniones de hecho y sus efectos patrimoniales* (Parte 2ª: Efectos patrimoniales), en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 664, 2001; E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2ª ed., Madrid, 1991, 174-175; I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Madrid, 1995, 163; C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho*, cit., 101; POUS DE LA FLOR, *Crisis de parejas*, cit., 811.

[51] V. en este sentido SSTS 18 febrero 1993 (Tol 1662753), 22 julio 1993 (Tol 1655594), 27 mayo 1994 (Tol 1665406), 20 octubre 1994 (Tol 1665565), 30 diciembre 1994 (Tol 1665147), 4 marzo 1997 (Tol 215044), 4 junio 1998 (Tol 14803), 23 julio 1998 (Tol 7276), 22 enero 2001 (Tol 99617) y 23 noviembre 2004 (Tol 538271), como también RDGRN 7 febrero 2013 (BOE 4 marzo 2013, 17011).

[52] V. en este sentido SSTS 31 octubre 1996 (RAJ 1996, 7723), 4 febrero 2010 (RAJ 2010, 264) y 16 junio 2011 (RAJ 2011, 4246). Respecto del supuesto de hecho resuelto por esta última sentencia, v., a continuación en texto.

"Cuponazo" de la ONCE. El Supremo excluyó la aplicación de dicho precepto, afirmando que para el éxito de su pretensión el demandante debería haber demostrado que había habido un pacto (expreso o tácito), entre ellos, dirigido a crear una comunidad de ganancias o una comunidad sobre el dinero obtenido con el premio, cosa que, a su juicio, no había resultado probada. Dio, así, por buena la valoración de la prueba efectuada por sentencia recurrida, la cual había constatado que el dinero del premio había sido ingresado en una cuenta exclusiva de la demanda, por lo que no podía deducirse que los convivientes hubieran decidido «compartir todas las ganancias en régimen de comunidad, sino que gozaron de una independencia económica, en función de los ingresos de que disponían, sin perjuicio de que decidieran comprar una vivienda por partes iguales y abrir unas cuentas corrientes en que algunos gastos comunes se pudieran cubrir».

Por la misma razón antes apuntada (inexistencia de identidad de razón entre matrimonio y unión de hecho) tampoco la jurisprudencia considera que proceda aplicar analógicamente a las uniones de hecho las normas del régimen económico matrimonial de separación de bienes[53], en concreto, el art. 1438 c.c.[54], que atribuye al cónyuge que contribuyó al sostenimiento de las cargas del matrimonio, mediante su trabajo para la casa, el derecho a obtener una compensación económica en la cuantía que el Juez señale, al tiempo de la extinción del régimen de separación[55].

No me convence la tesis contraria[56], favorable a la aplicación analógica del art. 1438 c.c. a las uniones de hecho, basada en el argumento de que la compensación que dicho precepto contempla tiene como causa el empobrecimiento del cónyuge que se ha dedicado al trabajo doméstico. En mi opinión, no es correcto

[53] Téngase en cuenta que el art. 5.3 de la ley vasca, de 7 de mayo, "reguladora de las parejas de hecho" (tras la reforma llevada a cabo por la Disposición Adicional Segunda de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), dispone que «A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en ésta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil».

[54] En el ámbito de las legislaciones autonómicas, el art. 239-4.1 del Código civil de Cataluña prevé que, en el caso de cesación de la convivencia *more uxorio*, el conviviente perjudicado pueda pedir una compensación económica por trabajo, semejante a la que puede solicitar el cónyuge al tiempo de la extinción del régimen de separación. El precepto es, seguramente, inconstitucional, porque (como acontecía con el declarado inconstitucional art. 5.5. de ley navarra, de 22 de junio de 2000, «para la igualdad jurídica de las parejas estables»), forma parte de un conjunto de normas que se imponen imperativamente a los convivientes, con independencia de su voluntad de someterse a ellas.

[55] V. en este sentido STS 24 noviembre 1994 (Tol 1665586).

[56] Sustentada por F. PANTALEÓN PRIETO, *Régimen jurídico*, cit., 74.

recurrir a dicho precepto, ya que éste presupone la existencia de un régimen económico matrimonial (el de separación de bienes), que en el caso de la unión de hecho no existe, pues, por definición, no hay matrimonio; y ello, aunque también aquí haya una separación entre los respectivos patrimonios de los convivientes (salvo que hayan pactado algún tipo de comunidad). Pero ello es bien diferente de la existencia de un estricto régimen económico matrimonial de separación de bienes, que, entre otras cosas, supone la sujeción de los cónyuges a la normas del régimen económico matrimonial primario de los arts. 1315 y ss. c.c., además de a las específicas, de los arts. 1435 y ss. c.c.

Con el fin de reparar el perjuicio del conviviente empobrecido, me parece más pertinente, acudir, directamente, al principio general de prohibición de enriquecimiento injusto (que, como veremos, es lo que hacen los tribunales): desde un punto de vista práctico, el recurso a dicho principio hace, además, innecesario, la aplicación (aunque fuera analógica) del art. 1438 c.c.

No obstante, desde un punto de vista teórico, sí que me parece posible que, del mismo modo, en que los convivientes pueden pactar, no una estricta sociedad de gananciales, sino una comunidad de ganancias, remitiendo su liquidación a las normas de aquélla, puedan también pactar que la liquidación de las relaciones económicas generadas por la convivencia se sujete al art. 1438 c.c., si bien, como ya he dicho, a efectos prácticos, las consecuencias que resulten de la aplicación de dicho precepto no diferirán mucho de la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto. Máxime, cuando el Tribunal Supremo acabe de cambiar la interpretación del art. 1438 c.c., según la cual la compensación por contribución a la cargas del matrimonio sólo podía tener lugar, cuando quien la reclamara se hubiese dedicado, de manera exclusiva, al trabajo doméstico (aunque fuera con la colaboración ocasional del otro cónyuge o ayuda externa), quedando, por lo tanto, excluida en el caso de que lo hubiera compatibilizado con un trabajo fuera del hogar (en jornada completa o a tiempo parcial)[57]. Según la vigente doctrina jurisprudencial[58], «la

[57] V. en este sentido SSTS 14 julio 2011(núm. 534, rec. nº 1691/2008), 31 octubre 2014 (núm. 16, rec. nº 2535/2011), (Pleno) 26 marzo 2015 (núm. 135, rec. nº 3107/2012), 14 abril 2015 (núm. 136, rec. nº 2609/2013), y 15 noviembre 2015 (núm. 614, rec. nº 2498/2013). No obstante, la STS 28 febrero 2017 (núm. 136, rec. nº 556/2016), parece suavizar la doctrina jurisprudencial tradicional, en la medida en que deniega la compensación solicitada por la mujer, porque ésta había compatibilizado el trabajo para la cosa con la colaboración (como administrativa y contable) en la sociedad y actividad empresarial del marido a través de un contrato laboral *por cuenta ajena*, de donde, implícitamente parece deducirse que, si hubiera trabajado como autónoma, la solución podría haber sido otra.

[58] Consagrada en STS (Pleno) 26 abril 2017(núm. 252, rec. nº 1370/2016).

colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones precarias» puede considerarse como trabajo para la casa, que da derecho a una compensación, pues con ella «se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar». Concretamente, ha reconocido el derecho a cobrar la pensión a una mujer, que no sólo había trabajado en la casa, sino también en el negocio familiar, propiedad de la suegra, con un salario moderado (600 euros mensuales), habiendo sido contratada como autónoma, lo que le privaba de indemnización en caso de despido[59].

4.2. Pactos sobre la aplicación de la pensión compensatoria del art. 97 c.c.

Otro de los pactos que suscitan interés es el que pudiera tener por objeto la aplicación de la pensión compensatoria, que el art. 97 c.c. regula, exclusivamente, en los casos de separación y divorcio.

Antes que nada hay que recordar que, durante un tiempo, la jurisprudencia[60] se mostró favorable a aplicar analógicamente a las uniones de hecho el art. 97 c.c., concediendo la pensión por desequilibrio prevista en el precepto para el caso de separación o divorcio al conviviente perjudicado por la ruptura[61]. Sin embargo, en la actualidad es doctrina jurisprudencial consolidada que no

[59] Apelando a la realidad social actual, para «atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y de la familia».

[60] Como también un sector de la doctrina. V. por ejemplo en este sentido I. MIRALLES GONZÁLEZ, *La disolución de la unión no matrimonial. Efectos*, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, 213.

[61] V. en este sentido SSTS 5 julio 2001 (Tol 230668) y 16 julio 2002 (Tol 202431). La primera de ellas condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia "*more uxorio*", que había durado quince años, al pago a la mujer abandonada de una indemnización compensatoria de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas. En esta sentencia el Tribunal Supremo excluyó la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto, considerando solución más adecuada la aplicación analógica del art. 97 c.c., entendiendo que existe «semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de convivencia '*more uxorio*' de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio». La segunda reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una pensión compensatoria de quince mil pesetas mensuales por ruptura de una convivencia "*more uxorio*", que había durado seis años, y de la que había nacido un hijo. Nuevamente, el Tribunal Supremo volvió a descartar la

procede dicha aplicación analógica, dado que la unión de hecho y el matrimonio no son realidades equivalentes[62].

En efecto, el Pleno del Tribunal Supremo (TS)[63], con buen criterio, ha afirmado que «es preciso proclamar que la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio [...] aunque las dos estén dentro del derecho de familia»; añadiendo: «Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias». «Por ello – continúa diciendo – debe huirse de la aplicación por "*analogía iuris*" de normas propias del matrimonio, como son los arts. 97, 96 y 98 c.c., ya que tal aplicación analógica comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio»[64].

Ahora bien, se puede profundizar en la cuestión de por qué el legislador civil estableció la pensión compensatoria por desequilibrio económico en caso de separación y divorcio, lo que obviamente, presupone la existencia de un matrimonio válido. A mi entender, la pensión compensatoria halla (o hallaba) explicación, en buena parte, en la idea de solidaridad post conyugal. La pensión que establece el art. 97 c.c. en favor del cónyuge divorciado no tiene su

aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, estimando que la aplicación analógica del art. 97 c.c. era una solución más adecuada en orden a fundamental el fallo. C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Reconocimiento de pensiones y compensaciones en la ruptura de las parejas no casadas*, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. MÉNDEZ GONZÁLEZ), vol. I, Murcia, 2004, 233, al referirse (en una exposición crítica), a esta orientación jurisprudencial favorable a la equiparación entre matrimonio y unión de hecho, decía que parecía que "no tiene marcha atrás".

[62] V. en el mismo sentido en la doctrina, L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Indemnización por ruptura unilateral en la unión de hecho*, en *Revista de Derecho Privado*, 2006, febrero, 3-32, en particular, 29; M. BUSTOS GÓMEZ-RICO, *Las relaciones*, cit., 444; M.C. CORRAL GIJÓN, *Las uniones de hecho*, cit.; I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas*, cit., 321; A. LECIÑENA IBARRA, *Hacia un contractualismo*, cit., 67; C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho*, cit., 206, POUS DE LA FLOR, *Crisis de parejas*, cit., 811.

[63] STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (Tol 719651).

[64] V. en el mismo sentido SSTS 22 febrero 2006 (Tol 846265), 19 octubre 2006 (Tol 1006910), 27 marzo 2008 (Tol 1354577), 30 octubre 2008 (Tol 1432563), 11 diciembre 2008 (Tol 1432568) y 6 octubre 2011 (Tol 2252090); como también, más recientemente, STS 15 enero 2018 (núm.. recurso 2305/2016).

fundamento en la convivencia matrimonial, que, a diferencia de lo que acontece respecto de la indemnización del art. 98 c.c., no es presupuesto de la aplicación de la norma (otra cosa es lo que en su día digan los Tribunales), sino una mera circunstancia cuantificadora de la pensión (cfr. art. 97.6º c.c.).

El precepto presupone la existencia de un matrimonio, mediante el cual los cónyuges asumieron, entre otras obligaciones incluidas en el *status* de casado, la de socorrerse mutuamente (cfr. arts. 67 y 68 c.c.), obligación ésta, que no cesa total y absolutamente, por la mera disolución del matrimonio por divorcio, sino que se modifica, transformándose en la de satisfacer la pensión compensatoria cuando se den los requisitos previstos en su párrafo primero (es indicativo que en la redacción del precepto debida a la ley 30/1981, de 7 de julio, la pensión tuviera carácter vitalicio).

La situación es radicalmente distinta en el caso de las uniones de hecho, ya que no existe norma alguna de Derecho común que imponga a los convivientes el deber jurídico de socorrerse mutuamente por el mero hecho de vivir en común, y, de ahí, precisamente, que la atención desinteresada a la familia de uno de ellos pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto del otro; pero la mera ruptura de la convivencia, que *per se* no genera obligaciones legales, no da lugar a la obligación de pagar a una indemnización o pensión compensatoria.

Sin embargo, lo cierto es que el TS, desde hace unos años, viene realizando una relectura del art. 97 c.c., que lo aleja de la originaria idea de solidaridad post conyugal, para aproximarlo a la idea de reparación de la pérdida de oportunidades. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial actual, a través de la pensión se compensa, exclusivamente, el desequilibrio que tiene su origen en el empobrecimiento que sufre uno de los cónyuges por haberse dedicado durante el matrimonio al cuidado de la familia, de manera exclusiva o prioritaria, o por haber colaborado desinteresadamente en la actividad profesional o económica del otro, con la consiguiente pérdida de oportunidades y dificultad para poder volver a acceder a un empleo[65].

---

[65] V. en este sentido SSTS 14 marzo 2011 (Tol 2080803) y 16 noviembre 2012 (Tol 2685953), concediendo pensión compensatoria, y SSTS 22 junio 2011 (Tol 2227659) y 17 diciembre 2012 (RAJ 2013, 377), rechazándola.

La STS 22 junio 2011 (Tol 2227659) confirmó la sentencia de divorcio recurrida, que había denegado a la mujer su pretensión de seguir recibiendo la pensión compensatoria concedida 2 años antes por la sentencia de separación. Para ello tuvo en cuenta que la mayor dedicación de la mujer a la familia no había sido «un obstáculo o impedimento para su actividad laboral» de auxiliar interina de biblioteca (con un sueldo mensual de 1.649 euros frente a los 2.900 euros percibidos por el marido, en su condición de profesor universitario), la cual había desarrollado durante el matrimonio, y que no había quedado probado que «su menor cualificación profesional,

Dada esta nueva concepción de la pensión compensatoria, cabe preguntarse si tiene ya sentido limitarlo exclusivamente a los casos de separación y divorcio y si no convendría extenderla también legalmente a los casos de ruptura de la unión de hecho[66]; y, desde luego, no me cabe ninguna duda de que los convivientes pueden estipular la obligación de pagar una pensión compensatoria

origen de la diferencia salarial y de la menor estabilidad de su empleo, respecto al de su esposo», fuera «una consecuencia directa del matrimonio», y no «de sus propias actitudes y capacidades». Se afirma, además, que el desequilibrio que se trata de compensar debe estar estrictamente causado por la separación o por el divorcio; y no, por una inicial situación de desigualdad entre sus respectivos patrimonios o cualificaciones profesionales, previa a la celebración del matrimonio.
La STS 23 enero 2012 (Tol 2407043) observa que no existe derecho a percibir una compensación, cuando el desequilibrio tenga su exclusivo origen en «la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja». Concretamente, se la deniega a la mujer, de profesión enfermera, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria. Afirma, así, que una cosa es que «la dedicación de la esposa a la familia le haya privado durante los años de excedencia de los ingresos correspondientes a su empleo y de alcanzar sus expectativas de desarrollo profesional como enfermera, y otra, bien distinta, que sea posible equiparar esa pérdida con los ingresos que ha venido percibiendo y percibe su exmarido por el ejercicio de una actividad profesional como la de cirujano, más cualificada y, por ello, mucho mejor retribuida (la diferencia de ingresos no tiene su origen en el matrimonio pues habría sido la misma si la esposa, en lugar de dedicarse a la familia, hubiera trabajado todo este tiempo, hasta su disolución)».

Para valorar si existe el desequilibrio hay también que tener en cuenta la situación en que quedarán los cónyuges como consecuencia de las otras medidas definitivas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio, en particular, sobre la asignación del uso de la vivienda familiar o el pago de pensiones alimenticias a los hijos: podría, así, resultar desmesurado imponer el pago de una pensión compensatoria al cónyuge que debe abandonar el uso del domicilio familiar (y, quizás, se ve obligado a alquilar o comprar otra vivienda) y pagar una elevada pensión alimenticia a los hijos comunes. V. en este sentido STS 22 junio 2011 (Tol 2227659).

[66] Es, precisamente, lo que ha pasado en Chile con la ley núm. 20830, de 13 de abril de 2015, por la que se crea el acuerdo de unión civil, cuyo art. 27.I prevé que, en los casos de extinción del acuerdo por voluntad de ambas partes o de una de ellas, así como en el de nulidad de dicho acuerdo, se compense el menoscabo económico sufrido por el conviviente que, «como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común», no haya podido desarrollar «una actividad remunerada o lucrativa durante la vigencia del Acuerdo de unión civil, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería».
Según el art. 27.II de la misma ley, «Esta compensación se regulará y determinará en la forma prevista en los artículos 62 a 66 de la ley N° 19.947», esto es, le resultan aplicables las normas de la ley núm. 19947, de 17 de mayo de 2004, por la que se establece la Nueva ley de Matrimonio civil, dedicadas a la pensión compensatoria en el caso de crisis conyugal, lo que, a mi parecer, no puede desligarse de la circunstancia de que la legislación chilena contemple la pensión compensatoria en términos de enriquecimiento injusto, según resulta del art. 61 de dicha ley, cuyo tenor coincide, básicamente, con el del art. 27.I de la ley núm. 20830: «Si, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, uno de los cónyuges no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio, o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que, cuando se produzca el

por desequilibrio al tiempo de la extinción de la unión, remitiéndose, si, así lo desean al régimen legal de los arts. 97 y ss. c.c.[67]

4.3. Pactos relativos el uso de la vivienda familiar

Cabe también reflexionar sobre la posibilidad de que los convivientes otorguen pactos relativos al uso de la vivienda familiar, tal y como, según se deduce del art. 96 c.c., pueden hacer los cónyuges en el marco de un proceso judicial de separación, divorcio o nulidad (siempre sujetos al control judicial para verificar que no son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de ellos, art. 90.2 c.c.).

Con carácter previo hay que advertir de que la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones iniciales[68], se ha decantado claramente en contra de la aplicación analógica del art. 96.III c.c. a las uniones de hecho, afirmando que, a falta de hijos menores de edad, no es posible atribuir, al conviviente más necesitado de protección el uso de la vivienda familiar[69]. Por el contrario, como es lógico,

divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esta causa».

Sobre el tema de la naturaleza de la pensión compensatoria en Chile, v. LEPIN MOLINA, *Naturaleza jurídica de la pensión económica en la nueva ley de Matrimonio civil chilena*, en *Compensación Económica. Doctrinas esenciales* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. K. MUÑOZ VILAGRA), 2ª ed., Santiago de Chile, 2016, 459-489; como también, respecto del concreto tema de la aplicación de la pensión compensatoria en las uniones de hecho, del mismo autor, Derecho de familiar chileno, Santiago de Chile, 2017, 355-357 (que contiene referencias doctrinales y jurisprudenciales anteriores a la promulgación de la ley núm. 19947).

[67] V. en este sentido A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general*, cit., 1844, si bien llega a esta conclusión al margen del argumento expuesto *supra* en texto, sobre la nueva lectura jurisprudencial de la pensión compensatoria en clave de enriquecimiento injusto, basándose en el principio de autonomía privada, corolario del libre desarrollo de la personalidad.

[68] V. en este sentido STS 16 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9020) y STS 10 marzo 1998 (RAJ 1998, 1272), favorables a aplicar la solución del art. 96.III c.c. a las uniones de hecho, no a través de una interpretación analógica del precepto, sino apoyándose en un pretendido principio general del Derecho, de protección del conviviente.

[69] V. ya STS 27 marzo 2008 (RAJ 2008, 4062) y, más claramente, STS 6 octubre 2011 (RAJ 2011, 6708), según la cual «Al descartarse la aplicación por analogía de las normas sobre disolución del matrimonio, únicamente si la concreta ley aplicable a la relación lo prevé, o bien ha habido un pacto entre los convivientes, se aplicara la correspondiente solución que se haya acordado. En el Código civil no existen normas reguladoras de esta situación por lo que es excluible aplicar por analogía lo establecido en el art. 96 c.c., que exige el matrimonio, porque está regulando la atribución del domicilio tras el divorcio. En consecuencia, no puede alegar la recurrente que tiene un derecho a ocupar la vivienda, puesto que su situación es diversa».

sí aplica analógicamente en las uniones de hecho el art. 96.I c.c., pues, por imperativo constitucional, la posición de los hijos menores de edad es la misma, con independencia de su filiación, por lo que no cabe que reciban un tratamiento distinto, de manera que procederá la atribución (sin limitación temporal) del uso de la vivienda familiar al progenitor (no casado) con el convivan, mientras persista su minoría de edad[70].

Con apoyo en dicha doctrina jurisprudencial, me parece pertinente afirmar que cabría pactar que, no habiendo hijos menores comunes, el uso de la vivienda familiar se asignara en función de su propiedad, excluyendo, pues, que su uso pudiera ser atribuido al conviviente no propietario, aunque su interés fuera el más necesitado de protección. En cambio, si hubiera hijos menores no sería válido el pacto que excluyera la asignación del uso al progenitor no titular de la vivienda a quien se le hubiera atribuido la custodia de los mismos, pues dicho pacto iría en contra del art. 39 CE, según el cual «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a la hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad»; y lo mismo el que lo concediera, pero lo limitara a un periodo inferior de tiempo al que restase para que alcanzaran la mayoría

Sobre si debiera extenderse por ley la norma del art. 96.III c.c. a las uniones de hecho hay en la doctrina opiniones discrepantes. A favor se manifiesta C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho*, cit., 200, para quien debe atenderse siempre al interés familiar más necesitado de protección. En contra, sin embargo, A. LECIÑENA IBARRA, *Hacia un contractualismo*, cit., p, 67; POUS DE LA FLOR, *Crisis de parejas*, cit., 811, quien afirma que «debe huirse de la aplicación por analogía legis de las normas propias del matrimonio» (refiriéndose, entre otras, al art. 97 c.c.), «ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más específicamente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad».

[70] Es emblemática la STS 1 abril 2011 (RAJ 2011, 3139), la cual se plantea la «pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 c.c., ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios»; y concluye: «Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 c.c.), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 c.c. no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 c.c., por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 c.c.». Más adelante, precisa: «En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE". M. CASO SEÑAL, *Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de las uniones paramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección*, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, 261-263, analiza la antigua doctrina jurisprudencial, ya superada, que aplicaba analógicamente el art. 96.III c.c. a las uniones de hecho.

de edad[71]; a no ser – en ambos casos – que se previera la posibilidad cierta de realojar a los menores de manera permanente en otra vivienda apta para satisfacer de manera digna su necesidad de habitación.

Respecto al último extremo, hay que recordar que la jurisprudencia más reciente viene realizando una interpretación del art. 96.I c.c. en clave alimenticia, considerando que la esencia de la razón de ser de la disciplina en él consagrada es asegurar la satisfacción del derecho de alimentos de los hijos menores en una modalidad habitacional, por lo que, si es posible satisfacer la necesidad de habitación de los hijos (también menores) con una vivienda distinta a la familiar, el derecho de uso puede extinguirse (instándose un juicio de modificación de medidas) antes de que los hijos menores alcancen la mayoría de edad[72].

---

[71] El TS ha remarcado el entronque del art. 96.I c.c. con el art. 39.3 CE impidiendo, como, en su momento propugnara cierta jurisprudencia de instancia (de la que da cuenta DE LA IGLESIA MONJE, Mª I., *Atribución temporal del uso de la vivienda familiar*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 728, 2011, 3453-3455), limitar temporalmente la atribución del uso de la vivienda de carácter ganancial al progenitor custodio hasta el momento de la liquidación del régimen económico matrimonial.

Creo que esta solución era contraria a la finalidad perseguida por el precepto, esto es, asegurar que los hijos menores, mientras persista su situación de minoría de edad, no se vean privados de la posibilidad de seguir usando la vivienda, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la misma (y, sin perjuicio de lo ya dicho, sobre la posibilidad de realojar a los menores en otra vivienda igualmente digna para satisfacer su necesidad de vivienda). El precepto nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de los cónyuges, operando cualquiera que sea éste (sociedad de gananciales o separación de bienes), siendo, además, posible atribuir la vivienda de titularidad privativa de uno de los progenitores al otro, no propietario, en beneficio del hijo con el que este último conviva.

Por lo tanto, me parece impecable la ya consolidada doctrina jurisprudencial actual [criticada, en cambio, por Mª J., SANTOS MORÓN, *La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y Anteproyecto de Reforma*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre 2014), 6] (aplicable a los supuestos en que no haya custodia compartida), según la cual «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez», porque el art. 96.I c.c. «no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja»; de modo que «una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la ley Orgánica de protección del menor». V., en tal sentido, SSTS 14 abril 2011 (RAJ 2011, 3590), 21 junio 2011 (RAJ 2011, 7325), 17 octubre 2013 (RAJ 2013, 7255), 29 mayo 2014 (RAJ 2014, 3889), 2 junio 2014 (RAJ 2014, 2842) y 28 noviembre 2014 (RAJ 2014, 6048).

[72] La STS 29 marzo 2011 (RAJ 2011, 3021) dice, así, que «cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros

Planteémonos otra cuestión: ¿sería posible que los convivientes pactaran que, en el caso de extinción de la unión de hecho, tuviera lugar la asignación del derecho de uso de la vivienda familiar, conforme a lo dispuesto en el art. 96 c.c.?[73]

Yo creo que dicho pacto sería posible, cuando la cosa fuera propiedad de uno de ellos o de ambos: se trataría de la constitución de un derecho de uso sujeto a condición suspensiva (la extinción de la unión de hecho), pero, existiendo hijos menores comunes, el pacto sería totalmente inútil, ya que, como he dicho, la jurisprudencia aplica el art. 96.I c.c. a las uniones de hecho. Por lo tanto, sólo tendría algún sentido, cuando no los hubiera, en cuyo caso se plantearía el problema de su alcance respecto de terceros: ¿tendría dicho derecho de uso pactado la eficacia real propia del asignado judicialmente en virtud del art. 96.III c.c.?[74]; ¿podría, como éste, acceder al Registro de la Propiedad?[75] Me parece que

---

medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia»; y prosigue: «la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 c.c.».

[73] Lo admite A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general*, cit., 1844, para quien los convivientes «pueden simplemente remitirse a la aplicación» del art. 96 c.c., «en los mismos términos que si estuvieran casados».

[74] Más allá de los debates doctrinales y de las posiciones jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica de la figura, lo cierto es que es comúnmente admitido por los Tribunales que el derecho de uso atribuido al progenitor no propietario, aún no inscrito en el Registro de la Propiedad, es oponible al tercer adquirente (no protegido por el art. 34 LH) a quien el otro progenitor haya enajenado la vivienda de la que es titular exclusivo (sin perjuicio, además, de que el asignatario pueda hacer uso de la facultad de anulación del contrato celebrado sin su consentimiento ex art. 96.IV c.c.); y también al adjudicatario en pública subasta de la vivienda común, cuando la misma haya tenido lugar, como consecuencia del ejercicio de la acción de división de la comunidad, si no ha habido acuerdo respecto de la división entre ambos progenitores.

[75] Que el derecho de uso, cuando recae sobre una vivienda propiedad exclusiva del progenitor no usuario o copropiedad de ambos progenitores, puede tener acceso al requisito de la Propiedad es indudable. V. a este respecto SSTS 11 diciembre 1992 (RAJ 1992, 10136) y 22 abril 2004 (RAJ 2004, 2713), así como RRDGRN 25 octubre 1999 (RAJ 1999, 7680), 6 julio 2007 (RAJ 2007, 6161) y 10 octubre 2008 (RAJ 2009, 634). Sobre los requisitos y forma para la práctica de la inscripción del derecho de uso véase Mª G RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *La especial naturaleza*

no, por lo que la solución más práctica sería constituir un derecho de usufructo ordinario, fijando su duración, bajo condición suspensiva en escritura pública e inscribirlo en el Registro de la Propiedad, con lo que el eventual usufructuario no se vería expuesto al riesgo de que su derecho real decayera frente a un tercer hipotecario protegido por el art. 34 LH.

5. Estipulaciones sobre la contribución a los gastos generados por la atención ordinaria de la familia

Es evidente la validez de los pactos de los convivientes encaminados a regular su contribución al pago de los gastos generados por la atención ordinaria de la familia (compras de muebles, ropa, electrodomésticos, alimentos), cuyo contenido puede ser muy variado: se puede, así, estipular que ambos se hagan cargo de dichos gastos, por mitad o en proporción a sus respectivos recursos económicos; como también, que recaigan, exclusivamente, sobre uno de ellos, eximiendo de ellos al que se dedica al trabajo doméstico.

Ahora bien, este tipo de pactos tendrán efectos entre las partes, pues, evidentemente, no pueden alterar la responsabilidad patrimonial frente a terceros del conviviente que contraiga la deuda (art. 1911 c.c.), al que el acreedor podrá reclamar la integridad de la misma, sin perjuicio de que éste pueda posteriormente dirigirse por vía de regreso contra el otro conviviente para reclamarle la parte que le corresponda en dicha deuda, de acuerdo con lo pactado entre ellos.

Lo que plantea dificultades es la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el conviviente no deudor, posibilidad que no está prevista en el Derecho civil común[76].

No me parece que pueda aplicarse por analogía el art. 1319.II c.c., que permite

del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad, en *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 710, 2008, 2518; como también de la misma autora *La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 737, 2013, 1904 y ss.; así mismo, Mª C LUQUE JIMÉNEZ, *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*, Madrid, 2012, 163-222.

[76] Téngase en cuenta, no obstante, que algunas legislaciones autonómicas contemplan expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse directamente contra el conviviente no deudor, por deudas contraídas por el otro para atender las necesidades ordinarias de la familia, lo que, en realidad, es consecuencia del establecimiento de una obligación legal de los convivientes de contribuir a ellas, a modo de cargas de la convivencia *more uxorio*.

Así, el art. 307.4 del Código de Derecho Foral de Aragón establece la responsabilidad solidaria de

al acreedor dirigirse solidariamente contra los bienes del cónyuge deudor y los bienes comunes y, subsidiariamente, contra los bienes del cónyuge no deudor: estamos ante un precepto integrante del régimen económico matrimonial primario y ya hemos dicho que el matrimonio y la convivencia *more uxorio* no son realidades equivalentes.

Además, en la unión de hecho falta el presupuesto previo que explica la solución del art. 1319.II c.c., esto es, la legitimación otorgada por ley a cualquiera de los cónyuges para «realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma» (art. 1319.I c.c.), legitimación que se explica, porque a través de dichos actos se atienden gastos que son cargas del matrimonio, a cuyo levantamiento están legalmente afectos los bienes de ambos (art. 1318.1 c.c.), lo que, al menos en Derecho civil común, no sucede respecto de los bienes de los convivientes[77].

En la doctrina se han propuesto diversas soluciones en orden a permitir que el acreedor pueda dirigirse contra el conviviente con el que no contrató[78]. De todas ellas, la que más me convence es la que, con tal fin, acude a la figura de la representación indirecta[79], presumiendo que quien contrajo la deuda,

ambos convivientes por los «gastos comunes de la pareja» («los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda»), «si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan solo respondería quien hubiera contraído la obligación». Según el art. 5.3 ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", de los gastos causados para el levantamiento de las cargas familiares responden los bienes del conviviente que contrajo la deuda, como también, subsidiariamente, los bienes del otro, siempre que sean adecuados «al uso social y al nivel económico de la pareja». Por otro lado, el art. 1319 c.c. será aplicable a las uniones de hecho sujetas la ley vasca, de 7 de mayo, desde el momento en que (tras la reforma llevada a cabo por la Disposición Adicional Segunda de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), el art. al art. 5.3 dispone que «A falta de pacto expreso el régimen económico-patrimonial de las parejas de hecho reguladas en ésta ley será el de separación de bienes establecido en el Código Civil».

También el art 12.4 de la ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho", con clara extralimitación competencial, establece que «Los miembros de la pareja estable son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa».

[77] Lo constata I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, Las parejas, cit. 237, que enérgicamente niega «que exista una obligación civil de atender a las cargas y gastos del hogar de hecho». Observa, además que, si existen hijos de la pareja de hecho, habrá una obligación civil de atenderlos, que surgirá de las relaciones de filiación o parentesco, pero no «de la convivencia en sí».

[78] De ellas de da extensa cuenta E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones*, cit., 312 y ss.

[79] V. en este sentido E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones*, cit., 321; como también A. LECIÑENA IBARRA, *Hacia un contractualismo*, cit., 94-97.

aunque actuara en su propio nombre, tenía conferido un mandato tácito del otro conviviente para actuar por cuenta suya, con el fin de satisfacer un interés que, en parte, le era propio: habría contratado, en definitiva, sobre cosas, que, al menos parcialmente, eran "propias del mandante", lo que, en virtud del art. 1737.II c.c., permitiría al acreedor dirigirse directamente contra éste[80].

No me cabe duda de que la existencia de un pacto entre los convivientes, por el que ambos asumieran la obligación de contribuir a los gastos destinados a atender las necesidades ordinarias de la familia, contribuiría a reforzar la presunción de existencia de ese mandato tácito (como también la circunstancia de que habitualmente las deudas para satisfacer dichas necesidades fueran contraídas de manera indistinta por ambos o por uno de ellos, sin la oposición del otro).

De cualquier modo, cuando las circunstancias del caso concreto impidieran entender que ha existido un mandato tácito cabría siempre que el acreedor accionara contra el conviviente no deudor a través del principio de prohibición de enriquecimiento injusto.

---

[80] E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones*, cit., 313 y 316, con el fin de defender la responsabilidad solidaria de ambos convivientes por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para atender los gastos ordinarios de la comunidad de vida, afirma que dentro de la expresión "cosas propias del mandante" «han de entenderse incluidas en el caso de la convivencia *more uxorio*, las necesidades ordinarias para que ésta pueda desarrollarse». A. LECIÑENA IBARRA, *Hacia un contractualismo*, cit., 94-97, observa que «la intervención del conviviente proprio nomine, carente frente al tercero de una dimensión representativa directa del otro, debe ser calificada como acto de administración que se proyecta fuera del ámbito de la pareja y que es realizado en beneficio de todos los que integran la unidad familiar» (estaríamos, pues, ante "cosas propias del mandante", en el sentido que comúnmente se da a la expresión del art. 1717.II c.c.). Según la autora, «Constatada la dimensión representativa del acto realizado», «la demanda debería dirigirse contra los dos convivientes, configurándose como un litisconsorcio pasivo necesario».

Me convence menos la teoría de la apariencia defendida por I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas*, cit., 362-367, basada en la común creencia de los terceros que contratan con el conviviente de hecho, de que el mismo está casado, por lo que podrán también dirigirse contra el patrimonio del no contratante. Según el autor, dicha apariencia podría deducirse, «incluso de la mera vida en común, sin necesidad de que los convivientes digan expresamente que son marido y mujer»; y añade: «No en vano lo normal es que quienes viven juntos estén casados».

Sin embargo, en la actualidad ha quebrado el presupuesto sociológico de esta tesis, pues, dado el auge las uniones de hecho, no se puede decir que lo normal es que quienes conviven estén casados. Por otro lado, la teoría de la apariencia lleva a excluir la responsabilidad solidaria de los convivientes, de modo que el acreedor deberá dirigirse, en primer lugar, contra los bienes del contratante y, subsidiariamente, contra los del otro conviviente. Lo constata el propio autor (367), según el cual «sería absurdo que los convivientes extramatrimoniales quedasen obligados de forma más fuerte o intensa que lo estarían si fuesen verdaderamente cónyuges -que es lo que aparentan».

6. El alcance de la autonomía privada respecto al establecimiento o exclusión convencional de indemnizaciones

La creciente proyección del principio de autonomía privada en el ámbito familiar, en general, y en el de las uniones de hecho, en particular, ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de que los convivientes puedan acordar o excluir indemnizaciones en previsión de una futura ruptura de la convivencia[81].

6.1. Previsión contractual de pago de indemnizaciones al extinguirse la unión de hecho: libre desarrollo de la personalidad y prohibición de enriquecimiento injusto

Hay que distinguir dos tipos de pactos: de un lado, los que fijan una indemnización a cargo de uno de los convivientes, por la mera circunstancia de la ruptura de la convivencia, haciendo abstracción de toda idea de compensación de los

[81] En general, los pactos preventivos para regular los efectos de crisis familiares futuras son extraños a nuestra tradición jurídica, siendo, en cambio, admitidos por el Derecho anglosajón, por cuya influencia han sido recibidos en el Derecho civil catalán, cuyo Código Civil, Libro II, admite los pactos por los que los contrayentes renuncian a percibir una pensión compensatoria en caso de crisis conyugal (art. 233-16) o una compensación económica por trabajo doméstico al extinguirse el régimen de separación (art. 232-7), como también el pacto por el que los convivientes renuncian a exigir una compensación económica por trabajo doméstico en caso de cese de la convivencia (art. 234-9.2, en relación con art. 232-7). No obstante, la validez de estos pactos se subordina a los requisitos del art. 231-20, cuyo número 5 prevé su posible revisión judicial en los siguientes términos: «Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron». En todo caso, el art. 234-10.2 considera ineficaces los pactos de renuncia a la prestación alimentaria (que el precepto establece en caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*), «en aquello en que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente que tiene derecho a pedir salvo que hayan sido incorporados a una propuesta de convenio»; «de donde se deduce que los pactos de renuncia anticipada a la prestación alimentaria serían ineficaces».
Por el contrario, el art. 4.1 de la ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", permite a los miembros de la pareja «regular las compensaciones económicas en el caso de extinción de la convivencia, con el límite de los derechos mínimos que establece esta ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles». Por lo tanto, carecen de validez los pactos de renuncia anticipada de la compensación prevista en el art. 9.2 de la ley, según el cual «El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuando la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos: a) Que el

perjuicios sufridos por quien deba percibirla; y, de otro lado, los que establecen una indemnización con la finalidad de compensar el empobrecimiento que una de las partes ha sufrido durante la convivencia, como consecuencia de su dedicación al cuidado de la familia o de su colaboración no retribuida (o retribuida de manera insuficiente) en la actividad profesional o económica de la otra.

a) Es dudosa la validez del primer tipo de pactos desde la perspectiva del art. 10 CE[82], puesto que, al imponer una penalización económica de la ruptura, suponen un ataque a la libertad que tiene todo conviviente para poner fin a la unión de hecho[83], opción ésta, que encuentra cobertura en el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la encuentra la opción de formar una familia no basada en el matrimonio[84].

b) En cambio, no hay ninguna duda respecto de la validez del segundo tipo de pactos[85], en la medida en que contengan una autorregulación razonable de los

---

conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja. b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia».

[82] Desde luego, como observa E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones*, cit., 159, es indudable la invalidez de un pacto de «renuncia al derecho de romper la unión libre en cualquier momento».

[83] No obstante, hay que tener en cuenta que la STS 31 marzo 2011 (Tol 2114961) admitió la validez de un pacto por el cual los cónyuges acordaban que, en el caso de separación, el marido debía indemnizar a la mujer con el pago de una cantidad.

[84] En contra de la validez de este tipo de pactos se manifiesta claramente J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *¿Es la unión?*, cit., 250, salvo en el caso en que la prevean para el supuesto de «mala fe en el ejercicio del derecho a la libre ruptura», pues, en tal caso, según el autor, tendrían la cobertura legal del art. 7.1 c.c.. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas*, cit., 115 y 317, no considera válidos los pactos «que limitan la voluntad para romper la unión libre en curso», refiriéndose concretamente a los "sanciones o indemnizaciones penales – más allá del ámbito reparador», a los que califica como "precio de la ruptura" o "precio de la liberación". Igualmente, D. LÓPEZ JIMÉNEZ, *Prestaciones económicas como consecuencia de la ruptura de las parejas no casadas*, Cizur Menor (Navarra), 2007, 47, que considera nulo el pacto en el que se acuerda una indemnización, con la que se pretende imponer "un precio a la ruptura".

En favor de la validez de dicho tipo de pactos se orientan, por el contrario, L. BUENO MEDINA, *Resolución unilateral como causa de disolución de las uniones de hecho*, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, 239; y C. MESA MARRERO, *Las uniones de hecho*, cit., 9.

Más mesurada es la opinión de A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general*, cit., quien afirma poder estar de acuerdo en la nulidad de «un pacto que obstaculice gravemente la libre ruptura», pero no, en la de todo pacto que «fije una compensación superior al enriquecimiento superior» (concretamente, se refiere a la validez de un pacto de remisión al art. 97 c.c.).

[85] El art. 310.1 del Código de Derecho Foral de Aragón prevé que «En caso de extinción de

intereses de ambas partes, pues, con ellos se llegará a una solución semejante a la que resultaría de la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, que es al que recurrirían los tribunales (si se dieran sus

---

la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos: a) Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada. b) Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos del otro conviviente, o ha trabajado para éste».

Con toda probabilidad, el precepto es inconstitucional, porque del mismo modo en que acontecía con diversos artículos de la ley navarra, de 22 de junio de 2000, "para la igualdad jurídica de las parejas estables», forma parte de un conjunto de normas que imponen a los convivientes una especie de estado civil paramatrimonial, prescindiendo de su común voluntad de someterse a ellos. Por esa razón, la STC (Pleno) 93/2013, de 23 de abril (Tol 3659972), declaró inconstitucional el art. 5.5. de la ley Navarra, que preveía el pago de una compensación económica por enriquecimiento injusto. Dice, así, que "Independientemente de que las reglas generales de responsabilidad por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos, y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión».

Sí que, en cambio, es constitucional el art. 9.2 de la ley balear, de 19 de diciembre de 2001, de "parejas estables", que también prevé una compensación económica por enriquecimiento injusto en favor del conviviente perjudicado. Pero dicha norma, como, en general, todas las que integran la regulación legal balear de las uniones de hecho, sólo se aplican a los convivientes que voluntariamente aceptan someterse a ellas, mediante su inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Islas Baleares (cfr. art. 1.2). Por la misma razón, también lo es el art. 6.2.b) de la ley vasca, de 7 de mayo de 2003, «reguladora de las parejas de hecho», que, no obstante, a diferencia del precepto balear, no impone a los convivientes que voluntariamente deciden inscribir su unión en el Registro autonómico la obligación de pagar al perjudicado una pensión compensatoria por enriquecimiento injusto, sino que tan sólo la prevé como una cláusula general, a lo que los convivientes pueden someterse, si así lo desean, en el momento de la inscripción.

Otras legislaciones autonómicas, con clara extralimitación competencial, por estar ante una materia de carácter civil sobre las que las respectivas Comunidades Autónomas carecen de capacidad para legislar, por no tener Derecho Civil especial o foral, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (tal y como exige el art. 149.1, regla 8ª de la misma) contemplan la posibilidad de que los convivientes establezcan compensaciones para el caso de extinción de la unión de hecho. Así, el art. 7.1 de la ley canaria, de 6 de marzo de 2003, de "parejas de hecho; el art. 5.1 de la ley asturiana, de 23 de mayo de 2002, de "parejas estables", «siempre con observancia de la legalidad aplicable». El art. 10.2 de la ley andaluza, de 16 de diciembre de 2002, de "parejas de hecho" permite pactar una «compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia». Otras legislaciones autonómicas, también con clara limitación extracompetencial, van más lejos, al prever una compensación económica por enriquecimiento injusto, sin necesidad

presupuestos) de no haberse estipulado aquéllos, pero con la ventaja de ser una solución querida y concretamente articulada por los convivientes[86].

Es, en efecto, habitual que la jurisprudencia recurra a dicho principio general, con el fin de proteger al perjudicado por la ruptura de la unión de hecho cuando los convivientes, expresa o tácitamente, no constituyeron una comunidad de bienes o una sociedad.

Se trata, casi siempre, de supuestos en que ha existido una larga convivencia de hecho, con dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas[87] o colaboración en las actividades económicas de su compañero sin recibir ninguna retribución[88]; y ello, con independencia de que la ruptura de la unión de hecho haya tenido lugar por voluntad unilateral del varón o por el hecho de su muerte, lo que es perfectamente lógico, ya que no se trata aquí de sancionar a quien rompe la vida en común, sino de compensar económicamente al conviviente perjudicado por el enriquecimiento sin causa de su compañero[89].

Es, por ello, que se condenó al varón, que voluntariamente había roto la convivencia *more uxorio*, que había durado seis años, a pagar a la mujer abandonada la cantidad de catorce millones de pesetas (algo más, de 84.000 euros), al entender que ésta última había sufrido un empobrecimiento, derivado de su dedicación desinteresada a las relaciones sociales de su compañero y a su atención doméstica, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de éste[90].

También se reconoció a la mujer abandonada el derecho a percibir una indemnización compensatoria de quince millones de pesetas (algo más de 90.000 euros), por ruptura de la convivencia *more uxorio*, mediante la aplicación del principio general de prohibición de enriquecimiento injusto, teniendo en cuenta que la mujer «había sacrificado veinte años de su vida para atender al demandado e hijos, descuidando su formación laboral y sus expectativas en

---

de pacto al respecto de los convivientes: es el caso del art. 7 de ley extremeña, de 20 de marzo de 2003, de "parejas de hecho" o del art. 9 de la ley cántabra, de 16 de mayo de 2005, "reguladora de las parejas de hecho".

[86] J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *¿Es la unión?*, cit., 235, observa que «prever una compensación por enriquecimiento injusto no constituye obstáculo legítimo alguno a la libre ruptura, ya que si se es libre también debe ser responsable, y si alguien se ha enriquecido a costa del otro, no puede decirse que se coarte nada por el hecho de que se imponga una compensación en estos casos».

[87] V. en este sentido SSTS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941), 27 marzo 2001 (Tol 71705) y 17 enero 2003 (Tol 230655), como también SSAP Pontevedra 28 abril 2006 (Tol 938477) y Zaragoza 11 mayo 2010 (Tol 1978779).

[88] V. en este sentido SSAP Asturias 16 enero 1997 (AC 1997, 103) y Barcelona 29 septiembre 2000 (JUR 2001, 55).

[89] V. en este sentido STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

[90] STS 11 diciembre 1992 (Tol 1654941).

orden a dispensar un mejor cuidado y atención a la familia»[91]. Con apoyo en el mismo principio, se condenó al varón, responsable de la ruptura de una convivencia *more uxorio*, de diecinueve años, de la que habían nacido dos hijos, al pago de una indemnización compensatoria, cuya cuantía quedó establecida en un tercio de los bienes adquiridos por el varón durante el periodo en que había durado la unión de hecho. Se precisó que, mediante el reconocimiento de la indemnización, «no se acepta la igualdad o asimilación (de la unión de hecho) al matrimonio, sino que trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicada por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil»[92].

Igualmente, se reconoció a la mujer, integrante de una unión de hecho, disuelta por muerte del varón, el derecho a obtener una indemnización equivalente al veinticinco por ciento del valor de los bienes adquiridos por aquél durante el tiempo en que había durado la convivencia *more uxorio* con los ingresos obtenidos con su trabajo y por la explotación de una farmacia de la que era titular. Se evidenció que la mujer se había dedicado, en exclusiva, durante cincuenta y tres años al cuidado de su compañero y del hogar familiar, «prestándole total ayuda moral y material, lo que repercutió positiva y significativamente en la formación del patrimonio de aquél, al tiempo que acarreó un desentendimiento de su propio patrimonio, pues tal dedicación no sólo no le supuso ninguna retribución o compensación económica, sino que le impidió obtener beneficios privativos mediante el desarrollo de otra actividad en provecho propio»[93].

Como regla general, puede, pues, afirmarse que se empobrece quien durante un prolongado período de tiempo se dedica, en exclusiva o de modo prioritario, a la atención del hogar o colabora en la empresa o negocio de su compañero sin recibir ninguna compensación por ello[94]. El empobrecimiento resulta, no sólo de la no percepción de una retribución por el ejercicio de estas actividades, sino también de las dificultades que tiene para acceder a un empleo la persona

---

[91] STS 27 marzo 2001 (Tol 71705).

[92] STS 17 enero 2003 (Tol 230655).

[93] STS 17 junio 2003 (Tol 285652).

[94] V. a este respecto SSTS 5 febrero 2004 (Tol 348570) y 30 octubre 2008 (Tol 1432563). Por ello, la reciente STS 15 enero 2018 (núm.. recurso 2305/2016) no ha reconocido el resarcimiento pretendido por la conviviente. Dice, así, que «Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada».

que siempre se ha dedicado a las labores domésticas (pensemos en mujeres de avanzada edad, de escasa cualificación profesional, que nunca han trabajado fuera de casa), o también de las dificultades que encuentra para reincorporarse al mercado de trabajo quien lo ha abandonado durante un prolongado período de tiempo; empobrecimiento, que todavía es más claro cuando la mujer ha dejado un trabajo retribuido al tiempo de iniciarse la convivencia.

No obstante, hay que excluir la aplicación del principio general de prohibición del enriquecimiento injusto cuando quien lo pretende no ha recibido propiamente una retribución por sus labores domésticas equiparable a un salario, pero sí otras compensaciones económicas, que impiden considerar que la situación en la que se ha desarrollado la convivencia de hecho y su posterior ruptura le ha producido un empobrecimiento.

Se denegó, así, la pretensión de la reclamante, de que el varón le satisficiera una indemnización por enriquecimiento injusto, valorando el hecho de que, mientras persistió la unión de hecho, el demandado había asumido la práctica totalidad de los gastos comunes, así como los generados por la atención de los dos hijos de la mujer, que vivían con ellos, domiciliando su nómina en la cuenta corriente de la demandante, y pagando, además, las amortizaciones del crédito hipotecario concedido para la adquisición de la vivienda, que era de propiedad exclusiva de aquélla[95]. Se desestimó igualmente la indemnización por enriquecimiento injusto solicitada por la conviviente, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, argumentando que el varón demandado había transmitido gratuitamente a la actora, bajo la apariencia de un falso contrato de compraventa, carente de precio real, participaciones en la sociedad explotadora de un restaurante, ascendiendo las participaciones cedidas a casi la mitad del capital social[96].

6.2. Pactos de renuncia anticipada a reclamar indemnizaciones

Otra de las cuestiones que ha preocupado a la doctrina es la relativa a la validez de los pactos de renuncia anticipada a percibir indemnizaciones en el caso de cese de la convivencia.

[95] SAP Málaga 25 abril 2002 (Tol 1189041).
[96] SAP Gerona 2 octubre 2002 (Tol 263405).

6.2.1. Validez de los que excluyen las ligadas al mero hecho de la ruptura de la convivencia

En mi opinión, son perfectamente válidos los pactos de renuncia a percibir una indemnización por la mera ruptura de la convivencia, aunque su utilidad parezca escasa, ya que cada conviviente tiene libertad para poner fin a la unión de hecho, sin que legalmente deba satisfacer ninguna reparación por ello: es más, creo que una norma que impusiera una indemnización de este tipo (como también la aplicación de una regla general, como el art. 1902 c.c., con el mismo fin), muy probablemente, sería inconstitucional, por ser contraria al libre desarrollo de la personalidad; por lo tanto, a través de estos pactos se estaría renunciando a un derecho que no se tiene.

Un sector de la doctrina enumera una serie de supuestos en los que tendría lugar una indemnización *ex* art. 1902 c.c., no por la ruptura de la convivencia, en sí, sino por las circunstancias en las que la misma tuviera lugar, por ejemplo, en los casos de publicidad o violencia de la ruptura o cuando la mujer abandonada estuviese embarazada[97].

Yo soy poco proclive a la aplicación del art. 1902 c.c. en estos supuestos, como también lo es la jurisprudencia, que, no obstante, ha aplicado la responsabilidad civil extracontractual para proteger al desfavorecido por el cese de la convivencia *more uxorio*, en un caso en que la ruptura de la convivencia había sido acompañada del incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio. En efecto, una conocida sentencia del Tribunal Supremo[98] fundamentó, así, en el art. 1902 c.c. la condena del varón a pagar la cantidad de tres millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios, a su compañera, la cual había puesto fin al contrato de arrendamiento de la vivienda donde residía y en la que recibía huéspedes, para iniciar una convivencia *more uxorio* durante tres años con el condenado, ante la confianza, que éste le había suscitado de que se casaría con ella, a través de una promesa de matrimonio, que no cumplió. En este caso concurría la particularidad de que la unión de hecho había sido iniciada, mediando una previa promesa de matrimonio del varón que posteriormente rompió la convivencia. En segunda instancia la condena del varón había sido fundamentada en el art. 43 c.c., solución ésta, que desautorizó el Supremo, lo que me parece correcto, ya que el daño derivado de haber puesto fin al contrato de arrendamiento de la vivienda de la mujer abandonada no es un "gasto hecho"

[97] V. en este sentido I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas*, cit., 319.

[98] STS 16 diciembre 1996 (RAJ 1996, 9020).

o una "obligación contraída" en consideración al matrimonio proyectado, por lo que no puede ser indemnizado a través del referido precepto.

No estoy de acuerdo en la aplicación que hizo del art. 1902 c.c. para fundamentar el fallo condenatorio, porque, a mi juicio, este artículo no juega en el caso de ruptura de la promesa de matrimonio, cuyos efectos económicos se rigen, exclusivamente, por el art. 43 c.c., cuyo tenor es claro, al exponer que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio, «sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio proyectado».

El precepto es una fórmula de transacción, entre el principio de tutela de la confianza y el principio de libertad nupcial, que, evidentemente, quedaría desvirtuado, si la negativa a cumplir la promesa produjera consecuencias patrimoniales tan gravosas para el promitente, que éste se viera constreñido a contraer matrimonio para escapar al pago de una indemnización cuantiosa. Ello explica la limitación del importe máximo de la indemnización a los conceptos que la propia norma determina (gastos hechos y obligaciones contraídas en atención al matrimonio), cerrando la posibilidad de que el promisario pueda pedir el resarcimiento de otros daños. Creo, además, que la inaplicación del art. 1902 c.c. en los casos de ruptura de la promesa de matrimonio deriva del principio *specialia generalibus derogant*, ya que, a mi entender, el art. 43 c.c. es una norma especial que establece un supuesto específico de responsabilidad prenegocial (que una clase de responsabilidad civil extracontractual), por lo que excluye la aplicación de la norma general (el art. 1902 c.c.)[99].

[99] Ciertamente el art. 43 c.c. suscita la cuestión de determinar la naturaleza de la obligación, en cuya virtud el promitente, que incumple sin justa causa la promesa cierta de matrimonio, debe resarcir al promisario de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en atención al matrimonio proyectado.

Prima facie, dicha norma parece presentar problemas de coordinación con la contenida en el art. 42 c.c., que sanciona la incoercibilidad de la promesa de matrimonio, al establecer que los esponsales no son vinculantes en el plano jurídico (no originan la obligación de contraer matrimonio, ni tampoco de cumplir lo que se hubiera estipulado para el caso de su no celebración), lo que impide considerarlos un verdadero negocio jurídico de Derecho de Familia: ¿qué negocio jurídico sería aquél que no genera para las partes la obligación de cumplir lo pactado? A mi parecer, la obligación resarcitoria del art. 43 c.c. debe explicarse mediante el recurso a la culpa *in contrahendo*, esto es, desde la consideración de que quien sin justa causa incumple una promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario. A través de la negativa a cumplir la promesa, el promitente impide la perfección del negocio matrimonial; provoca, en definitiva, un daño *in contrahendo* del que debe responder ante el promisario, si bien dentro de los rígidos límites que el precepto establece, lo que excluye la indemnización de otros conceptos, los cuales pudieran incluso comprenderse en el denominado

A mi juicio, el recurso a la responsabilidad civil extracontractual al objeto de proteger al conviviente que queda perjudicado por el cese de la unión de hecho es, como regla general improcedente, si el cese de dicha unión no implica, al mismo tiempo, incumplimiento sin causa de una previa promesa cierta de matrimonio. Evidentemente, de no mediar promesa de matrimonio, es clara la imposibilidad de aplicar el art. 43 c.c., pero, a mi entender, tampoco procede, en principio, la aplicación del art. 1902 c.c. para condenar al conviviente que rompe la unión de hecho al pago de una indemnización de daños y perjuicios por los daños que esa ruptura ocasione al otro conviviente.

La ruptura de la convivencia *more uxorio* es un acto de libertad de quienes la forman, del mismo modo que lo es su constitución. Si, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de libre desarrollo de la personalidad exige respetar la radical libertad del ser humano para casarse o permanecer soltero, me parece que, por aplicación del mismo principio constitucional, no debe merecer ningún reproche culpabilístico quien decide poner fin a la unión de hecho, cuando entiende que dicha unión ya no es un cauce adecuado para el desarrollo de su personalidad, por lo que no se entiende como puede ser obligado a pagar una indemnización de daños y perjuicios, por esta sola causa.

Comparto, pues, la posición expresada en una emblemática sentencia del Pleno del Tribunal Supremo[100], en la que se afirma que «no cabe excluir radicalmente la aplicabilidad del art. 1902 c.c., pero siempre exigiendo la plena concurrencia de todos sus requisitos, y, naturalmente, rechazando que la simple decisión de ruptura, aun sin causa alguna, constituye culpa o negligencia determinante de un deber de indemnizar, pues en tal caso se estaría creando algo muy parecido a la indisolubilidad de la unión de hecho o a su disolubilidad solamente previo pago».

En particular, hay que excluir totalmente la posibilidad de que el conviviente abandonado pueda pedir la indemnización de un hipotético daño moral resultante de la mera ruptura unilateral de la convivencia *more uxorio* a través del art. 1902 c.c..

Es, pues, de alabar la solución a la que llegó una sentencia de instancia[101], que no estimó la pretensión de la mujer abandonada, de que se condenara al varón al pago de una indemnización de daños y perjuicios, entre otros conceptos, por el

---

interés negativo, cuyo resarcimiento constituye, según la doctrina tradicional, el contenido característico de la obligación de indemnizar que pesa sobre el contratante que incurre en culpa *in contrahendo*.

[100] STS (Pleno) 12 septiembre 2005 (RAJ 2005, 7148).

[101] SAP Madrid 15 enero 2002 (JUR 2002, 121529).

daño moral resultante del «abandono brusco de la situación estable y duradera de futuro en el ámbito emocional» de ella y del hijo de ambos. La Audiencia no acogió esta pretensión, por considerar que no había quedado acreditado «un perjuicio moral derivado de la ruptura sentimental, aspecto que, además de resultar difícilmente justificable y sobre todo evaluable, pronto tuvo remedio en uno, porque se casó al mes siguiente, y en la mujer porque lo hizo al año siguiente». En el caso litigioso la unión de hecho había durado cinco años y los convivientes tenían un hijo en común.

6.2.2. Invalidez de los que excluyen el pago de todo tipo de indemnización, cualquiera que sea su causa: contrariedad al principio de prohibición de enriquecimiento injusto (inaplicación de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*)

En mi opinión, son nulos los pactos de renuncia anticipada a exigir cualquier tipo de indemnización en el caso de cesación de la convivencia[102]; y ello, por ser contrarios al orden público, del que obviamente forma parte el principio general de enriquecimiento injusto, en cuya virtud (según consolidada doctrina jurisprudencial) debe reconocerse la posibilidad de obtener una compensación al conviviente que, sin retribución alguna (o escasa), se hubiera dedicado al trabajo doméstico o hubiese colaborado en la actividad económica o profesional del otro; a no ser que dichos pactos formaran parte de una razonable composición de intereses, en la que se previesen otro tipo de compensaciones en favor del perjudicado, por ejemplo, una atribución de bienes (durante la convivencia o al cesar ésta) o la que resultaría de haberse pactado que se hicieran comunes las ganancias obtenidas por el ejercicio de la actividad en la que colaboró.

Podría argumentarse que esta posición va en contra de la actual corriente de privatización de la familia y que cabría pensar en otra solución más acorde con el principio de autonomía privada[103]. ¿No podrían, quizás, considerarse válidos

---

[102] A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general*, cit., 1845 y 1847, en cambio, los considera válidos, siempre que no perjudiquen los derechos básicos menores e incapacitados, «porque así lo exige el principio *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica», de modo que los jueces deben aplicarlos, pero introduce una importante matización: «salvo que resulte de todo punto irrazonable atendidas las circunstancias concurrentes en el momento actual», pues, en este caso, «la reclamación del cumplimiento íntegro del pacto puede resultar abusiva o contraria a la buena fe».

[103] Me parecen muy pertinentes las observaciones de Mª M. HERAS HERNÁNDEZ, *Acuerdos suscritos para ordenar la convivencia en pareja de preruptura y postruptura. Perspectiva desde*

los pactos de renuncia anticipada a exigir compensaciones futuras, pero sujetar su eficacia a la apreciación judicial, a través la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*?[104] De ser así, el juez podría no aplicar el pacto, cuando al cesar

---

el Derecho español, en *Tla-Melaua* (*Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de Puebla*, México), núm. 38, septiembre 2015, según la cual «si la progresiva 'contractualización' de las relaciones de familia y de pareja da cabida al predominio de los intereses particulares de cada uno de sus miembros, de ningún modo tal posibilidad puede conducir a un individualismo capaz de dinamitar los principios básicos que apuntalan el orden público como el principio de igualdad de los convivientes, el de solidaridad familiar o del interés superior de los menores».

[104] Como es de todos sabido, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, significa, en esencia, que en los contratos de tracto sucesivo se entiende implícitamente pactado que sus efectos se mantengan, en tanto no cambien las circunstancias que las partes tuvieron presentes al momento de su conclusión.

Con arreglo a dicha doctrina, tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido manteniendo la posibilidad (siempre excepcional) de que el juez pueda modificar el contenido de los pactos, siempre que se den los siguientes requisitos: en primer lugar, una «alteración completamente extraordinaria de las circunstancias que se dan en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración»; en segundo lugar, «una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes que rompa el equilibrio de las prestaciones»; en tercer lugar, «que todo acontezca porque sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles»; y, por último, «que no exista otro medio jurídico para compensar el desequilibrio». V., en este sentido, entre otras, SSTS 4 febrero 1995 (RAJ 1995, 739), 26 septiembre 2002 (Tol 225594) y 20 noviembre 2009 (RAJ 2009, 7296).

En tiempos recientes se ha producido una tendencia expansiva de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como consecuencia de la grave crisis económica padecida en los últimos años y de su incidencia sobre el equilibrio de las prestaciones en contratos de la larga duración. Dicha tendencia expansiva se manifiesta en una doble dirección. Por un lado, tratando de normalizar el recurso a dicha doctrina, pero, siempre manteniéndose la rigurosa exigencia de los requisitos tradicionales, y, entre ellos, por lo que a nosotros aquí nos interesa, el de que «todo acontezca porque sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles». Es el caso de la STS 15 octubre 2014 (Tol 4579218), que, en el concreto caso litigioso, aplicó la doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un edificio destinado a establecimiento hotelero celebrado por un período de 25 años, con facultad de desistimiento del arrendatario, pasados 10 años del transcurso del mismo; se constató la excesiva onerosidad de las prestaciones con ruptura de la equivalencia entre las mismas, como consecuencia de una grave crisis económica sobrevenida en el sector de la hostelería; en consecuencia, se modificó el contrato, a través de reducción en un 29% de la renta vigente en el momento de la interposición de la demanda. Por otro lado, esa tendencia expansiva se ha manifestado, aplicándose la cláusula *rebus sic stantibus*, en términos, no sólo de modificación, sino también de resolución del contrato, en supuestos de compraventa de viviendas cuando no se consigue la financiación económica prevista para su adquisición, debido a la grave crisis económica que ha sacudido España durante los últimos años, en la medida en que se produzca «una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes», manteniéndose, por lo tanto, con toda claridad, el requisito de la radical imprevisibilidad del cambio sobrevenido de las circunstancias. V., así, SSTS 17 de enero de 2013 (Tol 3239524) y 26 abril 2013 (Tol 3711528).

la convivencia existiera un cambio extraordinario de circunstancias que no hubieran podido preverse al tiempo de su otorgamiento[105].

Pero, ¿cuáles serían, entonces, tales circunstancias sobrevenidas? ¿Cabría incluir entre ellas, por ejemplo, el supuesto de que uno de los convivientes se hubiera dedicado al cuidado de unos hijos comunes? Tengo mis dudas de que en este caso se cumpliera el requisito (imprescindible para aplicar la doctrina de cláusula *rebus sic stantibus*) de estar ante una circunstancia sobrevendida absolutamente imprevisible al tiempo de la celebración del contrato. ¿Y qué decir del supuesto en que uno de los convivientes hubiera colaborado desinteresadamente en la actividad económica del otro desde el inicio de la convivencia y hasta la finalización de la misma?; ¿podría considerarse qué ha habido aquí un cambio sobrevenido de circunstancias? Parece que no, como no se considere que lo sea el haberse llegado a una edad avanzada sin haberse realizado un trabajo remunerado, pero que uno va a envejecer es algo absolutamente previsible y nada extraordinario[106].

Probablemente, en no pocos casos, por razones de justicia material, habría que forzar la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, considerando el juzgador que habría habido un cambio extraordinario de circunstancias absolutamente imprevisible siempre que uno de los convivientes se hubiera enriquecido injustamente a costa del otro.

Pero entonces, ¿para qué serviría el pacto de renuncia anticipada a exigir compensaciones? Desde luego, para dar certeza a los convivientes sobre sus respectivas situaciones patrimoniales en el caso de cesación de la convivencia, ya hemos visto que no, pues cabría siempre discutir la existencia de una alteración sobrevenida de circunstancias; y, para evitar intervenciones judiciales, tampoco. Estaríamos, en definitiva, ante un pacto con una eficacia claudicante, supeditada

---

[105] Esto es, desde luego, posible en el Derecho civil catalán, según resulta de los arts. 234-5 y 234-9, en relación con el art. 231-20.5, del Código civil de Cataluña.

[106] Me parecen muy interesantes las observaciones que realiza A. GÁLVEZ CRIADO, *El principio general*, cit., 1846, al analizar la posible aplicación de la doctrina de cláusula *rebus sic stantibus* a los pactos de renuncia a compensaciones futuras, que el autor niega, precisamente, por la dificultad de entender que concurra el requisito de la imprevisibilidad del cambio sobrevenido de circunstancias. Dice, así, que «el tema del cambio sobrevenido de las circunstancias debe analizarse teniendo en cuenta la finalidad básica de toda convivencia de hecho: el establecimiento de una relación afectiva duradera entre personas capaces y que deben tener conocimiento de las distintas vicisitudes por las que puede transcurrir una convivencia de estas características en nuestra sociedad actual»; y añade: «En 20, 30 o 40 años de vida en pareja naturalmente que se producen cambios muy sustanciales en la vida de las personas, ¿pero resultan imprevisibles estos cambios para esas personas?».

a que no se constatase judicialmente la existencia de un enriquecimiento injusto. Sólo sería eficaz, si no lo hubiere habido, pero, en este caso, el pacto sería totalmente inútil, porque implicaría la renuncia a una indemnización que no se tiene derecho a reclamar (la mera ruptura de la convivencia, por sí misma, no da derecho a exigir ninguna indemnización).

Funcionamiento de los acuerdos prematrimoniales en España

Maria del Carmen Cazorla González-Serrano
Profesora Titular (I.) Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

El presente estudio tiene como finalidad el análisis de los acuerdos prematrimoniales regulando los aspectos personales y patrimoniales de los futuros cónyuges, en aras a una posible ruptura. Estos acuerdos prenups son en España las denominadas capitulaciones matrimoniales. En nuestro país, cada vez más, bien las futuras parejas – antes de casarse – o bien los propios cónyuges – una vez celebrado el matrimonio –, tienden a dejar claros los términos que regirán su separación, tanto desde el punto de vista económico, como las medidas que regularán la relación de los progenitores con los hijos.
Los acuerdos prematrimoniales como manifestación de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, pueden resultar muy útiles en caso de ruptura matrimonial ya que no sólo permiten regular aspectos tan controvertidos como la liquidación económica del matrimonio sino que además mantienen a los tribunales al margen. Sin embargo, aunque su practicidad es admisible en nuestro Ordenamiento, en determinadas ocasiones los tribunales deben intervenir para determinar la validez de las claúsulas que el pacto incluye, dada la delicada materia que en los mismos se recoge.

The purpose of this study is to analyze premarital agreements regulating the personal and patrimonial aspects of future spouses, in the interest of a possible crisis. These prenuptial agreements in Spain are denominated matrimonial agreements. In our country, increasingly, either the future couples – before marrying – or the spouses themselves – once the marriage is celebrated – tend to make clear the terms that will govern their separation, both from the economic point of view, and the measures that will regulate the relationship of the parents with the children.
Premarital agreements as a manifestation of the autonomy of the will in Family Law, can be very useful in case of marital breakdown as not only allow to regulate controversial aspects as the economic settlement of marriage but also keep the courts in the margins . However, although it is practicality admissible in our system, in certain cases the courts must intervene to determine the validity of the clauses that the pact includes, given the sensitive matter that is included in them.

Lo scopo di questo studio è di analizzare gli accordi prematrimoniali che regolano gli aspetti personali e patrimoniali dei futuri sposi, in vista di una possibile rottura. Questi accordi prenuziali in Spagna sono denominati accordi matrimoniali. Nel nostro paese, sempre più spesso, le coppie future – prima del matrimonio – o gli stessi sposi – una volta celebrato il matrimonio – tendono a chiarire i termini che regoleranno la loro separazione, sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista delle misure che regoleranno il rapporto dei genitori con i figli.

Il ricorso ad accordi prematrimoniali come manifestazione dell'autonomia della volontà in diritto di famiglia, può essere molto utile in caso di crisi coniugale in quanto non solo consente di regolare aspetti controversi come le condizioni economiche, ma consente di mantenere margini anche ai tribunali . Tuttavia, sebbene la sua praticabilità sia ammissibile nel nostro ordinamento, in alcuni casi i tribunali sono intervenuti per determinare la validità delle clausole che il patto include, data la questione sensibile che è inclusa in esse.

Sumario: 1. Introducción. – 2. Regulación legal de los pactos prematrimoniales en Derecho Civil Español. – 3. La validez de los pactos prematrimoniales: límites a su contenido. – 4. Contenido de los acuerdos prematrimoniales. – 5. Forma de los acuerdos prematrimoniales. – 6. Consideraciones finales.

1. Introducción

En la actualidad, la sociedad española tiende a considerar el matrimonio como una institución temporal e inestable, donde el divorcio y la ruptura conyugal se convierten en una situación frecuente. El ordenamiento jurídico español posibilita la separación y el divorcio sin alegar ninguna causa e incidiendo en el único requisito de que al menos hayan pasado tres meses desde su celebración para poder solicitarlo[1].

Los acuerdos prematrimoniales son acuerdos de los cónyuges o futuros cónyuges que se suscriben en previsión de una crisis matrimonial que pueda desembocar en la ruptura definitiva de la pareja. Regulan tanto los aspectos económicos como personales que pudieran derivarse de la eventual disolución de su futuro matrimonio, por separación o divorcio, o por muerte de alguno de ellos, primando, en este sentido, la autonomía de la voluntad.

[1] Excepcionalmente, se podrá reducir este plazo siempre que se alegue causa de suficiente entidad.

Estos acuerdos, tiene su origen en el derecho anglosajón, "*prenups*", que son en España las denominadas capitulaciones matrimoniales[2]. Históricamente, los acuerdos prematrimoniales encuentran su origen en las sociedades inglesas, concretamente en las familias adineradas de los siglos XVII y XVIII, con el objetivo principal de proteger el patrimonio de la mujer, que generalmente adquiría antes del matrimonio. Con ese tipo de acuerdos, la mujer conservaba la titularidad de sus bienes, lo cual compensaba la diferencia legal entre hombres y mujeres[3].

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2015[4] apunta «*que el fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capituque el fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 Civil). En cualquier caso, las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también con criterio más flexible a "cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo" (art. 1325 C. Civil).*

Por otro lado, el art. 1328 del C. Civil considera nulas las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges. En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del C. Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil (EDL 1889/1) Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana (EDL 2007/12665).

De lo expuesto se deduce que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, debiendo ponerse el acento en los límites a los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges

[2] E. BENÍTEZ, *Cómo funcionan los acuerdos prematrimoniales en España*, *Economist & Jurist*, en: http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/como-funcionan-los-acuerdos-prematrimoniales-en-espana/, a fecha 30 de diciembre de 2017.

[3] M. MARCELA ZELEDON, *Los orígenes de los acuerdos prematrimoniales y el "Case Law" aplicable*, en: http://enfoquejuridico.org/2015/10/06/los-origenes-de-los-acuerdos-prematrimoniales-y-el-case-law-aplicable/, a fecha 30 de diciembre de 2017.

[4] STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015, 2828).

y en el interés de los menores, si los hubiere, pues, no en vano, el art. 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, aplicable por analogía en ese caso, para su aprobación, que no sean dañosos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el art. 39 de la Constitución (EDL 1978/3879) cuando establece la protección de la familia y de la infancia»[5].

En este sentido, Moreno Velasco los define como «los acuerdos de los cónyuges celebrados antes o después de contraer matrimonio y que tiene por objeto regular los efectos de una eventual crisis matrimonial»[6]. Por su parte, Paz-Ares señala que «consisten en decisiones o acuerdos de los cónyuges adoptados antes o después de la celebración del matrimonio dirigidos a regular las consecuencias personales y económicas de una eventual y futura ruptura matrimonial»[7]. Asimismo, González del Pozo los conceptúa como «negocios jurídicos de derecho de familia en virtud de los cuales, quienes tienen proyectado contraer matrimonio entre sí, regulan, total o parcialmente, las consecuencias o efectos, tanto personales como patrimoniales, que para ellos o los hijos que tuvieren derivan de la eventual ruptura o disolución de su futuro matrimonio, sea por separación o divorcio (o nulidad), sea por muerte de uno de ellos»[8].

En este sentido, se ha producido una privatización del matrimonio[9] que permite a los cónyuges, en el uso de la autonomía de la voluntad, realizar las modificaciones oportunas adaptándolos a sus necesidades; así, pueden configurar el marco normativo de sus relaciones jurídico matrimoniales en consonancia a su propia voluntad y deseo.

Esta autonomía, se viene manifestando y materializando en el ámbito civil a través de los denominados, negocios jurídicos de derecho de familia, en donde distinguimos: las capitulaciones matrimoniales, para estipular, modificar o sustituir los otorgantes el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 c.c.); el convenio regulador,

---

[5] En el mismo sentido, la SAP de Zaragoza, nº 805/2016, rec. 577/2016, de 23 de diciembre de 2016.

[6] V. MORENO VELASCO, *Autonomía de la voluntad y crisis matrimoniales*, Civitas, Madrid, 2013, 50.

[7] I. PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ, *"Previsiones capitulares", Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares. Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez-Eznariaga*, Dykinson, Madrid, 102 y 116.

[8] J. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)*, en *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, 10 de julio 2008, 1 y ss.

[9] I. PAZ-ARÉS RODRÍGUEZ, *"Previsiones capitulares"*, cit., 100.

por el que los cónyuges determinan, una vez sobrevenida la crisis, los efectos de su ruptura (art. 90 c.c.); los acuerdos prematrimoniales[10]; y, los pactos privados de parejas de hecho, a los que la jurisprudencia atribuye la eficacia propia de los contratos[11].

No obstante, cabe establecer diferencias entre las denominadas capitulaciones matrimoniales y los pactos o acuerdos prematrimoniales. Las capitulaciones suelen referirse al establecimiento, modificación, sustitución o liquidación del régimen económico matrimonial o pactos patrimoniales de atribución de bienes *inter vivos* o *mortis causa*; esto es, una vez que el matrimonio está en crisis y la ruptura es una realidad. Sin embargo, los acuerdos prematrimoniales son de naturaleza prospectiva o preventiva, es decir, en previsión de una posible ruptura, contienen disposiciones sobre el reparto de bienes entre los cónyuges tras la disolución del matrimonio, las pensiones alimenticias o indemnización entre cónyuges, la guarda y custodia de los hijos comunes, etc.[12]

Los pactos prematrimoniales, se han ido introduciendo paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico por la vía convencional, lo que se traduce en la ausencia de un régimen jurídico específico al respecto. La doctrina, sin embargo, se muestra favorable a este tipo de acuerdos, afirmando con carácter general su validez y eficacia, y la ventaja que supone para los cónyuges poder corregir convencional y anticipadamente resultados no deseados. Así, el objetivo prefijado para este tipo de acuerdos puede ser triple[13]:

[10] Véanse la SAP de A Coruña, sec. 4, nº 5/2017, rec. 568/2016, de 11 de enero de 2017 y la SAP de Ciudad Real, sec. 1ª, n. 79/2017, rec. 474/2016, de 20 de marzo de 2017. Asimismo, la STSJ Cataluña, sec. 1ª, nº 19/2016, rec. 160/2014, de 31 de marzo de 2016.

[11] A partir de la STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), se reconoce la validez y eficacia de los contratos celebrados entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial no aprobados judicialmente. «La validez de estos acuerdos, calificados por la jurisprudencia como auténticos negocios jurídicos de Derecho de familia, viene determinada por la concurrencia de los requisitos estructurales establecidos con carácter general en sede de contratos (art. 1261 c.c.) y por el cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley ad solemnitatem o ad sustantiam para determinados actos de disposición; se trata de acuerdos que constituyen, en suma, una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de la relaciones privadas que no está condicionada en cuanto a su validez y fuerza vinculante inter-partes a la aprobación y homologación judicial. Entre otras muchas, a este respecto, vid. las SSTS de 15 de febrero 2002 (RJ 2002/1619), 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622), y 17 de octubre de 2007 (RJ 2007/7307)».

[12] Vide, entre otras, la STS, Sala de lo Civil, sec. 1ª, nº 217/2011, rec. 807/2007, de 31 de marzo de 2011, en su Fundamento Jurídico cuarto, determina que «aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación».

[13] I. ANTÓN JUÁREZ, *Acuerdos prematrimoniales: ley aplicable y Derecho Comparado*, en

1º.-Evitar a toda costa la intervención de los Tribunales en el régimen económico del matrimonio en el momento en el que se produzca la ruptura del vínculo matrimonial. No obstante, el juez puede entrar a valorar la validez legal de un pacto o acuerdo convenido entre ambos cónyuges.
2º.-Establecer el régimen económico matrimonial que, durante el periodo de vigencia del vínculo matrimonial, va a regir en el matrimonio.
3º.-Y, regular cuestiones personales e incluso las relativas a los hijos no nacidos: régimen de visitas, pensión de alimentos, guarda y custodia, etc.
Por ende, dos son sus notas características[14]:
1.ª Condicionalidad: porque su eficacia jurídica queda supeditada a la efectiva celebración del matrimonio. Esto es lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales cuyas estipulaciones quedan sin efecto en el caso de no contraerse el matrimonio en el plazo de un año (art. 1334 del c.c.).
2.ª Prevención: porque son pactos proyectados para su aplicación en el supuesto de que se produzca la ruptura del vínculo matrimonial, en los que se reglamenta la forma en que se regularan y resolverán las consecuencias y efectos derivados de esa eventual crisis matrimonial futura y que darán una solución consensuada a los conflictos de intereses que puedan surgir entre los cónyuges.
Por lo que finalmente, y desde una perspectiva puramente económica, precisa Aguilar Ruiz que «la fijación ex ante de las consecuencias económicas de un eventual divorcio de la pareja protegerá durante la vida del "negocio" (negocio jurídico, en este caso), las inversiones o aportaciones económicas realizadas por los cónyuges durante la convivencia marital, sean remuneradas o no, lo que redundará después en unos menores costes de litigación en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio». Añadiendo que «los pactos prematrimoniales son un ejemplo de la eterna tensión entre la autonomía de la voluntad de los cónyuges y el papel regulador, de fijación de límites por parte del Estado, sobre el concepto de matrimonio vigente en nuestro ordenamiento jurídico y, por ende, de la familia»[15].

Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 7, n° 1, 2015, en: http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT, a fecha 30 de diciembre de 2017.
[14] J.A. PÉREZ MARTÍN, *"Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento Consensual"*, Lex Nova, 2009, 68-69.
[15] L. AGUILAR RUIZ, *"Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, t. I, coord. por Luís Díez-Picazo, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, 106.

2. Regulación legal de los pactos prematrimoniales en derecho civil español

Históricamente, hasta 1975 estuvo prohibida en España la posibilidad de pactar entre cónyuges. La ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, es la que introdujo aspectos tan trascendentales como que la mujer tuviera capacidad jurídica otorgándole la posibilidad actuar y comercializar en el tráfico económico sin la representación o la actuación de su marido[16]. Además, reguló la posibilidad real, efectiva y legal de realizar capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio, ya que con anterioridad a su entrada en vigor esto solo era posible antes del matrimonio por lo que su contenido era inalterable en un momento posterior, pues la autonomía de la voluntad de las partes quedaba supeditada a lo dispuesto en ellas[17].

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Constitución Española y de la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, se determinó que a partir de este momento se podía legalmente hablar de la posibilidad de realizar un acuerdo prematrimonial en el ordenamiento jurídico español[18]. Sin embargo, los acuerdos prematrimoniales fueron reflejados por primera vez en la ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña, cuyo artículo 15 establecía que «*En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*»[19].

Todos estos cambios, determinaron y establecieron la perfecta igualdad entre los cónyuges, permitiendo que estos pudieran establecer y disponer las consecuencias personales y económicas que su voluntad quisiera. Así, con la última modificación al Código Civil realizada por la ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, los aspectos más novedosos fueron: la eliminación de

[16] BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975.
[17] I. ANTÓN JUÁREZ, Acuerdos prematrimoniales: ley aplicable y Derecho Comparado, cit., 33.
[18] BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.
[19] Actualmente, en la ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, en su art. 231.20 se admite expresamente los pactos en previsión de una ruptura y los requisitos determinantes de su validez y eficacia.

las causas de divorcio y la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo[20]. Como apresurábamos anteriormente, los acuerdos prematrimoniales, de gran tradición en otros sistemas jurídicos como el inglés o el alemán, e incluso en otros Derechos Civiles Forales españoles como el catalán o el valenciano, no gozan de reconocimiento expreso ni regulación específica en el Código civil español, de modo que tenemos que buscarlo al abrigo del principio de libertad de pactos. Así los acuerdos prematrimoniales encuentran su fundamento en: la autonomía de la voluntad (art. 1255 c.c.), la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 c.c.) y la libertad para adoptar cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio (art. 1325 c.c.)[21].

Existen, no obstante, otros Derechos forales que también recogen, de forma menos explícita que el catalán, las disposiciones a favor de este tipo de acuerdos. Así, el artículo 185 del Real Decreto legislativo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas, señala que los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares mediante capitulaciones o cualquier otro tipo de pacto, bien antes o después de contraer matrimonio.

También, la ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad de Aragón, contempla tácitamente la posibilidad de acuerdos prematrimoniales en capitulaciones matrimoniales (art. 3.1). En su artículo 15.2 y 3 de la ley autoriza a que en capítulos matrimoniales pueda determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial.

En la misma línea, la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en su artículo 172 precisa que los cónyuges disponen de total libertad para pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad de gananciales y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.

El Título IV de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen Económico Matrimonial Valenciano con más nivel de detalle regula la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales. Concretamente el artículo 25 señala que en la Carta de nupcias o Capitulaciones Matrimoniales se puede establecer «el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso

[20] BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

[21] S. GASPAR LERA, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales*, en *ADC*, t. LXIV, fasc. III, 2011, 1046.

después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio». Como ocurre en Cataluña y en Aragón, la legislación valenciana hace especial hincapié en el principio de "libertad civil" como elemento característico propio de su legislación, en este caso, matrimonial[22].

La Compilación de Derecho Civil de Baleares, aprobada por Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, no contiene referencia alguna, directa o indirecta, a los acuerdos prematrimoniales. La ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, permite los acuerdos prematrimoniales bajo la cláusula genérica de la ley 80.7, que admite como contenido propio de capitulaciones, cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio. Por último, en la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco, no se hace alusión a los acuerdos previsores de un eventual divorcio.

Los cónyuges, pueden por tanto, celebrar entre sí toda clase de negocios jurídicos, teniendo plena fuerza vinculante las obligaciones nacidas entre las partes[23] de conformidad con el principio "*pacta sunt servanda*" del artículo 1091 del Código civil, siempre que concurran los requisitos esenciales para la existencia de todo negocio jurídico (art. 1261 c.c.: consentimiento, objeto y causa), se colmen los requisitos de forma exigidos por la ley (arts. 1279, 1280 y 1327 c.c.), y se respeten los límites establecidos por la ley con carácter general a la autonomía privada (art. 1255 c.c.) como los límites específicos impuestos por normas especiales en los contenidos que sean objeto de pacto o estipulación[24].

[22] Art. 3 de la ley 10/2007: «El régimen económico matrimonial valenciano tiene como fundamento la plena igualdad jurídica de los cónyuges y se define por la más absoluta libertad civil entre los mismos, sin perjuicio de la necesaria protección social, económica y jurídica de la familia (…)».

[23] En este sentido, véase la SAP Valencia, sec. 10ª, nº 325/2017, rec. 1442/2016, de 6 de abril de 2017 donde «La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene "carácter contractualista", no se impide que al margen del mismo, "los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado (....) tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art.1255 c.c.». En esta misma línea, la STS, Sala 1ª, nº 217/2011, rec. 807/2007, de 31 de marzo de 2011, en su Fundamento Jurídico Tercero.

[24] C. PINTO ANDRADE, *La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales en previsión de la ruptura*, *Noticias Jurídicas*, *Civil*, septiembre 2010.

Así, son de aplicación en este tipo de acuerdos, al igual que sucede con los demás negocios familiares, las normas generales de los contratos. En este sentido, si se admite su validez por no ser contrarios a la ley, a la moral ni al orden público (art. 1255 c.c.), sólo podrán invalidarse por falta de capacidad o vicios del consentimiento (arts. 1261 y 1300 c.c.) o, por defecto de forma (art. 1279 c.c.).

Asimismo, siendo acuerdos plenamente válidos y eficaces, su ineficacia podrá justificarse por aplicación de la doctrina de la alteración sobrevenida (*clausula rebus sic stantibus*)[25]. En este sentido, serán obligatorios dichos pactos independientemente de la forma de celebración, «*siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*» (art. 1278 c.c.)[26] y, además, se complete con el requisito formal de la escritura pública, en el sentido de que el presente requisito es exigido por la ley como indispensable para la validez del negocio (art. 1327 c.c.).

3. La validez de los pactos prematrimoniales: límites a su contenido

De conformidad a lo expuesto anteriormente, el fundamento jurídico de los acuerdos prematrimoniales lo encontramos regulado en el artículo 1325 del Código civil[27], por lo que pueden contenerse pactos entre los cónyuges siempre y cuando respeten los principios rectores de las capitulaciones matrimoniales: deben respetar siempre y en todo caso la igualdad entre los cónyuges; no pueden ser contrarios a lo establecido en la ley en relación al matrimonio, esto es, fidelidad, convivencia, respeto ayuda mutua (arts. 67 y 68 c.c.), régimen económico (arts. 1318 a 1324 c.c.) y normativa de separación, divorcio o nulidad y sus efectos (arts. 73 a 80, 81 y 83 a 89 c.c.); y no pueden alterar el orden público matrimonial, entendido éste como el bienestar de los hijos y los perjuicios que pudieran derivarse a uno de los cónyuges en consonancia con lo establecido en el artículo 90.2 del Código Civil que determina que «serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

---

[25] S. GASPAR LERA, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales*, en *ADC*, t. LXIV, 2011, p 1046-1047.

[26] En esta línea, la SAP Madrid, sec. 18ª, nº 343/2017, rec. 505/2017, de 25 de octubre de 2017, Fundamento Jurídico Segundo.

[27] Art. 1325 c.c.: «*En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*».

El Tribunal que decida sobre la validez de los acuerdos prematrimoniales debe, en todo momento, tener en cuenta los límites a la voluntad de la autonomía que regula el Código civil. Por lo que, la autonomía de la voluntad en este aspecto, aparece mucho más limitada en los acuerdos prematrimoniales que en los contratos matrimoniales, pues aquellos pueden contener materias sustraídas al poder de libre disposición de las partes por estar afectados intereses públicos como el de protección del matrimonio, la familia o los hijos.

Según González del Pozo podemos integrar dichas limitaciones en los cinco grupos siguientes[28]:

1º.- Los límites derivados de los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges en el matrimonio (art. 32.1 CE) y de protección integral de los hijos[29], instrumentado, por medio de la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio durante su minoría de edad y en los casos en que legalmente proceda (art. 39 CE).

2º.- Los límites derivados de la configuración dada por la ley al matrimonio. En este sentido, nos encontramos con aspectos regulados por normas inderogables para la voluntad de los cónyuges: los deberes de fidelidad, convivencia, respeto y ayuda mutua (arts. 67, 68 c.c.); el régimen económico matrimonial primario (arts. 1318 a 1324 c.c.); el régimen de causas de separación, divorcio o nulidad y sus efectos (arts. 73 a 80, 81,83 a 89 c.c.), etc.

3º.- Los limites generales impuestos a la autonomía de la voluntad por el artículo 1255 del Código civil (ley, moral, orden público).

4º.- Los límites derivados del respeto a las normas imperativas excluidas de la libre disponibilidad de los cónyuges, entre los que destacamos: la irrenunciabilidad de la patria potestad, de la guarda y custodia y del régimen de comunicaciones y estancias con los menores; la irrenunciabilidad e intransmisibilidad de alimentos futuros (art. 151 c.c.); el principio de proporcionalidad de la cuantía de la pensión alimenticia; y, la imposibilidad de transigir sobre las cuestiones relativas al Derecho Civil (art. 1814 c.c.).

5º.- Los límites específicos y señalados por el artículo 90 del Código civil en relación con las estipulaciones referidas al contenido mínimo del convenio regulador y, los establecidos por el artículo 1328 del mismo en relación con aquellas disposiciones propias de capitulaciones matrimoniales.

Sin embargo, el problema fundamental radica en conocer cuáles son los límites

---

[28] J. GONZÁLEZ DEL POZO, *Acuerdos y contratos prematrimoniales*, cit., 1 y ss.

[29] En este sentido, SAP Cádiz, sec. 5ª, nº 15/2016, rec. 834/2015, de 20 de enero de 2016; SAP Valencia, sec. 10ª, nº 325/2017, rec. 1442/2016, de 6 de abril de 2017; y SAP Valencia, sec. 10ª, nº 270/2017, rec. 855/2016, de 23 de marzo de 2017.

de la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la hora de realizar este tipo de acuerdos prospectivos o preventivos, como consecuencia de que no todo acuerdo o convenio puede ser considerado lícito directamente sin proceder a una valoración previa.

Para ello, la Sentencia del TSJ Cataluña, de 12 de julio de 2012[30] establece que: «*En este sentido, la STS 1ª 61/2006 de 3 feb. (FD5), que analiza la eficacia de un documento privado otorgado por los cónyuges -eso sí- al tiempo de plantearse su separación matrimonial para pactar la liquidación del régimen económico, señala con carácter general que: "La autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública. Por ello las sentencias de esta Sala han remarcado que, en los contratos entre cónyuges, que podemos calificar como atípicos, deben concurrir los elementos del artículo 1261 del Código civil, es decir, consentimiento, objeto y causa y no deben traspasar los límites que el artículo 1255 del Código civil EDL 1889/1 impone a la autonomía de la voluntad, es decir que no deben ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público"*». Y la reciente STS 1ª 217/2011, de 31 de marzo, en relación con «*un pacto atípico (en este caso, contenido en una escritura pública) en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa "para el caso de que se produzca una nueva separación", declara la validez de los contratos celebrados entre los cónyuges "con previsión de posibles rupturas", aunque no obtengan finalmente la aprobación judicial, siempre que se trate de una materia disponible, que concurran los requisitos propios de los contratos (consentimiento, objeto y causa) y que se cumplan "las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter 'ad solemnitatem' para determinados actos de disposición"*[31]*, y ello aunque únicamente genere obligaciones para uno de los cónyuges, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual*».

Concluye determinado que «*ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matrimonial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o rescindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas generales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales y, además, a algunas específicas de los negocios de familia, singularmente a la que decreta la nulidad de las*

[30] STSJ Cataluña, sec. 1ª, nº 46/2012, rec. 159/2011, de 12 de julio de 2012.

[31] Arts. 1279, 1280 y 1327 C.c.

estipulaciones limitativas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 1328 CC) y a la que pretende preservar a los hijos de cualquier daño y a los cónyuges del perjuicio grave que pudiera derivarse para unos y otros de tales pactos (art. 90 c.c.)».

En este mismo sentido, también, se pronuncia el Tribunal Supremo, en su Sentencia de Sala 1ª, de 31 de marzo de 2011, Fundamento Jurídico tercero[32]: «(...) La *autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997*, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos…Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los *requisitos para su validez* (STS de 17 octubre 2007).

La sentencia de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que "(...) una vez homologado el convenio (...), los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial; la *sentencia de 22 abril 1997 declara que "es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes". "No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez"*, teniendo en cuenta que el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal "como negocio jurídico".

(…) La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene "carácter contractualista", no se impide que al margen del mismo," los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado (....) *tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el art. 1255 c.c. (...)*».

[32] STS, Sala 1ª, nº 217/2011, rec. 807/2007, de 31 de marzo de 2011.

4. Contenido de los acuerdos prematrimoniales

Establecido el concepto, el alcance, la legalidad y señalados los límites de los acuerdos prematrimoniales, en el presente apartado se va a analizar el contenido habitual de los mismos que puede desglosarse en cuatro grandes bloques:
– Pactos en relación a la vida personal y/o futura de los cónyuges
– Pactos indemnizatorios.
– Pactos de carácter económico o patrimoniales.
– Pactos relativos a los hijos.
1) – *Pactos en relación a la vida personal y/o futura*: hace alusión a todas aquellas estipulaciones que las partes pretenden implantar para modificar los derechos y obligaciones nacidos del vínculo matrimonial, configurando así, un matrimonio distinto al legalmente previsto o estableciendo otros pactos que directamente afecten en su vida personal. Algunos ejemplos son:
a) Pactos de elección del órgano jurisdiccional competente para conocer del proceso de separación o divorcio y determinación de la ley material aplicable a los mismos.
El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, es en la actualidad una vía útil que oferta la posibilidad a los cónyuges de elegir la ley aplicable y el órgano jurisdiccional competente en los procesos de separación y divorcio.

b) Pactos de modificación de los derechos y obligaciones de los cónyuges, o establecimiento de otros que afectan a la libertad personal de éstos. En este sentido, son nulos los siguientes pactos:
– Exclusión de fidelidad o pacto recíproco de relaciones sexuales fuera del matrimonio, poligamia, etc.
– Prohibición de contactos con ex cónyuges o parejas, no vivir en una determinada localidad, etc.
– Régimen específico de causas de separación o divorcio distinto del previsto legalmente. Nulos por lesionar la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
– Prohibición de separarse o divorciarse.
– Limitaciones a la libertad personal tras la ruptura, como no volver a casarse, limitar de forma inadmisible el derecho a fijar libremente la residencia. etc.
– Fijar al matrimonio un plazo de duración o someter su vigencia a una determinada condición, lo cual se determina en el artículo 45.2 del Código civil donde la condición, término o modo del consentimiento matrimonial se tendrán por no puestos.

En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1ª, de 27 de enero de 2003, declara nula la cláusula del convenio regulador de la separación que impedía a la esposa, custodia del hijo común, trasladar su domicilio fuera de la localidad de Ciudad Real durante 7 años.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, de 7 de mayo de 2002, declara igualmente la nulidad de la cláusula del convenio regulador en virtud de la cual «el padre también obtendrá la custodia de sus hijas en caso de que la madre traslade su residencia fuera de S. de C. o no pueda pernoctar con sus hijas en esta ciudad», argumentando que «no puede condicionarse de antemano la atribución de la custodia a la permanencia en S. sin merma del derecho a la libertad de residencia».

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 7 de mayo de 2002, no aprueba el pacto del convenio regulador que exigía el consentimiento expreso del esposo para que la esposa fijara su domicilio con el hijo fuera del territorio de la Comunidad de Madrid, al sustraer dicha estipulación al control judicial el cambio de custodia de la menor, que debe ser objeto de examen y valoración en cada caso, además de su posible colisión con el derecho fundamental a la libertad de residencia del artículo 19 de la Constitución española.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6ª, de 7 de mayo de 2002, declara nula la cláusula del convenio regulador en que se pactaba que la custodia de las hijas, atribuida a la madre, pasaría al padre en caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, salvo que el padre también la tuviese, por considerar la misma, ex artículo 90 del Código civil, gravemente perjudicial para la esposa, al suponer un claro atentado a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad imponerle la obligación de no vivir con tercera persona so pena de perder la custodia de sus hijas.

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 11 de diciembre de 2002, declara ineficaz, por considerarla dañosa para el interés de la menor, la estipulación del convenio regulador por la que se prohibía a la esposa que una tercera persona accediese a la vivienda familiar para residir en ella temporal o definitivamente, bajo sanción de extinción del derecho de uso concedido a la hija menor y a la esposa.

2) – *Pactos indemnizatorios*: son aceptados en cierta medida por la mayoría de los Tribunales, ya que aun siendo nulas las estipulaciones contrarias a las leyes o buenas costumbres o limitativas de derechos, estos pactos no se extienden a las de naturaleza matrimonial que del estado civil puedan derivarse, porque tales consecuencias revisten carácter privado y no afectan al orden ni interés público. Podemos distinguir determinados supuestos:

a) Pactos de indemnización de un cónyuge si se produce el divorcio, válidos si la causa no contraría el orden público familiar.
b) Pactos de indemnización por incumplimiento de determinados deberes conyugales que no restringen la libertad personal del contratante, sino que obliga a indemnizar al contratante perjudicado por el incumplimiento de una obligación de no hacer de carácter personalísimo y voluntariamente asumida respecto a un deber, el de fidelidad.
En la jurisprudencia española el Tribunal Supremo ha negado el resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales con la vulneración del deber de fidelidad y con la consecuencia del nacimiento de hijos extramatrimoniales. Sobre este particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1999[33] no considera procedente la indemnización solicitada por el marido receloso, ya que no se puede apreciar una conducta dolosa de la mujer en torno a la ocultación de la paternidad biológica del menor. Y, por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999[34], en el supuesto que se le plantea termina reconociendo la conducta dolosa por parte de la mujer, y afirma que por más que se estimen como contractuales los deberes conyugales en razón de la propia naturaleza del matrimonio, «el daño moral generado por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia conyugal obligaría a indemnizar»[35].

La ausencia de una doctrina jurisprudencial unificada entorno a las consecuencias del incumplimiento de los deberes conyugales ha favorecido que las Audiencias se hayan pronunciado sobre la cuestión con criterios diversos. Así, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 30 de septiembre de 2003, en relación con la solicitud de una indemnización por parte de la esposa alegando el sufrimiento que le había causado su marido al abandonar el domicilio conyugal, se afirma que los deberes de ayuda y socorro, son deberes incoercibles que no llevan aparejada sanción económica alguna.
Y, con referencia al deber de fidelidad, existen pronunciamientos en los que se adopta una línea más abierta que la del Tribunal Supremo, al considerar que, si bien la infidelidad no es indemnizable, sí lo es la negligencia en la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultación al cónyuge[36].

---

[33] STS, de 22 de julio de 1999 (RJ 1999/5721).
[34] STS, de 30 de julio de 1999 (RJ 1999/5726).
[35] JN. MURILLAS ESCUDERO, *La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal*, Redur 13, diciembre 2015, 118.
[36] *Vide*, la SAP de Valencia, de 2 noviembre de 2004, la SAP de Barcelona, de 16 de enero de 2007 y la SAP de Valencia, de 5 de septiembre de 2007.

c) Pactos respecto a la pensión compensatoria. A priori, no hay obstáculo para dar plena validez jurídica a este tipo de acuerdos en base a la autonomía de su voluntad, ya que pueden libremente establecer antes de contraer matrimonio, o aun después, pero antes de producirse la ruptura (arts. 1255, 1258, 1091 y 1323 c.c.).

Sobre este particular, la Resolución de la DGRN, de 10 de noviembre de 1995 afirma que los «*… acuerdos de los cónyuges serán aprobados por el Juez, salvo si son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges …*»[37], y en concreto exclusivamente, de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, véase como ejemplo el eventual derecho de alimentos, enumerando seguidamente hasta nueve argumentos a favor de la renuncia preventiva de la pensión compensatoria[38]. Por su parte, el Tribunal Supremo[39] en su Sentencia de 25 de marzo de 2014, aprueba un supuesto de pensión compensatoria acordada en convenio regulador, en el cual se acordó por las partes que la pensión se mantendría incluso si la esposa empezaba a trabajar[40].

e) Pactos respecto a la indemnización o compensación por el trabajo realizado en favor de la familia y sobre todo de la casa[41] del artículo 1438 del Código civil. La jurisprudencia ha admitido la validez tanto de la cláusula que determina la cantidad a percibir[42] por tal concepto, como la de renuncia a la misma[43].

Por otro lado, como consecuencia ineludible de la distinta naturaleza y fundamento de la prestación compensatoria del artículo 97 y de la compensación del artículo 1438 del Código civil, la renuncia a la prestación compensatoria no comporta la de la compensación y viceversa[44].

---

[37] Limitación también impuesta en el Código civil en su artículo 90.2, que establece que los acuerdos de los cónyuges «serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges».

[38] En esta misma línea, la SAP de Madrid, de 27 de febrero de 2007 y la SAP de Barcelona, de 17 de marzo de 2000.

[39] STS, Sala 1ª, nº 134/2014, rec. 1313/2011, de 25 de marzo de 2014.

[40] En el mismo sentido, la STS, Sala 1ª, n. 392/2015, rec. 2392/2013, de 24 de junio de 2015.

[41] Vide, SAN, *Sala de lo Contencioso-Administrativo*, sec. 4ª, rec. 304/2016, de 28 de junio de 2017, que determina que «Esta compensación estaba prevista desde la celebración del acuerdo prematrimonial y no constituyó la sustitución de una pensión periódica acordada en el convenio regulador, sino que se pactó originariamente en el propio convenio».

[42] *Vide*, SAP de Álava, sec. 1ª, rec. 56/2002, de 25 de abril de 2002.

[43] *Vide*, SAP de Murcia, sec. 1ª, rec. 422/2002, de 29 de octubre de 2002.

[44] En esta línea, la SAP de Barcelona, de 12 de enero de 1998 y la SAP de Cádiz, de 23 de septiembre de 1999.

3) – *Pactos de carácter económico o patrimoniales*:
a) Los pactos de estipulación de un régimen económico para el futuro matrimonio, son válidos siempre que consten en escritura pública, con aplicación de lo dispuesto en los artículos 1327 a 1335 del Código civil.
En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de octubre de 2017[45], declara nulo el acuerdo prematrimonial por falta de inscripción conforme a lo dispuesto en la ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: «… En cuanto al *acuerdo patrimonial* de 1 de febrero de 2012 y a los documentos de 19 de marzo de 2012 y de 28 de julio de 2012, se motiva que su valoración es cuestión de naturaleza básicamente jurídica, y que, en relación con la discrepancia entre las partes en relación con la ley aplicable, cabe concluir que el documento de fecha 1 de febrero de 2012 *es nulo de pleno derecho, porque contraviene lo dispuesto en el art. 231-20 CCC (EDL 2010/149454), que exige escritura pública o capítulos matrimoniales para los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (…)*».
b) Pactos de modificación del régimen económico matrimonial primario, son nulos, por ser contrarios a normas imperativas, siempre que dejen sin efecto o modifiquen lo establecido en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código civil[46].

c) Pactos sobre las cargas del matrimonio. En principio, éstos no carecen de validez legal, pues su regulación es aquella en donde los futuros cónyuges amplían el ámbito objetivo de las cargas del matrimonio, incluyendo en ellas obligaciones no comprendidas en la noción legal, como puede ser por ejemplo, el caso de la alimentación del hijo cuando uno de los cónyuges no vive en el domicilio familiar.
d) Pactos relativos al uso de la vivienda familiar, si no existen hijos comunes menores de edad.
4) – *Pactos relativos a los hijos*: a nuestro juicio, este tipo de pactos referidos a las medidas paterno-filiales, tienen una validez y eficacia relativas, pues están en muchos casos condicionados a la apreciación judicial. En este sentido, todos aquellos acuerdos relativos a patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas o pensiones alimenticias de los futuros hijos, requerirán un doble examen de valoración por parte del juez o magistrado; en primer lugar, el Tribunal debe constatar si se ha producido una alteración sustancial de circunstancias y, en segundo término, en función del resultado obtenido en la primera fase, el Tribunal debe a continuación, valorar si conforme a las circunstancias

[45] SAP de Barcelona. sec. 4ª, nº 733/2017, rec. 930/2016, de 31 de octubre de 2017.
[46] *Vide*, STS de 18 de junio de 2012.

concurrentes en el momento actual, el acuerdo es o no dañoso para los menores, ya que deben ser protegidos siempre y en todo lugar con carácter preminente.
Así pues, encontramos como los pactos más comunes los siguientes ejemplos:
a) *Pactos sobre patria potestad de los futuros hijos comunes*: Se trata de pactos no nulos, plenamente válidos y eficaces (arts. 92.4 y 156 del c.c.), y como ya se ha dicho sometidos a la valoración previa de un juez pudiendo no aplicarse si en su valoración éste los considera dañosos para los hijos en función de las circunstancias concurrentes en el momento en que surja el conflicto entre los progenitores.
Por el contrario, y arropado con la doctrina y la jurisprudencia, no será válido el pacto que prive al progenitor (custodio o no custodio) de la titularidad de la patria potestad, pues este derecho se configura en el Derecho positivo español como irrenunciable, imprescriptible e indisponible, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de julio de 1996, admitiendo que únicamente cabe su privación total o parcial por sentencia (ex. art. 170 c.c.)[47].
La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 27 de mayo de 2002, no aprueba la cláusula del convenio regulador en que se atribuía la titularidad exclusiva de la patria potestad a la madre, privando de la misma al padre, por considerar la materia indisponible. En materia de patria potestad, encontramos también la resolución de la DGRN de 21 de abril de 2005, la cual declara la ineficacia de la delegación del ejercicio de la patria potestad efectuada por el padre biológico del menor, de nacionalidad colombiana, en favor del marido de la madre, de nacionalidad española.
b) *Pactos sobre la guarda y custodia y el régimen de visitas*: en este caso el Tribunal debe hacer también, como veíamos anteriormente, otra valoración en atención a la situación personal, familiar y social de cada uno de los cónyuges, y de ello dependerá o no su eficacia. No obstante, se consideran ineficaces todos aquellos pactos por los que como consecuencia de un cambio automático que acaece con el cambio o modificación de una situación o circunstancia, se produce una consecuencia.
Véase, por ejemplo: se declara ineficaz la cláusula del convenio acordando la atribución automática de la custodia al padre, para el caso de que la madre fijase su residencia fuera de nuestro país[48], o de que tuviese relación de pareja con otra

[47] *Vide*, STS, nº 4575/2015, de 9 de septiembre de 2015 que confirma la privación de la patria potestad a un padre por incumplir el pago de la pensión y el régimen de visitas de su hija. La Sala de lo Civil afirma que no se trata de «un mero título o cualidad» y que la privación está prevista cuando los progenitores incumplen sus deberes de forma «grave y reiterada».
[48] SAP de Murcia, sec. 1ª, de 7 de noviembre de 2006.

persona o trasladase su residencia fuera de la ciudad en que tenía su domicilio.
c) *Pactos de carácter económico*: son por ejemplo, todos aquellos pactos de donación o cesión de bienes inmuebles para destinarlos a vivienda familiar; de constitución de usufructo sobre bienes inmuebles a favor de los hijos para los supuestos de ruptura[49]; de venta de vivienda familiar suntuaria e inversión del precio en la compra de dos viviendas, una de ellas destinada a los hijos; pactos cuantificando la pensión alimenticia a satisfacer por los hijos comunes; de constitución de garantías de pago de la misma, etc.
d) *Pactos relativos al uso de la vivienda familiar*: De conformidad con el contenido del artículo 96 del Código civil, el acuerdo es viable sometido, siempre y en todo caso, a la valoración del juez, siendo además posible su inaplicación, de la misma forma que sucede en los casos previamente analizados. El pacto más usual es el relativo a la posible ocupación de la vivienda por la nueva pareja, en ocasiones con hijos. En principio el acuerdo puede ser válido, siempre y cuando no afecte a los propios intereses de los hijos comunes[50].

5. Forma de los acuerdos prematrimoniales

Ante la ausencia de un pronunciamiento específico sobre la forma de los acuerdos prematrimoniales se determina que en esta materia sea de aplicación la regla de libertad de forma del artículo 1278 del Código Civil[51]. En virtud de

[49] *Vide*, SAP Barcelona, sec. 12ª, nº 369/2017, rec. 55/2016, de 7 de abril de 2017 que en el caso concreto de usufructo determina en su Fundamento Jurídico Segundo que «A este respecto, sobre la posibilidad de que dichos acuerdos sean válidamente alcanzados al margen del convenio regulador de la separación o del divorcio definitivamente homologado – lo que ahora viene a aceptar el art. 233-5 CCCat, tanto si es antes como después del cese de la convivencia –, en nuestra STSJC 32/2008, de 18 de septiembre (FD2) – reproducida en la STSJC 34/2010 de 10 se –, con cita de otras anteriores, dejamos dicho que: "...hemos admitido la validez y eficacia de la renuncia a la pensión compensatoria, aun contenida en pacto privado entre los cónyuges no ratificado judicialmente, entre otras, en nuestras Sentencias núm. 26/2001 – de 4 de octubre –, núm. 20/2003 -de 2 de junio – y núm. 29/2006 – de 10 julio –, en la última de las cuales dijimos que "al margen de su fuerza ejecutiva, nada se opone a la validez de los acuerdos a que hubieren llegado privadamente los cónyuges en orden a regular los efectos de la ruptura matrimonial en el ejercicio de su libertad negocial, siempre que se trate de materias, como es el caso de la presente, sobre las que no existan limitaciones legales, morales o de orden público (art. 1255 c.c.), siempre que se den los requisitos mínimos imprescindibles (art. 1261 c.c.)... entre los cuales no se encuentra ninguno específico relativo a la forma (art. 1278 c.c.)».
[50] Vide, STS, Sala 1ª, nº 168/2017, rec. 117/2016, de 8 de marzo de 2017.
[51] Art. 1278 C.c.: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

éste, se determina la libertad que tienen los cónyuges para elegir la manera de formalizar los acuerdos prematrimoniales según su propia voluntad.

De conformidad con lo anterior, es tan válido el acuerdo otorgado en escritura pública[52] como el que se consigna en documento privado, o incluso un acuerdo verbal.

No obstante, existen determinados acuerdos prematrimoniales que en atención a la materia que tienen por objeto y a las exigencias legales que rigen, deben constar en escritura pública so pena de invalidez[53]. Ello hace referencia, a todos aquellos acuerdos o estipulaciones que tienen por objeto el establecimiento, modificación o sustitución del régimen económico (*ex* art. 1325 del c.c.), puesto que, para la validez de éstas, las mismas han de constar en escritura pública, según establece el artículo 1327 del Código civil.

En este punto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de julio de 1999, matiza que la anterior exigencia se refiere solamente a las capitulaciones matrimoniales, es decir, las estipulaciones a través de las cuales los esposos establecen el régimen económico de su matrimonio, lo modifican o lo sustituyen por otro, con todos los demás pactos relacionados con ellos y que, por tanto, tengan carácter capitular.

No obstante, y a pesar de lo anterior, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1987, de 30 de agosto de 1987, de 27 de enero de 1995 y de 22 de abril de 2004, entre otras, determinan que las disposiciones que deben hacerse constar en documento público, conforme al artículo 1280 Código civil son válidas aunque se recojan en documento privado, si bien cualquiera de las partes puede compeler a la otra a elevarlo a escritura pública.

Por su parte, todos aquellos acuerdos que, por no referirse a las materias de capitulaciones, ni a las recogidas en el artículo 1280 del Código civil (como por ejemplo los que regulen la pensión compensatoria u otros efectos de la separación o divorcio del matrimonio), son válidos también en documento privado, sin que ninguna de las partes pueda compeler a la otra a elevarlo a escritura pública. Por lo que, elegir una forma u otra, no lo es con carácter constitutivo o *ad solemnitatem*, pues el Tribunal Supremo, en consonancia con lo dispuesto en la exigencia del artículo 1280 del Código civil de la escritura pública, que es tan sólo *ad probationem*, sin que ello suponga una pérdida de valor y de eficacia de un documento privado, cuando el Tribunal lo reputara y reconociera como válido[54].

---

[52] Vide, entre otras, STS Sala 1ª, nº 134/2014, rec. 1313/2011, de 25 de marzo de 2014.

[53] J. GONZÁLEZ DEL POZO: Acuerdos y contratos prematrimoniales, cit., 1 ss.

[54] En este sentido, la STS, Sala 1ª, nº 310/2004, rec. 1738/1998, de 22 de abril de 2004.

6. Consideraciones finales

Los acuerdos prematrimoniales definidos como aquellos pactos preventivos, condicionales y prospectivos, actúan ya como un negocio jurídico dentro del Derecho de familia español y, por lo tanto, en función de su validez y contenido deben constar en escritura pública o documento privado, siendo nulos aquellos que contraríen lo establecido en el artículo 1328 del Código civil.

La realidad palpable en la sociedad del siglo XXI es que antes de contraer matrimonio, puede considerarse como frío y calculador el establecer este tipo de pactos o realizar un acuerdo de separación de bienes, en vez de acudir al régimen de gananciales. Sin embargo, en nuestra sociedad, la figura del hombre y de la mujer están avanzando en el reconocimiento de la igualdad, por lo que regularizar y dejar clara la situación económica de la familia deja atrás un tema tabú, para pasar a convertirse en una realidad cada vez más latente. Los expertos afirman que los acuerdos prematrimoniales son una manera de planificar la protección de los bienes propios, especialmente cuando las estadísticas nos muestran que las parejas españolas que se separan conviven una media de entre 16 y 20 años antes de romper y, cuando lo hacen, la edad media de ellas es de 44 años y la de ellos de 47[55]. El velo del romanticismo ya no es tan tupido como para ocultar una realidad que está haciendo disminuir el número de bodas (de cada 3 uniones, dos son para formar parejas de hecho) y aumentar los acuerdos prematrimoniales con los que establecer las condiciones razonables en las que se produciría una posible ruptura. El Centro de Información Estadística del Notariado pone datos a esa nueva conciencia sobre lo efímero del matrimonio: casi una de cada cuatro parejas (un 24%) que se casaron en 2015 optaron por firmar contratos prenupciales que, en su gran mayoría, contemplan la separación de bienes de los cónyuges.

Entonces, ¿por qué recurrir a un acuerdo prematrimonial? Tengamos en cuenta que un acuerdo prematrimonial puede: evitar problemas yacentes del divorcio, proteger los bienes de los cónyuges en beneficio de los hijos y evitar que un cónyuge se aproveche del otro en cuestiones referentes al patrimonio, la riqueza y las deudas. Sin embargo, considerados en algunos casos los acuerdos prematrimoniales como un seguro económico, no olvidemos que hay ciertas áreas que no puede contemplar: la guarda y custodia de los hijos, la manutención de los menores, y los derechos de régimen de visitas.

En palabras de la doctora Campo Ruano, jefa del servicio de Psicología del

[55] Según el último informe de política familiar, en España se producen 7 rupturas por cada 10 matrimonios. La cifra se ha duplicado la última década.

hospital de La Zarzuela (Madrid), experta en familia y parejas: «Es lógico que los futuros cónyuges hablen sobre estas cuestiones prácticas, que no tienen nada que ver con los sentimientos, y que lo hagan con antelación para saber a qué atenerse, de la misma forma que se habla sobre si se quiere tener hijos o sobre las reglas de la vida en común. Hay que hacerlo con la máxima naturalidad», asimismo entiende las posibles reticencias como parte de una idea sobre el matrimonio ya superada: «Antes era lógico que se intentara proteger a las mujeres que no tenían ingresos dando por supuesto el régimen de gananciales. Ahora hay mucha más simetría en la pareja y a ninguno de los dos debe parecerle extraño que se quiera preservar cierta autonomía económica».

I *premarital agreements* nell'ordinamento inglese: tra l'evoluzione della *common law* e i silenzi del legislatore

Ilaria Giannecchini
Avvocato del Foro di Firenze
Dottore di ricerca in Diritto comparato, Università di Firenze

L'elaborato affronta lo spinoso tema dei *prenuptial agreements* in Inghilterra, ossia gli accordi che una coppia può sottoscrivere prima di sposarsi o di entrare in una *civil partnership*.
Con tali *agreements* si intende sottrarre alla comunione legale i beni acquisiti o acquistati dopo la formalizzazione dell'unione, e si vuole liberamente disciplinare le problematiche della ripartizione dei beni di proprietà di ciascun membro della coppia o della coppia stessa e il mantenimento dell'altro coniuge o *civil partner*.
Come vedremo, il legislatore inglese, nonostante la nomina di varie commissioni di studio, non ha ancora emanato alcuna legge. L'intera materia è affidata alla discrezionalità delle corti, che viene esaltata dall'applicazione di criteri generali, come l'equità. E al dichiarato obiettivo di raggiungere la *fairness* (l'equità, la giustizia), i Giudici si sono attribuiti il potere di *redistribute property*, stravolgendo gli accordi sottoscritti. Accordi ai quali la giurisprudenza riconosce oggi una doppia anima, poiché sono validi, ma non coercibili (*uneforceable*) e non vincolanti (*not binding*).

The paper deals with the theme of prenuptial agreements in England, that is, the agreements that a couple can sign before the marriage or joining a civil partnership.
With these agreements the couple intends to subtract from the legal communion the assets acquired or purchased after the formalization of the union, and they want to freely regulate the problems of sharing the assets owned by each member of the couple or the couple and the maintenance of the other spouse or civil partner.
As we shall see, the English legislator, despite the appointment of various study commissions, has not yet issued any Act. The whole subject is entrusted to the discretion of the courts, which is enhanced by the application of general criteria, such as fairness. And the declared objective of achieving fairness, the

judges got the power of redistribute property, twisting the signed agreements. Agreements to which the jurisprudence recognizes today a double soul, since they are valid, but uneforceable and not binding.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Prenuptial settlements*. – 3 *Matrimonial Causes Act 1973 la community of property*. – 3.1. *Matrimonial Causes Act* 1973 e le *ancillary relief*. – 3.2. La discrezionalità delle Corti Inglesi secondo la *sec*. 25 del *Matrimonial Causes Act* 1973. – 4. La *common law* sui *prenuptial agreements* prima del 2010. – 5. *The case of Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42. – 6. L'evoluzione della *common law* post *Radmacher vs Granatino*. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il *prenuptial agreement*, talvolta definito *prenup* o *premarital agreement* o an *ante-nuptial agreement*, è un accordo, un contratto, sottoscritto da una coppia prima di sposarsi o di entrare in una *civil partnership*[1] e disciplina le modalità con le quali le parti intendono dividere i loro beni o il loro patrimonio in caso di divorzio o di scioglimento dalla unione civile (in caso di *civil partnership*). Con il medesimo contratto possono essere previsti anche assegni di mantenimento *una tantum*. Di norma però si ricorre a questo tipo di accordo proprio per evitare che i beni del proprio patrimonio ereditario o del patrimonio acquisito durante la vita familiare debbano essere divisi con l'altro coniuge.

È frequente infatti leggere, tra le clausole contrattuali, l'esclusione dalla comunione dei beni di quanto conseguito durante il matrimonio da uno dei due coniugi con il suo lavoro oppure attraverso donazioni o eredità (*the exclusion of community of property of accrued gains*) e l'impegno a non intentare alcuna causa per ottenere *financial provisions*.

Devono, però, essere tenuti rigorosamente distinti dai *prenuptial settlements*.

2. *Prenuptial settlements*

I *Prenuptial settlements* erano accordi che, in epoca anteriore al *Married Women's Property Act* 1882, venivano sottoscritti dalle future spose, appartenenti a famiglie benestanti, per proteggere i loro beni dal marito. Attraverso tali accordi

[1] *Civil partnership Act* 2004.

si voleva arginare l'automatismo previsto dalla *common law* inglese in forza della quale tutti i beni della moglie, acquisiti a qualunque titolo, prima o dopo il matrimonio, venivano interamente gestiti dal marito e di fatto inglobati nel suo patrimonio[2]. Per contro, con i *prenuptial settlements* le proprietà della moglie venivano affidate *to trustees to hold on their behalf*.

Ed invero, secondo la *Doctrine of Unity*[3], con il matrimonio, il marito e la moglie diventavano, fittiziamente, un'unica persona per il diritto, poiché l'esistenza della moglie, sotto il profilo giuridico, restava sospesa o al limite veniva inglobata all'interno di quella del marito[4].

Come segnalano alcuni autori, la *Doctrine of Unity* ha origini bibliche, ma nella vecchia Inghilterra aveva lo scopo di sottomettere la moglie e il suo patrimonio al coniuge[5]. La situazione è mutata con il *Married Women Property Act* 1882 che garantiva ad ogni donna sposata la possibilità di conservare la piena titolarità e gestione dei beni acquisiti prima del matrimonio[6].

Ed è proprio in quel particolare contesto inglese che si sono sviluppati i *prenuptial settlements* dei quali, i *prenuptial agreements*, rappresentano un'evoluzione.

Oggi, il problema di tutelare il patrimonio personale si ripropone nella misura in cui il disincanto per l'amore eterno è svanito e la relazione sentimentale lascia troppo spesso il passo alle problematiche economiche. Lo scopo è quello, molto elementare, di proteggere i *financial interests* dall'ampia discrezionalità delle Corti inglesi nella ridistribuzione dei beni della coppia (*infra*), tutelando, magari, anche, gli interessi dei figli nati da precedenti matrimoni.

---

[2] «*The doctrine of spousal unity or spousal unity rule. Spousal unity doctrine is the common-law rule which implied that a husband and wife were a legal unity. Under the spousal-unity doctrine, the husband had all rights to the possession, management, control, and alienation of property. However, the wife had no interests in property*». W. BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England*, Vol, 1 (1765), 442-445.

[3] *Amplius*, N.V. LOWE - G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, 2007, Oxford University Press, 107.

[4] «*By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, and cover, she performs every thing; and is therefore called in our law-French a feme-covert, foemina viro co-operta; is said to be covert-baron, or under the protection and influence of her husband, her baron, or lord; and her condition during her marriage is called her coverture. Upon this principle, of a union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities that either of them acquire by the marriage*» W. BLACKSTONE. *Commentaries on the Laws of England*, cit., 442-445.

[5] Genesis 2, 24 e Genesis 3, 16; Amplius N.V. LOWE e G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, cit., 107.

[6] *Amplius*, N.V. LOWE - G. DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, cit., 130.

Per lungo tempo, però, pur dopo il *Married Women's Property Act* 1882, i *prenuptial agreements* sono stati considerati contrari all'ordine pubblico, sotto molteplici profili. In primo luogo, sono stati accusati di ledere l'istituzione del matrimonio, ritenuto eterno e indissolubile, poiché ne prevedono la fine; in secondo luogo, sono stati giudicati "il prezzo" per decidere di sposarsi[7]. Infine, sono stati visti negativamente, poiché, in concreto, presuppongono la volontà delle parti, ritenuta inaccettabile, di impedire alle corti inglesi di decidere sulle questioni economiche conseguenti all'interruzione della vita coniugale (*the jurisdiction of the courts cannot be ousted by the parties*).
Per certo, al di là di tuziorismi etici e giuridici, il tessuto normativo nel quale si dovrebbero adattare è loro decisamente ostile e rende necessaria una fine opera di esegesi creativa da parte delle Corti inglesi.

3. *Matrimonial Causes Act 1973* e la *community of property*

Premesso che a tutt'oggi i *prenuptial agreements* non sono formalmente vincolanti, per lungo tempo sono stati giudicati addirittura nulli.
Venivano infatti giudicanti in contrasto con principi storici del diritto di famiglia sostanziale e procedurale inglese, in parte scritto dal legislatore, in parte, elaborato dalla *common law*.

Principi e regole ancora in vigore, ma, che, nel silenzio prudente del Parliament, sono stati riplasmati dalle Corti Inglesi.
Premesso che al momento della firma del *prenuptial agreements*, le parti hanno come primario obiettivo quello di tutelare il patrimonio personale, in quel momento, esistente, sottraendolo alle mire dell'altro, è evidente che tali accordi possono prevedere anche il divieto di dividere i beni acquisiti nel futuro della vita matrimoniale, a qualunque titolo; anche attraverso la diversa sinergia di entrambi.
La *common law* (diritto elaborato dalle Corti) inglese distingue invero la *non-matrimonial property* o *non matrimonial assets* dalla *matrimonial property* o *matrimonial assets*. La distinzione, che non è stata prevista dal legislatore, indica, nel primo caso, l'insieme di beni ricevuti come donazione o in eredità, prima o durante il matrimonio, o acquistati o prodotti (in caso di denaro) prima dell'unione matrimoniale o della *civil partnership*.
Tale distinzione deve essere "letta" insieme ad un altro principio dell'ordinamento

[7] *Amplius*, M. WELSTEAD - S. EDWARDS, *Family Law*, 2011, Oxford University Press, 196.

inglese. Ed infatti, in teoria, non esiste il regime della comunione dei beni, *community of property*, né durante il matrimonio, nè nelle *civil partnerships*, poiché ognuno può fare dei suoi beni quello che crede durante il matrimonio o la *civil partnership*.

Per contro, in sede di divorzio o *dissolution* della *civil partnership*, di fatto, la comunione dei beni viene invece imposta dalle Corti[8]. Come ha puntualizzato il Presidente della *Family Division*, Sir Potter, «*more correctly we have no regime, simply accepting that each spouse owns his or her separate property during the marriage but subject to the court's wide distributive powers in prospect upon a decree of judicial separation, nullity or divorce*»[9]. I giudici, favoriti dall'obiettivo di raggiungere la *fairness* (l'equità, la giustizia), si sono riconosciuti l' ampio e discrezionale potere c.d. di *redistribute property*. Possono dunque ridistribuire la proprietà sui beni che fino a quel momento erano appartenuti solo ad uno dei coniugi. Le *Family Courts*[10] oggi hanno una discrezionalità assoluta e totale nel *riallocation process*. I criteri in realtà vengono indicati dalla legge, ma, come vedremo, sono talmente soggettivi ed elastici, che non sono in grado di contenere la discrezionalità dei giudici (*infra*).

L'intera disciplina delle conseguenze patrimoniali (*financial provisions*) del divorzio, dell'annullamento e della nullità del matrimonio e della *dissolution* delle *civil partnership*s è oggi regolamentata principalmente, e formalmente, dal *Matrimonial Causes Act* 1973 che disciplina *the award of financial relief* da parte delle *Family Courts*.

Ma, soprattutto la riforma del 1973 ha conferito alle Corti il potere di ridistribuire tra i coniugi gli *assets* di entrambi, a prescindere da quando e da chi li abbiano acquisiti al patrimonio personale (*redistributive power*). Con la riforma del 1973 le Corti *ex lege* hanno acquisito ciò che la dottrina definisce «*extensive powers to reallocate assets*»[11].

Non diversamente, per i *civil partners*, il *Civil partnership* Act 2004 alla *sec*. 72 (1) e *Schedule* 5 prevede che i questi ultimi possano chiedere al giudice *the redistribution of their assets*.

Il c.d. *Process of redistribution* persegue due obiettivi: *to compensate* il *partner* per il contributo, economico e personale, impiegato durante l'unione, e garantire un *maintanance* al coniuge economicamente più debole.

---

[8] Per I *Civilpartners* trova appilcazione il *Civil Partnership Act* 2004 sec. 72 schedule 5.

[9] *Charman v. Charman* [2007]EWCA civ 503, par. 124

[10] Prima dela riforma del 2014 *Children and Families Act* esistevano le *county courts* e, per i casi più delicati e complessi, la *High Court- Family and Chancery Division*.

[11] R. PROBERT, *Family Law in England and Wales*, Walters Kluwer, 2012, 191.

Nel 1981, con il *Matrimonial Homes and Property Act*, è stata introdotta una importante modifica alla legge del 1973, prevedendo alla novella *sec*. 24 A il potere per le divorce courts di disporre la vendita di ogni bene di proprietà di uno dei due (*property*).
Ed ancora con il *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984 si è rafforzato il *clean break order* con due interventi di limatura legislativa: la *sec*. 25 e la *sec*. 25 A (1) e (2).
Nato dalla arguzia delle corti giudiziarie davanti alle quali scorre la vita reale e non ideale del legislatore, il *clean break order* è oggi un principio evocato nella *sec*. 25 A (MCA). Si prevede infatti, ove possibile, l'emanazione di un provvedimento che ponga fine a tutte le obbligazioni reciproche tra i coniugi, così da eliminare ogni futura ed ulteriore fonte di discussione e tensione.
La Corte ha così il dovere di valutare «(1)*Where on or after the grant of a decree of divorce or nullity of marriage the court decides to exercise its powers under section 23(1) (a), (b) or (c), 24 or [F61 , 24A [F62, 24B or 24E]] above in favour of a party to the marriage, it shall be the duty of the court to consider whether it would be appropriate so to exercise those powers that the financial obligations of each party towards the other will be terminated as soon after the grant of the decree as the court considers just and reasonable*». (*Sec*. 25 A MCA 1973)[12].

Un'ipotesi è quella di una somma *una tantum*, della *lump sum*, da riconoscere al coniuge più debole.

3.1. *Matrimonial Causes Act* 1973 e le *ancillary relief*

Nell'ordinamento inglese le c.d. *ancillary relief* rappresentano le richieste di provvedimenti di natura economica, ulteriori rispetto alla separazione, al divorzio o alla *dissolution*, e che coinvolgono il denaro e le proprietà dei coniugi o, più in generale, le conseguenze economiche della nullità del matrimonio, della separazione, del divorzio e della *dissolution*. Sono disciplinate nel *Matrimonial Causes Act* del 1973 (di seguito MCA) e parallelamente, dalla *sec*. 72 e dalla schedule 5 del *Civil Partenrship Act* 2004, che ricalcano le stesse previsioni in caso di *dissolution* per i *civil partners*.
La legge (MCA), più volte modificata negli anni, ha subìto gli effetti della erosione ed espansione della giurisprudenza inglese.

[12] *Amplius*, J. HERRING, *Family Law*, 2001, 184.

Oggi, in caso di divorzio o *dissolution* le Corti possono emettere vari tipi di *financial provision orders*[13], quali *unsecured or secured* (garantito per esempio da beni) *periodical payments to the other spouse*, una sorta di assegno di mantenimento periodico (*sec*. 23 MCA), *lump sum payments to the other spouse* (*Una tantum*), *unsecured periodical payments for any child of the family, unsecured periodical payments for any child of the family, lump sum payments for any child of the family*[14].

Di conseguenza, nel momento in cui uno dei due coniugi o *civil partner* agisce per l'*ancillary relief*, rischia di perdere il controllo assoluto sulle sue personali *finances* e *properties*, possedute durante il matrimonio (*M. Welstead & S. Edwards*, 2011, 171).

Sulla base di quanto disposto dalla *section* 24 del *Matrimonial Causes Act*, nel momento in cui viene emesso un *decree of divorce, decree of nullity o decree of judicial separation* le corti possono adottare anche quattro diversi *property adjustment orders*, che peraltro non divengono definitivi fino a quando il *decree* non diviene assoluto: *Transfer of property order, Settlement of property order, Variation of settlement order e Order for the Sale of Property*. Tutti possono coinvolgere la casa familiare e tutti possono essere adottati anche in caso di *dissolution* della *civil partnership*.

Nel primo caso (*Transfer of property order*), disciplinato dalla *sec*. 24 (1)(a), la legge autorizza le corti a disporre il trasferimento del diritto di proprietà su un bene mobile o immobile da un coniuge all'altro o ai figli, nell'interesse del coniuge o dei figli al medesimo affidati. Il testo inglese, riferendosi ai bambini, ricorre al termine *children of the family*. Un'espressione sconosciuta all'ordinamento italiano e che si riferisce non solo ai figli della coppia o dei civil *partner*, naturali o adottati, ma anche ai figli avuti da precedenti unioni e comunque inseriti in quel contesto familiare. Naturalmente, spesso, il *transfer of property order* riguarda la casa familiare. Infatti, nel caso in cui ci siano dei bambini, si tende a garantire agli stessi non solo la sicurezza di una casa, ma anche la garanzia di una forma di mantenimento. Così, soprattutto se non vi sono risorse economiche per garantire l'assegno mensile per i figli, il trasferimento della proprietà della *family home* al *partner* con il quale i bambini prevalentemente convivono, rappresenta la soluzione ideale per assicurare una sorta di contributo economico. Naturalmente, nell'adottare tale decisione, il Giudice valuta sempre se il coniuge che ottiene la casa, the *transferee spouse*, ha il denaro sufficiente

[13] Le Corti possono emettere anche *Pensions Orders ex sec*. 24 (b-c-d-) MCA 1973, ma non vengono esaminati in questa sede, rinviandosi ai testi indicati.

[14] *Amplius*, M. WELSTEAD - S. EDWARDS, *Family Law*, cit., 170 ss.

per mantenerla o per pagare il mutuo e cancellare l'ipoteca. Ma deve altresì valutare se l'altro coniuge o *partner*, proprietario o comproprietario della casa, abbia un "luogo dove andare" o se abbia uno stipendio sufficiente per prendere in locazione un immobile. In caso negativo, a favore del "vecchio" proprietario può essere disposto il pagamento di una *lump sum* (somma complessiva, *una tantum*) o di una sorta di affitto per un determinato periodo di tempo. Ciò in quanto è ritenuto inaccettabile che uno dei due coniugi o *civil partner* rimanga senza casa e che uno dei due genitori non abbia un luogo dove accogliere i figli [si veda anche M v. B (1998) 1 FLR 53;[15]]. In ogni caso, anche l'importo della *lump sum* o del canone di affitto sarà quantificato alla luce del valore netto della quota di proprietà del beneficiario e dei criteri indicati dalla *sec*. 25 (*infra*). Per tale ragione potrà anche essere disposto che niente sia dovuto. Spesso, invero, nella pratica, una formula di compensazione è proprio quella di non disporre alcun assegno di mantenimento per il coniuge che rimane nella casa familiare.
Laddove vi sia la comproprietà, il trasferimento dell'intera proprietà all'uno o all'altro consente di realizzare il c.d. *Clean Break*.
Una soluzione meno drastica è rappresentata dal *Settlement of property order* (*sec*.24(1)(b). I beni di uno dei due sposi o *civil partner* possono essere utilizzati nell'interesse dell'altro o dei "figli della famiglia", per cui si impedisce l'esercizio del diritto di proprietà per un determinato periodo di tempo. Tempo, durante il quale, il bene viene assegnato al coniuge o *civil partner* più debole o con il quale vivono prevalentemente i figli della famiglia. Spesso, ovviamente, il provvedimento coinvolge la casa familiare, ma anche un altro immobile produttivo di reddito. Nell'ambito della *sec*.24 (b), per via giurisprudenziale, si sono consolidati tre diversi tipi di *orders*: *Mesher order*, *Martin Order* e *Harvey Order*. Tutti appartengono alla *case law*, ovvero devono la loro origine e il loro nome ad un caso giudiziario.
Il *Mesher Order* è nato nel caso *Mesher v. Mesher* del 1980[16] ed è il provvedimento adottato nell'ipotesi in cui la casa familiare sia in comproprietà o sia di proprietà esclusiva del coniuge o civil *partner*, che viene allontanato. Ma soprattutto trova applicazione quando la coppia non ha denaro a disposizione per riacquistare due case. Evoca chiaramente l'istituto della assegnazione della casa familiare, propria dell'ordinamento italiano, ma nell'ordinamento inglese è altresì disposto che l'immobile, se in comproprietà, verrà venduto nel futuro, quando i figli avranno 18 anni o avranno completato la loro istruzione oppure

[15] F. BURTON, *Family Law*, London, 2012, 179.
[16] *Mesher v. Mesher* 1980 , 1 ALL ER 126.

se la parte assegnataria si risposa[17], instaura una convivenza o decede. In caso di vendita, la somma potrà essere divisa equamente a metà tra i *partner*s, ma non necessariamente. La decisione sarà legata alla valutazione discrezionale della Corte.

Per esempio, nel 2003, nel caso *B v B*, la corte non ha emesso il *Mesher order* richiesto, rilevando che la moglie avrebbe conferito nel futuro un notevole contributo allevando i bambini ancora molto piccoli, dovendo sacrificare la sua carriera e conseguentemente i suoi guadagni. Per contro, ha ritenuto che il marito avrebbe ben recuperato i costi di un definito trasferimento della proprietà alla moglie.

Un ulteriore profilo problematico è rappresentato dal fatto che i figli, raggiunta la maggiore età, non necessariamente hanno raggiunto anche un'indipendenza economica. Sempre il potere discrezionale delle corti ha creato una importante modifica nel caso *Sawden v Sawden* (2004) [EWCA civ. 339]. La Corte d'Appello ha infatti modificato il *Mesher Order* prevedendo che i figli rimanessero nella casa familiare fino a quando non avessero trovato una propria abitazione indipendente.

Ineludibile è però il terzo problema nascosto nel *Mesher Order*, ossia quello che impone la vendita della casa in un determinato periodo futuro, a prescindere dalla situazione del mercato immobiliare e così pregiudicando gli interessi delle parti.

Non dissimile è il *Martin Order* che risale alla sentenza *Martin v Martin* del 1978[18] (1978 Fam.12). La differenza principale con il *Mesher order* dipende dal fatto che può essere disposto anche in assenza di figli e la sua durata, dunque, non è legata alla maggiore età o al completamento degli studi dei ragazzi. Si consente invece al coniuge o al *civil partner* di rimanere nella casa familiare fino a quando vuole o comunque fino a quando non si risposa, non muore o non instaura una nuova *civil partnership* ed oggi anche un *same sex marriage*. La corte sceglie quale criterio temporale applicare e solo allora la casa sarà venduta e il ricavato sarà diviso nella percentuale decisa, liberamente, dalla corte. In tal modo, la moglie ha la possibilità di organizzarsi e di tutelarsi, ma, per contro, *the non occupying spouse* non ha qui alcuna certezza in merito a quando potrà rientrare in possesso della casa e venderla. Per certo, se il *partner* beneficiario si risposa, di norma, le corti premiano la pazienza garantendo una maggior quota nella divisione del ricavato al coniuge che ha dovuto lasciare la casa familiare. E ciò anche a prescindere dalla comproprietà dell'immobile.

---

[17] Oggi ci si riferisce anche al *same sex marriage*.

[18] *Martin v. Martin* 1978 Fam. 12.

Infine, la terza ipotesi di elaborazione giurisprudenziale è rappresentata dal c.d. *Harvey Order* (*Harvey v. Harvey* 1982 FLR 141). Si tratta di una variante rispetto al *Martin Order*. In questo caso, la disponibilità della casa può essere disposta a fronte del pagamento di un canone di locazione a favore del *partner* che ha dovuto lasciare l'immobile, rappresentato anche dal pagamento del mutuo. È importante rilevare che, se la casa è in comproprietà, al momento della ripartizione del ricavato della vendita colui che ha pagato il mutuo ha la possibilità di ricevere una quota superiore alla metà.
È evidente come sia il *Mesher Order* che il *Martin Order* che l'*Harvey Order* tradiscono l'importante obiettivo di realizzare un *clean break*, lasciando permanere un delicato legame economico tra le parti, attirandosi, per tale ragione, le critiche della dottrina più recente[19].
La massima espressione del potere discrezionale delle corti inglesi è però forse ravvisabile nel *Variation of Marriage Settlement Order*, con il quale la corte può modificare nell'interesse dei figli o di uno dei due coniugi gli accordi stipulati, prima o dopo il matrimonio, disponendo anche sulla casa familiare. Ciò è possibile in quanto, affinchè l'accordo sia esecutivo, deve essere "convalidato" dal giudice.
Infine, il provvedimento più temuto dai coniugi o *civil partners* è l'*Order For The Sale Of Property*, con il quale la corte impone la vendita di un bene mobile o immobile di proprietà di entrambe o di uno solo. Tale provvedimento ha un unico limite temporale, poiché può essere emesso solo quando il *decree* di separazione o divorzio o *dissolution* è divenuto absolute. In alternativa, la corte ha sempre il potere di sospenderne l'efficacia fino a che non si verifica una determinata condizione, dalla stessa individuata. Di norma viene disposto per garantire il mantenimento dei figli o del *partner* o quando, nella prospettiva della *clean break*, è possibile ricavare dalla vendita denaro sufficiente per l'acquisto di due unità immobiliari.
Naturalmente, il provvedimento per la vendita del bene immobile, finalizzato a garantire il mantenimento per la controparte cessa di avere effetto se la persona beneficiaria decede o si risposa o intraprende una civil *parthnership* o un *same sex marriage*.
Le corti hanno un ampio potere discrezionale anche nel decidere come suddividere poi la somma. Sebbene tengano certamente in considerazione quanto denaro effettivamente ogni singolo coniuge abbia impiegato nell'acquisto della casa, non sono affatto vincolate dall'interesse del proprietario ed anzi ogni contributo

[19] M. WELSTEAD - S. EDWARDS, *Family Law*, cit., 176.

economico apportato viene controbilanciato e valutato con altri fattori, come i contributi non economici passati e futuri nell'interesse della famiglia e dei figli. Se, per esempio, uno dei due coniugi guadagna meno o ha meno capacità di guadagno, avrà la possibilità di farsi riconoscere una percentuale maggiore della vendita della casa, come pure potrà avere tale vantaggio il coniuge con il quale prevalentemente vivono i figli minori. Si pensi al caso *B v. B* del 2001 in cui la corte ha deciso di assegnare alla moglie l'intero ricavato della vendita della casa familiare, peraltro unico *asset* della famiglia, pari a 124.000 sterline, in considerazione del fatto che avrebbe dovuto garantire una casa ai bambini a lei affidati.

3.2. La discrezionalità delle Corti Inglesi secondo la sec. 25 del *Matrimonial Causes Act* 1973

Come anticipato, la giurisprudenza inglese in materia di *financial orders* in caso di separazione, divorzio o *dissolution* della *civil partnership* è contraddistinta da un alto livello di incertezza, dovuta agli ampi poteri discrezionali di cui godono le corti. Discrezionalità estesa fino al punto che la Corte può non dare esecuzione all'accordo sottoscritto tra le parti se, come precisa la Corte Suprema, nel 2010 nel caso *Radmacher v Granatino*[20] (*infra*) «alcune parti di quell'accordo non è bene che uno dei due sposi le sottoscriva».

Il fondamento normativo di tale discrezionalità, anche per le *civil partnership*s, deve essere ricercata nella *section* 25 del *Matrimonial Causes Act* 1973 (MCA) il quale prevede che nel decidere se e come esercitare i suoi poteri per le *sec*. 23, 24, 24 A oppure 24 B (...) il tribunale deve prendere in considerazione tutte le circostanze del caso, prima fra tutte il benessere dei figli minorenni della famiglia (ossia che non hanno ancora raggiunto il diciottesimo anno di età)[21]. Si reitera un criterio importante che richiama non solo i figli naturali della coppia, ma anche i figli che vivono con la coppia (*child of the family*), sebbene adottati da uno solo o frutto della precedente relazione di uno solo dei due, purchè oramai inseriti nel nucleo familiare. Giustamente si segnala, però, che il limite della maggiore età non tiene conto né del figlio disabile né del fatto che i figli

[20] [2010] 2 FLR 1900, SC; [2010]UKSC 42

[21] Sec. 25 MCA : «*It shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24 [F3, 24A [F4, 24B or 24E]]above and, if so, in what manner, to have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen*».

rimangano in casa ben dopo il diciottesimo anno. Problemi lasciati aperti dal legislatore, ma ai quali, comunque, le corti trovano una soluzione.
Peraltro, la *section* 25 evoca il *welfare* dei minori come *first consideration*, ma non come *paramount consideration*, perché il legislatore ha elaborato anche altri fattori da tenere in considerazione[22].
Nella *section* 25, alla premessa generale, pur non prevedendo affatto una scala gerarchica, segue un lungo elenco di criteri che i Giudici devono valutare nel momento in cui emettono un provvedimento che ridistribuisce o assegna dei beni mobili o immobili tra i coniugi, o comunque prevedono una *lump sum*, o un *periodical payment*. E, argutamente, la dottrina ricorda che la domanda da porsi nella ridistribuzione dei beni non è "di chi è questo ?", ma "a chi deve essere dato"[23].
Infatti, come premesso, nel diritto inglese non esiste alcuna *community of property* durante l'unione matrimoniale o *civil partnership*, e fino al divorzio o alla *dissolution* permane la distinzione tra *matrimonial* e *non matrimonial assets*. Per contro, successivamente alla rottura dell'unione, subentra l'ampio potere discrezionale delle Corti, previsto dal legislatore stesso, di "ridistribuire" la proprietà anche dei beni che appartengono ad uno solo degli sposi o *civil partners*.

Affinché la discrezionalità non scivoli nell'arbitrio, il legislatore ha previsto un lungo elenco di fattori da tenere in considerazione.
Si invitano, dunque, i giudici a prestare particolare attenzione a numerosi aspetti, come:
(1) il reddito, la capacità di guadagno, il patrimonio e le altre risorse finanziarie a disposizione di ogni coniuge al momento del divorzio oppure in un futuro prossimo, includendo nella capacità di guadagno ogni incremento che, secondo la corte, sarebbe ragionevole aspettarsi da uno dei due coniugi;
(2) i bisogni economici, gli obblighi o impegni economici e le responsabilità che ognuno dei coniugi ha o è probabile che avrà in un prossimo futuro;
(3) il tenore di vita goduto dalla famiglia prima della rottura del matrimonio;
(4) l'età di ciascuno dei coniugi e la durata del matrimonio;
(5) ogni menomazione fisica o psichica di ciascuno dei due coniugi;
(6) i contributi che ciascuno dei coniugi ha dato o è probabile potrà dare in un prossimo futuro per il benessere della famiglia, incluso ogni contributo nell'occuparsi della casa, nel prendersi cura della famiglia;

[22] In tal senso anche R. PROBERT, *Family Law in England and Wales*, cit. 192.
[23] F. BURTON, *Family Law*, cit., 181.

(7) la condotta di ciascuno dei coniugi, nel caso in cui detta condotta dovesse essere, a giudizio della corte e secondo principi di equità, di una natura tale da imporre di tenerla in considerazione[24];
(8) in caso di procedimento per il divorzio o di nullità del matrimonio, il valore di ogni beneficio (per esempio una pensione) che un coniuge non avrà più la possibilità di acquisire per effetto dello scioglimento del matrimonio.
A tutti questi criteri, se ne aggiunge un ultimo, che dilata oltremodo la discrezionalità delle corti, ma che ha rappresentato la via maestra per far entrare sul piatto della bilancia i *prenuptial agreements*.
Infatti, preliminarmente, la *sec*. 25 MCA prevede che, in linea generale, le Corti debbano tenere in considerazione tutte le circostanze del caso, ossia ulteriori a quelle elencate (*to have regard to all the circumstances of the case*) e, tra queste, come vedremo, sono stati inclusi gli accordi prematrimoniali. In via alternativa, alcune corti hanno invece valorizzato tali accordi sussumendoli nel punto 7 della *sec*. 25, considerandoli una "condotta" da valutare ai fini della corretta decisione finale.
L'obiettivo ultimo è invero quello di stilare una sentenza equa per il raggiungimento della prospettata *fairness*. Ma è evidente che porre come obiettivo la *fairness*, ancorando la decisione al giudizio soggettivo del giudicante, significa, nella pratica, dilatare la discrezionalità dei giudici e aumentare l'imprevedibilità dell'esito finale.

Deve in merito ricordarsi il famoso caso *White v. White*[25], del 2000, reso dalla *House of Lords* la quale colse l'occasione di chiarire che nella ricerca di una soluzione equa per la divisione del patrimonio si deve tener conto del contributo di ogni singolo coniuge, escludendo ogni forma di discriminazione, basata sulla divisione dei ruoli e sulla distinzione marito-moglie. In altre parole, nessun giudice avrebbe dovuto ritenere vi fosse una differenza sostanziale tra una casalinga (*home maker*) e un uomo d'affari (*bread winner*), e pertanto non avrebbe potuto a priori decidere di non dividere a metà il patrimonio accumulato dall'uomo di affari.
Dal 2000 si è così inaugurato un sistema che non si limita a garantire al coniuge più debole i bisogni necessari, ma, anche nel caso di coppie ricche, tende alla divisione del patrimonio familiare in parti uguali. Ed è proprio per fronteggiare questa deriva interpretativa della *common law*, che travolge e investe non solo i beni acquisiti durante il matrimonio, ma anche prima dello stesso (o della *civil*

[24] L'infedeltà non ha alcun rilievo per le Corti.
[25] [2001] 1 All ER 1, [2000] UKHL 54, [2001] 1 AC 596.

partnership) che i *pre matrimonial agreements* vengono spesso illusoriamente sottoscritti.

Due anni dopo la sentenza *White*, similmente nel caso *Lambert v Lambert* del 2002[26], reso dalla *Court of Appeal*, la divisione a metà di un ingente patrimonio ha trovato la sua giustificazione sul convincimento che il contributo del coniuge impegnato in un'attività lucrativa (*breadwinner*) non potesse avere una maggiore considerazione del contributo del coniuge che si era occupato dell'economia domestica (*homemaker*)[27]. E si trattava di una fortuna acquisita dal singolo coniuge in un ordinamento nel quale il legislatore non ha previsto la comunione dei beni.

Nel 2006, poi, la *House of Lords*, premessa l'ovvia considerazione che *Fairness is an elusive concept*, ha cercato di perimetrarne i confini, fornendo elementi per poter giungere ad una soluzione *fair*. Si legge infatti nella sentenza *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane*[28] che, premesso il primario obiettivo di considerare il *welfare of the children of the marriage*, devono altresì tenersi in considerazione tre criteri orientativi, riassunti in needs, *compensation and sharing*.

La *ratio* è evidente e risponde ad una duplice logica. Da un lato, the *process of redistribution* vuole compensare gli sposi per il loro contributo nel matrimonio, dall'altro garantisce un mantenimento a quello dei due che ne ha bisogno.

In questo contesto, dove campeggia un vero e proprio potere delle Corti di decidere le sorti del patrimonio della coppia e degli sposi, singolarmente intesi, i *premarital agreements* sono chiaramente percepiti come una ingiustificata "invasione di campo".

Per contro, la natura estremamente discrezionale del potere di "*redistribution*" alimenta l'incertezza sull'esito giudiziario, e, parallelamente, ingigantisce l'esigenza di sottoscrivere *prenuptial agreements* verso i quali, però, le Corti hanno nutrito per decenni una sana diffidenza. Si accusavano, *in primis*, delle stesse "colpe" dei quali erano accusati, ancora nel 1929, i *separation deeds*, gli accordi per la separazioni, successivi alla crisi coniugale.

---

[26] *Lambert v. Lambert* [2003] 1FLR139 CA

[27] Le eccezioni al criterio di uguaglianza per gli ingenti patrimoni sono giustificate dal criterio del c.d. contributo eccezionale di uno dei due coniugi, accolto nel caso *Sorrell v. Sorrell* della *High Court*, nel 2005. In pratica le eccezionali capacità imprenditoriali giustificherebbero la decisione di riconoscere una maggior quota del patrimonio al *partner* che lo ha incrementato in maniera esponenziale il patrimonio grazie a sue peculiari doti, come per esempio nel caso di una invenzione brevettata.

[28] *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* [2006] UKHL 24, la *House of Lords* riunì i due appelli.

Nella sentenza *Hyman v Hyman* del 1929[29] il *deed of separation* con il quale la moglie aveva rinunciato a rivolgersi alla Corte inglese per ottenere un mantenimento, "accontentandosi" della *lump sum* e di quanto concordato nell'accordo con il marito era stato giudicato nullo poiché contrario all'ordine pubblico. Le motivazioni della *House of Lords* sono state poi spese anche nelle cause contro i *prenuptial agreements* .

Per Lord Hailsham LC: «*the power of the Court to make provision for a wife on the dissolution of her marriage is a necessary incident of the power to decree such a dissolution, conferred not merely in the interests of the wife, but of the public, and the wife cannot by her own covenant preclude herself from invoking the jurisdiction of the court or preclude the court from the exercise of that jurisdiction*».

Ed ancora Lord Atkin, ribadiva che «*In my view no agreement between the spouses can prevent the Court from considering the question whether in the circumstances of the particular case it shall think fit to order the husband to make some reasonable payment to the wife, 'having regard to her fortune, if any, to the ability of her husband and to the conduct of the parties*». Il giudice, addirittura, qualificava il futuro mantenimento della moglie "una questione di interesse pubblico" (*The wife's right to future maintenance is a matter of public concern, which she cannot barter away*).

Lord Denning, qualche anno dopo, prospettava un ulteriore argomento per giudicare nulli questi accordi spiegando: «*… first, it is in the public interest that the wife and children of a divorced husband should not be left dependent on public assistance or on charity when he has the means to support them*». *Bennett v Bennett* [1952] 1 KB 249 at 262.

Il peso di queste considerazioni, sebbene espresse per *deed of separation*, ha a lungo condizionato una valutazione positiva anche per i *prenuptial agreements*, poiché, comunque, incidono sulla giurisdizione delle Corti in merito al mantenimento del *partner* e dei figli.

[29] *References*: [1929] AC 601.
Coram: Lord Hailsham LC, Lord Atkin.
Ratio: The husband had left the wife for another woman. Adultery by the husband was not a ground for divorce absent aggravating circumstances, such as incest. The parties had entered into a deed of separation under which the husband had paid two lump sums and agreed to make weekly payments of andpound;20 for the life of the wife. The deed included a covenant by the wife that she would not institute any proceedings to make him pay more than this. The House was asked whether the wife was precluded from petitioning the court for permanent maintenance.
Held: An agreement to oust the jurisdiction of the court to grant ancillary relief is void as being against the public interest.

4. La *common law* sui *prenuptial agreements* prima del 2010

Nonostante l'ostilità dichiarata delle Corti, i coniugi, soprattutto laddove erano in gioco ingenti patrimoni, hanno continuato, ottimisticamente, a sottoscrivere contratti prematrimoniali, spingendo, così, le corti, nel tempo, a rivedere le loro posizioni.

Ed infatti, fino al 2010, anno in cui è intervenuta la Corte Suprema inglese (*infra*), l'orientamento dei Tribunali di merito era pericolosamente ondivago.

Convenivano solo su due profili: la sacralità del potere discrezionale delle Corti sancito alla *sec*. 25 del MCA 1973 e la non vincolatività dei *prenuptial agreements*.

Tra la fine degli anni '80 e il 2010, numerose sono le sentenze che hanno avuto ad oggetto gli accordi prematrimoniali, ma il caos giurisprudenziale, dettato dal *discretionary power ex sec*. 25 MCA 1973, ha reso il panorama inglese assolutamente ostile a tali accordi.

In quel periodo, uno dei casi più importanti in cui le Corti inglesi si sono trovate a dover decidere sulla vincolatività o meno degli accordi prematrimoniali, è *F v F* (*Ancillary relief: Substantial Assets*)[30]. In tale sentenza, con toni perentori, il giudice rivendicava il potere di decidere sulle questioni patrimoniali della famiglia dopo il divorzio. Tuonava infatti Thorpe J «*In this jurisdiction they must be of very limited significance. The rights and responsibilities of those whose financial affairs are regulated by statute cannot be much influenced by contractual terms which were devised for the control and limitation of standards that are intended to be of universal application throughout our society*».

La rigida impostazione del 1995, veniva temperata, due anni dopo, da Wilson J della *Family Division* nel caso *S v S* (*Divorce:Staying Proceedings*)[31] (1997) il quale segnalava la necessità di sfuggire ad una rigida e predeterminata impostazione che prescindesse dal caso concreto, suggerendo invece di valutare, *ex sec*. 25 MCA 1973, se l'accordo fosse stato concluso da due adulti correttamente informati sulle conseguenze[32]. Per tale via, l'accordo avrebbe potuto, quantomeno, essere tenuto in considerazione.

---

[30] [1995] 2 FLR 45 punto 66.

[31] 1997 2 FLR 100

[32] «*I am aware of the growing belief that, in the dispatch of a claim for ancillary relief in this jurisdiction, no significant weight will be afforded to a pre-nuptial agreement, whatever the circumstances. I would like to sound a cautionary note, in that respect, … but there will come a case … where the circumstances surrounding the pre-nuptial agreement and the provision therein contained might, when viewed in the context of the other circumstances of the case, prove influential or even crucial. Where other jurisdictions, both in the US and in the European*

Orientamento, questo, confermato nel 1999 nella sentenza *N v N* (*Jurisdiction: Pre-nuptial agreement*)[33] dalle parole del Giudice Wall J, il quale, pur ribadendo che tali tipi di accordi fossero da considerarsi *unenforceable* (non coercibili), perché contrati all'ordine pubblico, avrebbero dovuto comunque essee valutati e tenuti in considerazione nei procedimenti di divorzio, ricadendo nel cono d'ombra della *discretion*.

Decisivo, per l'affermazione degli *antenuptial agreements*, è il caso M v M (*Prenuptial Agreement*)[2002], che vedeva come parti contrapposte due cittadini canadesi. L'accordo era stato firmato 5 anni prima, e dettato dall'esigenza di gestire la ripartizione dei beni al momento della crisi del matrimonio, che non era stato proprio "spontaneo". Ed invero, la donna, rimasta incinta, aveva comunicato la sua intenzione di abortire se l'uomo non l'avesse sposata, mentre il futuro padre, per evitare l'aborto, si era deciso a sposarla, ma solo previa sottoscrizione di un accordo prematrimoniale. Con tale accordo avrebbe dato alla moglie, in caso di divorzio, una *lump sum* di 275,000 sterline. Al momento del divorzio, però, il marito aveva un patrimonio di 7.5 milioni di sterline e la moglie pretendeva £ 1.3 million, rifiutandosi di rispettare quanto firmato.

Connel J, premessa la amara consapevolezza dell'origine dell'accordo, riteneva comunque ingiusto nei confronti del marito non tenerlo minimante in considerazione. Contestualmente, volendo restare fedele al dettato normativo dell'art. 25 MCA 1973, lo qualificava come una delle circostanze più importanti da valutare per giungere ad una soluzione giusta ed equa[34], riconoscendo in definitiva alla moglie una *lump sum* di £875,000. Dunque, l'accordo, mai qualificato *vincolante* (*binding*) nella motivazione, si è comunque rivelato indispensabile per contenere gli effetti "patrimoniali" del divorzio.

Non dissimile il caso *K v K* (*Ancillary relief*: *Prenuptial Agreement*) [2003][35], ove, del pari, l'accordo prematrimoniale era stato imposto da una gravidanza inaspettata che aveva spinto entrambi al matrimonio. Anche in questo frangente

---

Community, have been persuaded that there are cases where justice can only be served by confining the parties to their rights under pre-nuptial agreements, we should be cautious about too categorically asserting the contrary. I can find nothing in [the Matrimonial Causes Act 1973] s 25 to compel a conclusion, so much at odds with personal freedoms to make arrangements for ourselves, that escape from solemn bargains, carefully struck by informed adults, is readily available here … The matter must be left open».

[33] [1999] 2 FLR 745, 752.

[34] «*I do bear the agreement in mind as one of the more relevant circumstances of this case, but the court's over-riding duty remains to attempt to arrive at a solution that is fair in all the circumstances, applying s 25 of the Act*».

[35] [2003] 1 FLR 120.

la celebrazione era avvenuta solo perchè la moglie aveva accettato di firmare l'*agreement*, in forza del quale, se avessero divorziato entro i successivi 5 anni, la moglie avrebbe ottenuto una *lump sum* di £120,000. Ogni anno in più, oltre i 5 anni, avrebbe "fruttato" alla signora il 10% sul capitale di 120.000 sterline, e ciò, sebbene il marito avesse una fortuna di £25m.

Naturalmente, quando, dopo solo 14 mesi, l'unione era naufragata, la moglie si era rivolta alle corti inglesi, pretendendo £ 1.6 *million*, oltre 57.000 sterline all'anno per sè e 15,000 sterline all'anno per il figlio.

La motivazione della sentenza è disorientante. Da un lato, la Corte, sul presupposto che le parti avevano avuto l'assistenza legale prima della firma e che non vi fosse prova di coercizione alcuna, riteneva valido l'accordo, ed anzi specificava che la sottoscrizione di un accordo rientra tra gli elementi da valutare *ex sec*. 25 MCA, come «*conduct which it would be inequitable to disregard under*» MCA 1973, s 25(2). E, per tale via, confermava una *lump sum* di 120.000 sterline. Dall'altro, però, ne sovvertiva il contenuto, poiché rimproverava all'*agreement* di non aver valutato e considerato il ruolo della donna come madre, attribuendole così, in più, 15.000,00 sterline l'anno di contributo, oltre a £ 1.2 milione per l'acquisto di un immobile ove vivere con il bambino, affinché non vi fosse per lo stesso un diverso standard di vita quando stava dalla madre.

La soluzione concreta della vicenda giudiziaria è ben lontana dal presupposto di partenza, proclamato in motivazione, per il quale l'accordo era da considerarsi valido. Dunque, ancora una volta, la Corte inglese non rinuncia al suo potere di ridistribuire il patrimonio familiare e di decidere su *financial relief*.

Infine, con la decisione *Crossley v Crossley* del 2007[36], solo tre anni prima dell'importante precedente *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC, la Corte d'Appello, pur senza giudicare vincolanti gli accordi prematrimoniali, individuava degli elementi di fatto che avrebbero dovuto suggerire ai giudici di non discostarsi dal loro contenuto.

In particolare, nel caso oggetto della sentenza, il matrimonio era stato *a short marriage*, di circa un anno, tra due persone adulte e molto ricche. Il marito aveva 62 anni e un patrimonio di 45 milioni di sterline, la moglie aveva 50 anni e un patrimonio di 18 milioni di sterline. Sebbene l'accordo avesse previsto che in caso di divorzio nessuno avrebbe agito per ottenere un mantenimento dall'altro, la moglie si era rivolta al Giudice rivendicando una *financial award*. La Corte respingeva la richiesta valorizzando tutta una serie di circostanze che saranno poi riprese dalla giurisprudenza successiva.

[36] *Crossley v Crossley*[2007] EWCA Civ 1491, [2008] 1 FLR 1467.

Si poneva in evidenza non solo che entrambi, al momento della firma, fossero benestanti e adulti, ma anche che si trattasse di matrimonio di breve durata e senza figli. In particolare Thorpe LJ, nella consapevolezza di non poter stilare una regola generale concludeva con una frase divenuta celebre «*All these cases are fact dependent and this is a quite exceptional case on its facts, but if ever there is to be a paradigm case in which the court will look to the prenuptial agreement as not simply one of the peripheral factors in the case but as a factor of magnetic importance, it seems to me that this is just such a case*». Il contratto prematrimoniale veniva dunque qualificato di magnetica importanza, nel senso che avrebbe dovuto sempre attrarre l'attenzione del giudice.

5. *The case of Radmacher v Granatino* [2010] *UKSC* 42[37]

Nel 2010 la *Supreme Court* ha emesso la famosa sentenza *Radmacher v Granatino*[38], che ha cambiato fisionomia alla impostazione giurisprudenziale in merito ai *prenuptial agreements*.

L'accordo era stato sottoscritto in Germania davanti ad un Notaio e voluto principalmente dal padre della sposa, la quale era titolare di una fortuna e stava per ereditare altri beni in prossimità del matrimonio. Secondo quanto concordato, in caso di separazione, sarebbe stata applicata la legge tedesca, e, contestualmente, si escludeva la comunione legale dei beni tra i coniugi e il diritto ad ottenere una qualsiasi forma di mantenimento. Niente era stato previsto con riferimento ai figli, che avrebbero potuto nascere, ma era chiaro dal tenore del testo che l'accordo avesse rappresentato la *condicio qua non* del matrimonio.

Il futuro marito, all'epoca, lavorava per *JP Morgan & Co* e guadagnava circa £120,000 all'anno. Sebbene negli anni successivi avesse addirittura aumentato i suoi redditi, nel 2003, aveva deciso di abbandonare il lavoro, tendando la carriera universitaria in biotecnologia.

Dal momento che la coppia aveva deciso di sposarsi a Londra e di stabilire la vita matrimoniale nella City, al momento del divorzio, il marito, non volendo

---

[37] *Granatino v Radmacher* [2011] AC 534.

[38] *The appellant ("the husband") is a French national. The respondent ("the wife") is a German national. They signedthe ante-nuptial agreement in Germany on 1 August 1998. The husband was then aged 27 and the wife 29. They were married in London on28 November 1998. They had two children, Chiara, born on 4 September 1999 and Chloe, born on 25 May 2002. In October 2006, after 8 years of marriage, they separated.*

rispettare l'accordo, si era rivolto alle corti inglesi azionando una *claim for ancillary relief*, e chiedendo sia *periodical payments* sia una *lump sum*.
In primo grado Baron J non riteneva vincolante l'accordo e assegnava al marito una *lump sum* di £5,560,000, circa. In appello, la sentenza veniva riformata e la Corte sosteneva che il giudice aveva errato nel non attribuire un "peso decisivo" all'accordo (*decisive weight*). Contemporaneamente, però, riteneva giusta l'emanazione di un provvedimento economico che tenesse conto *the husband's role as the father of the two children*, onerando la Baron J della sua quantificazione in denaro. Il marito, ovviamente, ricorreva alla Corte Suprema.
Svanisce nella motivazione della *Supreme Court* la diffidenza che aveva caratterizzato il diritto delle corti di merito. Anzi si leggono argomentazioni che svicolano formalismi e puntano dritto alla prospettazione di una soluzione concreta, *pro futuro*, nello spirito del pragmatismo inglese.
Se da un lato si ribadisce che quando deve decidersi sull' *ancillary relief*, le corti non sono obbligate a dare esecuzione al *nuptial agreement* e che le parti non possono, tramite un *agreement, oust the jurisdiction of the court*, si afferma per la prima volta il principio in forza del quale, comunque, il Giudice deve tenerli in considerazione o meglio «*give appropriate weight to such an agreement*».
E, appurato che il *prenuptial agreement* non possa essere qualificato *binding*, per la Corte Suprema, la questione principale da dipanare diventa proprio il "peso che deve attribuirsi" all'accordo.

Senza mai spingersi fino al limite di affermare la vincolatività degli accordi prematrimoniali, solo perché sottoscritti dalle parti, si delineano tre criteri che il giudice di merito dovrebbe utilizzare per giudicare il fatto concreto e il singolo contratto.
Al paragrafo 69 della sentenza si spiega che nessun accordo potrà essere ritenuto vincolante a meno che non sia stato *freely concluded and properly informed*.
In primo luogo, l'*agreement* deve essere stato sottoscritto senza alcuna forma di coercizione o pressione, e le parti devono aver avuto la possibilità di comprenderne le implicazioni e le conseguenze.
La Corte giudica pacifico che un accordo concluso dopo aver subito minacce o violenze o per essere stati ingannati, ovvero per errore, non possa essere tenuto in alcuna considerazione, ma cerca anche di delineare altre ipotesi che rimangono più in ombra, e che comunque incidono sulla libertà di determinarsi e rendono, in astratto, l'accordo non coercibile e non valutabile dal Tribunale.
Nell'elenco esemplificativo, ma dichiaratamente non esaustivo, i Giudici ricordano l'*undue pressure*, (pressione non dovuta), l'*exploitation of a dominant position to secure an unfair advantage*, (il caso in cui uno dei due coniugi si sia approfittato di una posizione dominante o preminente per garantirsi un vantaggio

ingiusto) lo stato emotivo di una parte, la sua età e maturità, l'esistenza di un precedente matrimonio o di precedenti relazioni lunghe (par. 72).
Nella prospettiva della Corte è importante anche una ricostruzione storica della volontà delle parti, ossia la prova che al momento della firma la loro volontà fosse quella che l'accordo sarebbe stato considerato vincolante (par. 74).
Il secondo criterio (*properly informed*) può, invece, essere in astratto integrato dalla prova di aver ricevuto o di aver spontaneamente rinunciato alla consulenza legale, prima della firma (*sound legal advice is obviously desirable*), e dalla corretta e completa comunicazione di tutti i beni di proprietà (*full disclosure of any assets owned by the other party may be necessary to ensure this*).
Si impone alle parti di comunicarsi, documentandolo (*financial disclosure*), l'entità esatta del patrimonio e come è composto. In tal modo, ognuno dei due è consapevole, in teoria, almeno quando sottoscrive il contratto, a che cosa rinuncia secondo la legge e la *common law* inglese.
In ogni caso, la Corte Suprema precisa che ciò che conta realmente è che le parti abbiano ricevuto le informazioni per loro necessarie per valutare le conseguenze dal punto di vista patrimoniale.
Infine, si evoca in motivazione la rete di sicurezza della *fairness* (*the safety-net of fairness* par. 75), perché l'accordo comunque non deve essere giudicato *unfair* alla luce delle circostanze sopravvenute (*It must not be unfair to hold the parties to their agreement in the circumstances prevailing*).

Ritorna dunque prepotentemente il problema della *fairness* e la *Supreme Court* richiama la sentenza *MacLeod*[39], sposandone la *ratio* : «*The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement*».
The Supreme Court ha confermato che il riconoscimento della vincolatività dei *prenuptial agreement* non può prescindere da un controllo sulla *fairness* dei medesimi.
Ed ha ribadito che «*the concept of fairness in financial remedy applications follows three principles: need, compensation and sharing*».
Improvvisamente, la solida certezza dei criteri fino a quel momento enunciati in motivazione, viene annebbiata dalla *fairness* e dalla discrezionalità che si trascina dietro. Improvvisamente, si offrono al giurista molteplici motivi per ritenere che i questi tipi di contratto, difficilmente, verranno integralmente riconosciuti dalle Corti Inglesi.

[39] Par. 75.

Secondo il paradigma della sentenza Granatino, in astratto, un accordo prematrimoniale non può essere considerato *unfair* solo perché blinda i beni di uno dei due coniugi, ma sarà tale l'accordo che pregiudicherà le ragionevoli esigenze (*the reasonable requirements*) *of a child of the family*, magari nemmeno in vita al momento della firma (*the agreement cannot be allowed to prejudice the reasonable requirements of any children of the family* – par. 77). Ed è evidente che, se dopo il matrimonio nascono dei figli, il Giudice dovrà discostarsene per adeguarne il contenuto alle loro esigenze.

Da una diversa prospettiva si materializza il problema delle circostanze e degli eventi futuri che possono alterare gli equilibri dell'accordo (par. 78). Così, se da un lato si condivide lo scopo di proteggere la *pre-marital property* (par. 79), dall'altro, espressamente la Corte Suprema dichiara di ritenere ingiusto che l'*agreement* «*leaves in the hands of one spouse rather than the other the most part of a fortune which each spouse has played an equal role in their different ways in creating (par. 80). If the devotion of one partner to looking after the family and the home has left the other free to accumulate wealth, it is likely to be unfair to hold the parties to an agreement that entitles the latter to retain all that he or she has earned (par. 81)*».

L'eco della sentenza *White v. White* (vedi retro) è forte e chiaro, come è chiaro che non si vuole consentire a questi accordi di comprimere the *pawer of redistribution* delle corti per i *matrimonial assets* .

Infine, si giudica *unfair* mantenere vincolata una parte ad un accordo che la lascia in a *predicament of real need*, mentre l'altra gode di tutt'altra situazione economica (par. 81). Tali circostanze imporrebbero, *in the interests of fairness, not holding him or her to the full rigours of the ante-nuptial agreement* (par. 119).

Parallelamente, però, la Corte Suprema mostra sincero rispetto per l'autonomia della parti, che pur cautelativamente, circoscrive al par. 78: «*The reason why the court should give weight to a nuptial agreement is that there should be respect for individual autonomy. The court should accord respect to the decision of a married couple as to the manner in which their financial affairs should be regulated. It would be paternalistic and patronising to override their agreement simply on the basis that the court knows best. This is particularly true where the parties' agreement addresses existing circumstances and not merely the contingencies of an uncertain future*».

In definitiva, maggiore sarà la durata del matrimonio e minore sarà la possibilità che le Corti riterranno giusto applicare integralmente l'*ante-nuptial agreement* o che sfuggiranno alla tentazione di correggerne il "tiro".

La sentenza non è stata resa all'unanimità, poiché vi sono le *dissenting opinions* di Lady Hale e Lord Mance.
In particolare, Lady Hale ha puntualizzato, dapprima, la necessità che una materia così delicata non sia continuamente plasmata dalla *common law*, ma "trovi pace" in un testo normativo che offra agli stessi cittadini, oltre che alle Corti, dei criteri chiari e precisi con i quali ipotecare il futuro o dirimere le controversie.
Sfugge poi dalla penna del magistrato il paternalismo tipico di molti Giudici inglesi, gli stessi che tendono a frenare l'evoluzione verso una vincolatività degli accordi prematrimoniali, poiché al par. 135, tra le tante remore di Lady Hale si legge «*Some may regard people who are about to marry as in all respects fully autonomous beings; others may wonder whether people who are typically (although not invariably) in love can be expected to make rational choices in the same way that businessmen can. Some may regard the recognition of these factual differences as patronising or paternalistic; others may regard them assensible and realistic*».
È comunque indubbio che se il matrimonio, come ricorda il Giudice, è un contratto, esso ha anche delle conseguenze, previste dalla legge, come il dovere di assistenza reciproca e il dovere di mantenere i figli. Doveri che giustamente non possono essere oggetto dei *pre nuptial agreements*, che ne integrino una deroga[40].
Preme infine precisare che, come espressamente dichiara Lady Hale, i principi affermati dalla Corte Suprema si estendono anche agli accordi sottoscritti dai *civil partners*[41], cioè a dire, anche i loro accordi saranno travolti dalla nebbia dell'incertezza.

6. L'evoluzione della *common law post Radmacher vs Granatino*

Come era prevedibile, la sentenza *Radmacher vs Granatino* ha condizionato l'interpretazione applicativa dei *prenuptial agreements*, ma non ha risolto alla radice il problema, poiché la soluzione finale è comunque rimessa alla discrezionalità del Giudice.
Emerge invero un vasto e confuso panorama giurisprudenziale, segnato in parte da circostanze storiche molto diverse e in parte dall'interpretazione delle corti inglesi sulla *fairness*.

[40] Par.132.
[41] Par. 131.

Subito dopo la sentenza della Corte Suprema, il giudice Moor in *Z v Z*[42] [2011] giudicava valido un contratto prematrimoniale, sottoscritto in Francia, davanti ad un notaio, con il quale le parti avevano scelto il regime della *separation de biens*. Ciononostante, il Tribunale, pur confermando l'esclusione della regola della divisione dei patrimoni al 50% (*White vs White*), riteneva di dover liquidare alla moglie una somma congrua per far fronte ai suoi *reasonable needs*, che veniva significativamente comunque calcolata nel 40% del patrimonio del marito o in £6 *million*.

Questa sentenza rappresenta un caso limite in cui la formalità della motivazione e il formale allineamento ai principi della *common law*, si scontra e stride con il contenuto sostanziale del dispositivo.

Importante, e simile nella *ratio*, è il caso *Luckwell v Limata*[43] del 2014[44], ove la Corte non ha tenuto minimamente in considerazione il *premarital agreement*, anche se le parti avevano avuto l'assistenza legale ed erano perfettamente consapevoli delle conseguenze del contratto. Il fatto storico, per la sua complessità e delicatezza, ha certamente rappresentato per il Giudice il condizionamento, che ha pregiudicato la linearità giuridica della motivazione.

La causa era stata intentata dal marito, coniuge di una donna molto ricca, il quale aveva sottoscritto sia un *prenuptial agreement*, in quanto condizione necessaria per il matrimonio, sia due "*supplemental agreements*", in occasione delle donazioni che la moglie aveva ricevuto dal padre, durante il matrimonio.

Con tale preliminare contratto, lo sposo si era obbligato a non intentare alcuna causa contro la moglie per ottenere *financial provisions*, salvaguardando il patrimonio della moglie. In tal modo, la resistente aveva mantenuto intatta la proprietà su tutti i beni, acquistati o ricevuti in donazione.

Purtroppo, al momento del divorzio, il marito aveva solo ingenti debiti, nessun lavoro, e nessun bene patrimoniale, mentre i bambini venivano mantenuti con 80,000 sterline l'anno dai nonni materni, e la moglie aveva un ingente patrimonio, ma non un reddito personale. La Corte era stata dunque chiamata a risolvere uno spinoso problema, ovvero quello del bilanciamento tra i bisogni oggettivi del ricorrente, connessi al suo ruolo di padre, e il peso da attribuire ai tre distinti accordi, sottoscritti liberamente, con assistenza legale, senza alcuna pressione o induzione in errore e, peraltro, con completa e onesta *patrimonial disclosure*.

---

[42] [2011] EWHC 2878 (Fam)

[43] [2014] EWHC 502 (Fam)

[44] J. BRAY, The Effect Of "Fairness" On Prenuptial Agreements, in Denning Law Journal, 2014, 26, 261-273.

Il Giudice Holman J esponeva i suoi criteri di valutazione, che riecheggiano sia la sentenza della Corte Suprema del 2010, sia la giurisprudenza sulla *fairness*, della quale offre una sua personale applicazione al paragrafo 130:
«*1. It is the court, and not the parties, that decides the ultimate question of what provision is to be made;*
2. The over-arching criterion remains the search for 'fairness', in accordance with section 25 as explained by the House of Lords in Miller/McFarlane (i.e. needs, sharing and compensation). But an agreement is capable of altering what is fair, including in relation to 'need';
3. An agreement (assuming it is not 'impugned' for procedural unfairness, such as duress) should be given weight in that process, although that weight may be anything from slight to decisive in an appropriate case;
4. The weight to be given to an agreement may be enhanced or reduced by a variety of factors;
5. Effect should be given to an agreement that is entered into freely with full appreciation of the implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to that agreement. i.e. There is at least a burden on the husband to show that the agreement should not prevail ...».
Inaspettatamente, imboccando la strada della *fairness*, Holman J si "trova" davanti il problema dei bambini, che, a suo insindacabile giudizio, avrebbero subìto un grave danno a vivere in due standard di vita completamente diversi, a seconda se si trovavano dal padre o dalla madre.
La Corte si preoccupava così di garantire una casa al marito, onerando la moglie di comprarla e fissando un costo massimo di spesa di £900,000, specificando, però, che dovesse essere adatta per tutti e tre i bambini, considerando i loro standard di vita. Disponeva poi che la proprietà dell'immobile sarebbe rimasta comunque della moglie, la quale l'avrebbe dovuta vendere quando il figlio più piccolo avesse compiuto 22 anni. L'importo ricavato avrebbe dovuto essere ripartito tra i coniugi, di cui il 45% alla moglie, e il 55% al padre per potersi ricomprare un immobile. Non solo. Si onerava la madre di corrispondere ulteriori £292,000 per i mobili, gli elettrodomestici e l'acquisto di una macchina.
Questo rappresenta uno dei casi più eclatanti in cui la *fairness* veicola il potere discrezionale del magistrato e consente uno stravolgimento totale del contratto. Ulteriori elementi di criticità li presenta anche la causa *Y v Y* (*Financial Remedy: Marriage Contract*)[45], sempre del 2014, introdotta dalla moglie che, dopo un matrimonio durato 22 anni e tre figli, pretendeva la metà della fortuna

[45] [2014] EWHC 2920 (Fam).

acquisita dal marito durante la vita coniugale. Entrambi i coniugi erano francesi, trasferiti in Inghilterra per il lavoro del marito. La richiesta della moglie veniva osteggiata dal coniuge che sventolava un *contrat de mariage* ("*the marriage contract*"), sottoscritto, "romanticamente", 48 ore prima della celebrazione del matrimonio. Nel contratto era riportata la scelta del regime patrimoniale della *séparation de biens*, che la stessa Mrs Justice Roberts definisce «*a concept well known and recognised within this jurisdiction as one of the European default regimes*».

Pur riconoscendo che quel contratto sarebbe stato vincolante nel sistema francese[46], la veloce considerazione che la moglie non avrebbe ottenuto niente fuorché *'needs' based award*, spingeva la Corte a fare ampio ricorso alla sua discrezionalità. Nella sua difesa, ovviamente, il marito aveva sostenuto che quel *marriage contract* avrebbe dovuto essere considerato vincolante anche alla luce dei recenti sviluppi del diritto inglese, fra cui la sentenza *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, [2010] 2 FLR 1900.

Riteneva, pertanto, di non dover dividere con la ricorrente i 13 milioni di sterline (al netto dei *non-marital assets*), e di poter essere libero di "offrirne" solo un terzo. Nella prospettiva del resistente, peraltro, si trattava di una proposta generosa, considerato che, sulla base del contratto, non era obbligato a darle niente.

Dopo una defatigante ricostruzione storica delle vicende matrimoniali, che poneva in luce una donna che aveva sempre lavorato, sacrificando comunque la sua carriera per la famiglia, la motivazione si concentrava sul *Contrat de Mariage*. Giustamente distinto dall'avvocato del marito dai *prenuptial agreements*, poichè ha la funzione di disciplinare il regime e le vicende patrimoniali dei coniugi, durante il matrimonio, dopo la morte e in caso di divorzio (e non solo in vista del divorzio) in coda al ragionamento del giudice, si applicavano gli stessi criteri elaborati dalla Corte Suprema per valutare il contratto prematrimoniale.

In particolare, Mrs Justice Roberts giudicava impossibile che, al momento della firma, la moglie avesse ricevuto tutte le informazioni necessarie per decidere in maniera consapevole e che avesse compreso le nefaste conseguenze patrimoniali che ne sarebbero derivate in caso di divorzio. Giungeva, così, alla conclusione di poter riconoscere efficacia al *marriage contract* solo limitatamente alla *non-matrimonial property owned by either of the parties*. Esclusi, pertanto, i beni di

[46] «*Under French law, a marriage contract, once notarised, is absolutely binding on the spouses once the marriage is celebrated, save in very limited respects (none of which applies here)*».

proprietà delle parti, acquisiti prima del matrimonio, per il resto, procedeva alla quantificazione delle quote, relative al patrimonio familiare.
Sebbene la quantificazione di tale *community of property* fosse stata resa difficile dai molti investimenti *off-shore* del marito e dal calcolo delle numerose detrazione per le tasse, il Tribunale decideva comunque di predisporre una divisione quasi al 50% del netto. Proprio però in considerazione della difficoltà di ricostruire il *matrimonial asset*, trasferiva alla moglie la *matrimonial home* in West London, le riconosceva una *lump sum* of £454,670 from the *N Bank accounts*, e di £1,206,468 dalla *B Bank/K Bank 2 investments*. Emetteva, inoltre, dei provvedimenti che disciplinavano il regime pensionistico in favore della donna e che disponevano la corresponsione di £20,000 per *annum* per il figlio, che ancora stava seguendo un percorso di studi.
La sentenza *Y v Y* è quella, tra le tante, che maggiormente lascia trasparire il coinvolgimento emotivo del giudice nel tentativo di riequilibrare le sorti dei due coniugi.
La stessa *ratio* può leggersi nel caso *WW v HW* del 2015[47], deciso che Mr Nicholas Cusworth Qc della *Family Division*.
Al momento della firma il marito aveva 42 anni e la moglie 31, ma sebbene il signor H fosse un uomo benestante, la signora W era milionaria con un patrimonio ereditato di circa 16 milioni di sterline, che correttamente aveva documentato al futuro sposo, in sede di sottoscrizione del contratto prematrimoniale.
Dopo 11 anni di matrimonio e due figli, la relazione era però entrata in crisi, e il marito pretendeva di avere parte del patrimonio della moglie. In via preliminare, il Giudice analizzava l'accordo, che risultava formalmente valido e corretto, secondo le prescrizioni della Corte Suprema del 2010.
Anzi, con estremo disappunto la Corte evidenziava che il marito non era stato onesto al momento della firma, millantando una capacità patrimoniale non reale.
I vari punti dell'*agreement* comunque erano chiari e non lasciavano margine per configurare ipotesi di raggiro, coercizione o indebita pressione. Si legge, infatti, nell'accordo: «*a. The marriage was conditional upon the agreement being executed [Rec. B] b. The parties intended that the agreement should be legally binding upon them [Rec. H] c. They had each received independent legal advice and were fully aware of the right that they each were acquiring or surrendering [Rec. J]d. They had each fully and frankly disclosed their respective means and other relevant circumstances. [Rec. K] e. They each acknowledged that it was not possible to exclude the jurisdiction of the Court to make orders*

[47] [2015]EWHC 1844 (Fam).

under the Matrimonial Causes Act 1973. [Rec. L] f. Neither would make any claim against the other on dissolution of the marriage, and would enter into a consent order to that effect, without prejudice to their right to make such a claim in respect of a child. [Cl.13] g. Any real property jointly owned would be vested in joint names as tenants in common, and their respective proportions of ownership would be set out in a Declaration of Trust to be drawn up, and otherwise in accordance with their respective financial contributions to that property. [Cl.9] h. All pre-marital, gifted or inherited property should remain the parties' respective ownership. [Cl.3/4] i. Neither would make any claim against the other's separate property, or against any trust interest, in the event of dissolution of the marriage. [Cl.10/11]».

Mr. Nicholas Cusworth Qc premetteva nella sua motivazione di comprendere e ritenere ragionevole l'obiettivo dell'accordo, ovvero quello di evitare che il patrimonio ereditato della moglie potesse essere risucchiato dalla *sharing claim* del coniuge (*the primary purpose of this agreement was to protect from a sharing claim W's inherited property, which is an entirely reasonable ambition*). Ciononostante, considerato che il marito, senza il supporto della moglie, era praticamente "povero", e che comunque aveva impiegato i suoi beni, anche nell'interesse della famiglia, si poneva il problema di come giungere ad una sentenza *fair*. La soluzione finale era ulteriormente complicata dal fatto che non esistevano *matrimonial assets*, ma solo, *non-matrimonial assets*, e tutti della moglie. Infatti, la resistente aveva semplicemente gestito un ingente eredità acquisita prima del matrimonio ed i beni ereditati erano proprio quelli protetti dall'accordo e, in teoria, dalla stessa *common law*. Si poneva quindi il problema di *come* correttamente garantire al marito una casa dove vivere con i bambini e come far fronte alle sue primarie necessità.

Il Giudice, condizionato dalla necessità di trovare una soluzione per la serenità dei minori, disponeva che il padre mantenesse la casa del valore di 1.7 milioni di sterline, fino alla sua morte, che la moglie corrispondesse 18,000 sterline per il mantenimento dei figli e un contributo *una tantum* di oltre 200,000 sterline.

La sentenza ovviamente tradiva i termini dell'accordo a suo tempo sottoscritto e ritenuto valido. Valido, potremmo aggiungere, ma in contrasto con la *fairness*, secondo i criteri indicati dalla *sec*. 25 MCA 1973 (vedi retro).

Particolare, anche per i risvolti penali, è il caso *H v H*[48], deciso il 4 di marzo del 2016, dalla *Family Court* di Manchester. La coppia, sposata per poco più di quattro mesi, era composta da un signore di 72 anni e da una signora di 64 anni,

[48] [2016] EWFC B81 (04 March 2016).

la quale aveva chiesto il divorzio, dopo aver denunciato il marito per violenza sessuale anale. Contestualmente, la moglie aveva chiesto anche che l'accordo prematrimoniale, sottoscritto prima del matrimonio, non venisse applicato, poiché, invocando la *fairness*, sosteneva fosse *unfair* lasciarla senza alcuna *financial provision*, in età avanzata, quando era stata costretta al divorzio dalla condotta del marito. Il Giudice, Booth J, che non esita a rimarcare di non credere alla versione della moglie in merito alla violenza sessuale, sia perché il marito era stato nel frattempo assolto in sede penale, sia per le sue personali considerazioni sulla vicenda, non scevre da pruriginose valutazioni sulla condotta sessuale della coppia, non accoglie la richiesta. Applicando tutti i criteri controfattuali della sentenza della Corte Suprema del 2010, e soprattutto, focalizzando l'attenzione sul fatto che la breve durata del matrimonio non potesse aver comportato alcun significativo cambiamento nella vita della moglie, e dunque in assenza delle c.d. *contingencies*, ritiene di dover riconoscere validità al contratto prematrimoniale. Booth J, senza mai definire *binding* il *pre-nuptional agreement*, anzi ricorrendo a perifrasi quasi astruse, laddove precisa che rappresenta a *magnetic place in my consideration of the distribution of their assets*, coglie l'occasione per tutelare l'autonomia delle parti e gli obiettivi perseguiti. Si legge, infatti: «*The prenuptial agreement agreed by this couple was there to serve a purpose. I see absolutely no reason why it should not serve its purpose*». E lo scopo, oggi, per il quale si sottoscrivono questi tipi di accordo è proprio quello di tutelare il patrimonio per i figli avuti da precedenti matrimoni.

Questo caso rappresenta quasi *un unicum*, perché, in ultima analisi, non solo ha ritenuto valido l'accordo, ma lo ha anche applicato, dandone esecuzione.

Lo stesso anno, però, è stata emanata un'altra sentenza che si allinea al disorientante orientamento giurisprudenziale.

Il 22 dicembre 2016, la Family Court ha, infatti, emesso un'altra importante sentenza relativa ad una coppia di svedesi che avevano sottoscritto tre *prenuptial agreements*, uno in Svezia il 10 luglio 2000, uno 6 mesi dopo negli Stati Uniti, e un terzo sempre in Svezia, pochi giorni dopo il secondo[49]. Tutti e tre gli accordi prevedevano che solo la Corte Svedese di Stoccolma avrebbe avuto la giurisdizione in caso di divorzio per le questioni inerenti il mantenimento e, come al solito, era previsto che «*each of the parties to the marriage retained his and her respective separate property on divorce, the effect of which would mean that the wife was not entitled to any capital payment from the husband*». La moglie contestava la vincolatività degli accordi, sostenendone l'*unfairness*, e precisava

[49] DB v PB [2016] EWHC 3431 (Fam).

che comunque li aveva sottoscritti nell'erroneo presupposto che non sarebbero mai stati vincolanti e che avrebbe comunque ricevuto *financial provision to enable her to maintain the matrimonial standard of living*. La preliminare istruttoria, condotta secondo i criteri indicati dalla sentenza *Radmacher vs Granatino*, aveva dimostrato che alla moglie era stato consigliato di assumere un proprio legale, che non aveva subìto alcuna pressione o coercizione, e che il marito le aveva chiaramente spiegato che non si sarebbe sposato se non avesse firmato l'accordo prematrimoniale; accordo che, a conti fatti, avrebbe garantito al medesimo 9,5 milioni di sterline. Alla moglie, invece, sarebbero rimaste circa £560,000. Anche in questo caso, di fronte alla regolarità formale del *prenuptial agreement*, è venuta in soccorso della donna la *fairness*.

Come espressamente dichiara Mr Justice Francis, «*The Supreme Court in Radmacher plainly left the courts with a wide residual discretion as to the definition of what is fair in any given case. I am satisfied that the prenuptial agreement would work unacceptable unfairness on the wife and that, worse still, it would adversely affect the best interests of the children of the family*»[50].

L'ingiustizia è stata letta nella constatazione per cui, dopo tanti anni di matrimonio, dopo due figli e dopo che, per anni, la moglie si era dedicata alla famiglia, sarebbe rimasta con «quasi niente mentre il marito avrebbe avuto quasi tutto» (*with almost nothing and for the husband to be left with almost everything*). Nella visione della Corte, l'esecuzione del contratto avrebbe messo la moglie e i figli i*n a predicament of real need*, ma, soprattutto, traspare dalla motivazione l'emotiva ostilità per il rifiuto del marito di dividere con la moglie il patrimonio dal medesimo accumulato durante il matrimonio.

Così, con una motivazione viscerale, di fronte ad un accordo ritenuto, comunque, valido, ma giudicato *unfair*, la Corte inglese rinvia alla Tribunale svedese per decidere in merito ad una *lump sum* per la ricorrente e per l'assegno di mantenimento. Contestualmente dispone, però, che la *family home* sul territorio inglese sia venduta e che il netto ricavo, dedotto il mutuo e le spese, sia diviso a metà tra i coniugi. Dispone che il marito metta a disposizione della moglie 2 milioni di sterline per l'acquisto di una casa per lei e i figli, nella quale dovranno abitare fino a quando non avranno finito la loro formazione professionale. Infine, riconosce, quale provvedimento provvisorio, una sorta di indennità annuale (*carer's allowance*) per la donna e un assegno per i figli di 95,000 sterline all'anno.

Sebbene tali sentenze siano giuridicamente criticabili, poichè riconoscono

[50] DB v PB [2016] EWHC 3431 (Fam).

valido un contratto, ma poi lo stravolgono e di fatto non lo applicano, le lunghe motivazioni, strettamente ancorate ai singoli e diversi risvolti in fatto, comunicano l'emotiva tensione del giudice di arrivare, comunque, ad un risultato *fair*, equo. Così, l'immediata sensazione di ingiustizia e di incoerenza, che assale inevitabilmente il giurista di *civil law* durante la lettura, lascia, alla fine, spazio ad una comprensione e condivisione dell'inaspettata scelta finale.

7. Conclusioni

Di fronte alla completa latitanza del legislatore, che si è per ora limitato a nominare delle commissioni di studio, l'ultima nel 2014 (*Matrimonial Property Needs and Agreements*), non può che apprezzarsi lo sforzo delle Corti inglesi di delineare dei criteri minimi per poter, quantomeno, giudicare validi questi accordi.
Di fatto però i *prenuptial agreements* sono validi, ma non coercibili (uneforceable) e non vincolanti (*not binding*), anzi sono esposti al serio rischio di essere completamente disapplicati se, agli occhi del giudice, non sono *fair*.
Gli *antematrimonial agreements* presentano una natura *ibrida* e un futuro incerto, che poco si concilia con le esigenze patrimoniali alle quali dovrebbero essere destinati.

Il *contrat de mariage* in Francia e la circolazione UE degli accordi prematrimoniali

Caterina Silvestri
Associato di Diritto processuale civile, Università di Firenze

Lo studio costituisce un'indagine sulla possibilità di stipulare in Francia patti prematrimoniali concernenti le condizioni di un'eventuale futura *séparation de corps* o *divorce*. L'analisi di questa possibilità passa attraverso l'istituto del *contrat de mariage* e della normativa dettata per la fase patologica del vincolo, ma anche dalla circolazione di leggi straniere e di provvedimenti giurisdizionali che contengano pattuizioni di questo genere, o di originali "rimedi" quali il patto di *Tontine*.

The study is an investigation into the possibility of concluding in France prenuptial agreements regarding the conditions for a possible future séparation de corps or divorce. The analysis of this possibility passes through the institution of the contrat de mariage and the legislative prescriptions provided for the pathological phase of marriage, but also through the circulation of foreign laws or judicial measures (that contain agreements of this kind), or original "remedies" such as the Tontine Pact.

Sommario: 1. Ambito dell'indagine. – 2. La disciplina pattizia tra il sistema dei *régimes matrimoniaux* e la normativa del divorzio o della *séparation de corps*. – 3. Il *contrat de mariage*. – 4. Gli strumenti indiretti: la circolazione della legge, delle decisioni e degli accordi contenenti patti prenuziali. – 5. [Segue] La manipolazione della condizione contrattuale: la *Tontine*.

1. Ambito dell'indagine

Il riconoscimento di una crescente autonomia negoziale in materia di gestione della crisi matrimoniale, costituisce uno dei molteplici versanti in evoluzione nell'epoca attuale nell'area dei paesi di *civil law* in generale[1], che ne è tradizionalmente priva con poche eccezioni tra le quali si annovera la Germania, e in particolare in quelli appartenenti all'Unione Europea, trainati da una spinta legislativa omologativa e armonizzatrice che trae la sua primaria ragione da un modificato sentire sociale, lentamente passato da una concezione di intangibilità del vincolo coniugale ad una che ne rivendica il controllo anche, per così dire, del fine vita e degli aspetti patrimoniali che con quello devono trovare disciplina[2].

L'accresciuto ruolo dell'autonomia negoziale in materia di famiglia si coniuga, tuttavia, nel diritto moderno, con la tendenza ad esso centripeta rappresentata

[1] La riflessione sui patti prematrimoniali in Italia è aperta da molto tempo; tra i primi autori F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 361; tra i molti contributi successivi A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 213; G. OBERTO, *Gli accordi* a latere *nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 150; R. CAFARO, *Autonomia privata e controllo del giudice nella separazione consensuale*, Torino, 2006; G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del* ménage, Padova, 1999.

[2] Sui profili comparativi e sul rilievo di tendenze analoghe in altri paesi, si veda A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, ivi; Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica, Torino, 2017, 217 ss. il quale coglie l'accresciuta autonomia privata anche in ambito successorio in *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi e italiani*, in *Contr. impr. EU*, 2009, 427; Marital contract, Ehevertraege, *convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 475; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, in FERRANDO (diretto da), *Il nuovo diritto di famiglia*, II, Bologna, 2007, 229; *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparatistica*, in ALPA - CAPILLI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 2006, 53; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 483 ss.; G. OBERTO, "Prenuptial agreement in contemplation of divorce" *e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 171; M.R. MARELLA, *Gli accordi fra coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in in FERRANDO (diretto da), *Separazione e divorzio*, I, Torino, 2003, 194.

dalla progressiva estensione del potere del giudice di sindacato del contratto a verificarne, in particolare, la proporzionalità e equità soprattutto in presenza di una parte debole[3].

La possibilità per le parti di disciplinare contrattualmente i profili economici della crisi matrimoniale è, dunque, soggetta, per un verso, ad una forza espansiva che, tuttavia, incontra i limiti, tradizionali e di nuova emersione, che ne governano lo svolgersi.

L'autonomia in questione risente, in primo luogo, del *momento* in cui tale accordo è preso, essendovi un diverso trattamento a seconda che questi patti siano assunti al momento dell'avvio delle procedure previste per la dismissione del vincolo, oppure nel corso del matrimonio o addirittura prima dello stesso, senza alcuna preordinazione o collegamento funzionale con la sua dissoluzione. Queste due ultime ipotesi sono quelle in cui si riscontrano le maggiori differenze tra *common law* e *civil law*, ma anche in seno alla stessa area anglofona, rinvenendosi nel diritto nord americano il luogo nativo e di crescita degli accordi prematrimoniali che il mondo anglosassone ha solo parzialmente recepito.

Il secondo aspetto di rilievo è costituito dalla circostanza che vi sia una disciplina legislativa *diretta* di queste possibilità, o che risultati analoghi siano raggiunti in via *indiretta* utilizzando istituti previsti a scopi diversi, come talvolta avviene, ad esempio, con un uso manipolativo della condizione contrattuale, oppure attraverso la finestra del diritto privato e processuale in particolare di fonte europea, nei casi e nei limiti in cui, naturalmente, sia possibile per le parti usufruire della stessa.

Il presente studio, nell'ambito dei limiti posti, si propone di dare conto del panorama esistente in Francia con riferimento a questi profili, puntando, come

---

[3] La discussione circa i limiti dell'autonomia privata contrattuale costituisce un tema classico del diritto privato; nell'amplissima bibliografia: P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2014, 331 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 41 ss.; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2010, 47 ss.; sul principio di equilibrio contrattuale: A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 137 ss.; A. SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014; G. CHIODI, *La giustizia contrattuale*, Milano, 2009; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011, 118 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 423.

È noto come la questione del controllo giudiziale sia stata sensibilmente incentivata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, con la sentenza 4 giugno 20089, C-243/08, caso *Pannon*, sul rilievo giudiziale anche delle nullità protettive, che può leggersi sul sito ufficiale: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d54658e1456ebf4e9d81eae07afcd7d9a0.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNuTe0?text=&docid=74812&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=347555.

si addice a un panorama, ad un'esposizione che dia conto della ricchezza e complessità del paesaggio con i particolari e le suggestioni del caso e tralasciando certi dettagli che certamente la normativa altrimenti porgerebbe all'attenzione dell'osservatore.

2. La disciplina pattizia tra il sistema dei *régimes matrimoniaux* e la normativa del divorzio o della *séparation de corps*

Affrontare il tema dei patti prematrimoniali in Francia, rende preliminarmente opportuno richiamare, almeno nelle sue grandi linee, la disciplina che riceve la crisi del vincolo coniugale col *divorce* e con la *séparation de corps*[4], assonanti con gli istituti italiani, ma peculiarmente articolati e non necessariamente consequenziali.

Il divorzio consegue ad un'alterazione definitiva del vincolo e conduce alla sua cessazione parimenti definitiva sulla base di presupposti sensibilmente diversi a seconda che esso sia un approdo a carattere consensuale o meno. Nel primo caso l'ordinamento offre un'opzione convenzionale completamente degiurisdizionalizzata, condotta per mano di un avvocato per parte e con l'intervento finale del notaio: si tratta del «*divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*» disciplinato dagli artt. 229-1 e seguenti del *Code civil*, ammissibile anche in presenza di figlio minore, a meno che questi, informato del suo diritto di essere sentito dal giudice, non ne faccia richiesta (art. 229-2); ove ne faccia richiesta, il divorzio sfocia nell'ipotesi del «*divorce par consentement mutuel judiciaire*», disciplinato dagli artt. 230 e ss. del *Code civil*, col quale i coniugi procedono al divorzio manifestando il loro consenso giudizialmente.

Il «*divorce accepté*», costituisce un'ipotesi "mista" tra il divorzio consensuale

[4] Per uno sguardo d'insieme sugli istituti in questione e sulle problematiche agli stessi connessi: H. MAZEAUD - F. CHABAS - L. LEVENEUR, *Leçons de droit civil. La famille: mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps*, Parigi, 1995; F. TERRE, *Le couple et son patrimoine: biens communs et biens propres, concubinage, divorce, donation entre époux, régime matrimonial (choix, changement), logement de la famille, société entre époux, transmission aux enfants*, Parigi, 1999; P. MURAT, *Mariage, divorce, concubinage, Pacs, filiation, adoption, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, mineur étranger, obligations alimentaires, protection de l'enfance, protection nationale et internationale des majeurs vulnérables, fiscalité, droit pénal, droit international privé*, Parigi, 2010; AA.VV., CLAUX e DAVID (a cura di), *Droit et pratique du divorce 2018/2019*, Parigi, 2017; AA.VV., GRIMALDI (a cura di), *Droit patrimonial de la famille 2018/2019*, Parigi, 2017.

e quello contenzioso, trattandosi di domanda presentata da uno dei coniugi poi accettata dall'altro (artt. 233 ss. c.c.).
Al di fuori dei casi sopra indicati, il divorzio assume connotazione contenziosa e può articolarsi nel «*divorce pour altération définitive du lien conjugal*» (artt. 237 ss.) e del «*divorce pour faute*» (artt. 242 ss.), suscettibili di conversione in ogni momento nel procedimento convenzionale o in quello consensuale giudiziale (artt. 247 ss.).
Nel divorzio contenzioso, è il giudice che, ai sensi dell'art. 255 c.c., ordina la disciplina economica tra i coniugi che può comprendere, a seconda delle circostanze, la fissazione di una *pension alimentaire* e di una *préstation compensatoire*, il godimento dell'abitazione coniugale anche con il pagamento di un'indennità di occupazione, la divisione e assegnazione dei beni comuni[5].

[5] L'art. 255 *Code civil* dispone: «*Le juge peut notamment:/ 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder;/2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation;/ 3° Statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux;/ 4° Attribuer à l'un d'eux la jouissance du logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non et, le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant d'une indemnité d'occupation; /5° Ordonner la remise des vêtements et objets personnels;/ 6° Fixer la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance que l'un des époux devra verser à son conjoint, désigner celui ou ceux des époux qui devront assurer le règlement provisoire de tout ou partie des dettes;/ 7° Accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire;/ 8° Statuer sur l'attribution de la jouissance ou de la gestion des biens communs ou indivis autres que ceux visés au 4°, sous réserve des droits de chacun des époux dans la liquidation du régime matrimonial;/ 9° Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux; /10° Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager*».
L'ammontare della *prestation compensatoire* (diversa dalla *pension alimentaire* dovuta ai figli, o anche al coniuge in sede di *séparation de corps*), che corre tra i coniugi in sede di *divorce*, ha natura forfettaria ed è *una tantum*, salvo casi eccezionali nei quali può assumere la forma di rendita vitalizia, ai sensi degli artt. 270 e ss. *Code civil*; essa risponde allo scopo, per l'appunto, di compensare le eventuali disparità economiche che possono prodursi col divorzio a carico di uno dei coniugi ed è stabilita dal giudice sulla base, principalmente, dei bisogni di chi la riceve e delle possibilità economiche dell'obbligato, compresi i beni del suo patrimonio privato (così Cass. 1re civ., 30 nov. 2004, n. 04-20352 consultabile al sito *www.legifrance.gouv.fr* alla voce *bases de données*). Anche in Francia la giurisprudenza dell'ultimo decennio ha maturato una certa tendenza a ridurre l'ammontare della *prestation* riducendo il rilievo di parametri tradizionali operanti nella sua determinazione. Di questo *trend* offre esempio il ridimensionamento del ruolo della durata della convivenza, nella quale era normalmente considerato anche il periodo prematrimoniale (Cass., 1° civ., 14 marzo 2006, n. 04-20352, consultabile, al sito *www.legifrance.gouv.fr* alla voce *bases de données*). Con tre pronunce, tutte del 16 aprile 2008, la Corte ha stabilito di prendere in

Sulla base delle stesse condizioni che possono giustificare una domanda di divorzio, i coniugi possono anche chiedere la *séparation de corps* (art. 296), istituto che gode di minor favore da parte dell'ordinamento, come bene esprime la prevalenza riconosciuta alla domanda di divorzio nei casi in cui la stessa si trovi a concorrere con quella di separazione[6]. Alla separazione consegue la sospensione dell'obbligo di coabitazione (art. 299) – mentre permangono i doveri di solidarietà e di fedeltà – ed una serie di conseguenze economiche, indicate dagli artt. 302 ss., tra le quali la divisione dei beni e il pagamento di una pensione alimentare; l'art. 304 sancisce espressamente che, al di là delle previsioni specifiche dettate nella sezione in questione, alla separazione si applicano le stesse disposizione del divorzio (art. 304). Con riferimento ai rapporti intercorrenti tra *séparation de corps* e *divorce*, la prima non costituisce un presupposto necessario del secondo e gioca, piuttosto, come prova dell'alterazione definitiva del vincolo se i coniugi vivono separati da due anni[7], anche di fatto, al momento della presentazione della domanda di divorzio (artt. 238).

Analogamente a quanto avviene in altri paesi di tradizione romanistica, la validità dei patti prematrimoniali, intesi quali accordi aventi ad oggetto la disciplina economica dello scioglimento del rapporto, incontra in Francia limiti di validità discendenti dai principi del diritto di famiglia ritenuti di ordine pubblico[8] e dal

considerazione soltanto la vita comune svoltasi successivamente al matrimonio (Cass., 1° civ., 16 aprile 2008, n. 07-12814, consultabile *www.legifrance.gouv.fr* alla voce *bases de données*), escludendo dal calcolo della prestazione il periodo di concubinaggio.

Pur nella libertà di cui gode il giudice, che vige in ogni caso e che risiede nella necessità di adeguarne l'ammontare ai diversi casi di specie, ogni anno è pubblicato a cura del Ministero della giustizia, un "barometro" delle pensioni alimentari che consente di determinarne l'ammontare approssimativo. Questi parametri, pur non essendo, come detto, vincolanti, sono assai utili nella pratica e largamente seguiti.

Si può accedere al barometro e al simulatore al seguente indirizzo: *http://www.justice.fr/simulateurs/pensions*.

[6] L'art. 297 del *Code civil* prevede, ad esempio, che in caso di domanda di divorzio, la domanda riconvenzionale non potrà essere di *séparation de corps*, o ancora, l'art. 297-1, stabilisce che in caso di proposizione concorrente di una domanda di divorzio e di una di *séparation*, il giudice esamina in primo luogo la prima e pronuncia il divorzio se ricorrono le condizioni di legge; soltanto in difetto di queste passerà ad esaminare la domanda di statuisce sulla prima attribuisce prevalenza a questa ultima.

[7] TH. GARE, *Divorce pour altération définitive du lien conjugal : la preuve de la séparation de fait peut être rapportée par tous moyens*, in *Revue juridique Personnes et famille*, n°2, février 2010, 22, nota a Cass., 25 novembre 2009.

[8] J. PINEAU, *L'ordre public dans les relations de famille*, in *Les cahiers de droit*, 1999, n. 2, 323 ss., può leggersi anche al seguente indirizzo https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1999-v40-n2-cd3818/043544ar.pdf.

rilievo, ricorrente in particolare nella giurisprudenza[9], della possibilità di un accordo dei coniugi soltanto in connessione con il procedimento di *divorce* (o di *séparation de corps*) corrente nell'art. 268 del *Code civil*.
Nell'ambito della complessa disciplina concernente il regime patrimoniale tra coniugi, il legislatore ha loro riconosciuto uno spazio sempre maggiore di libertà circa l'assetto degli interessi economici scaturenti dal matrimonio.
Il principio di *liberté des conventions matrimoniales* era, per la verità, già presente nel *Code civil* del 1804 e, segnatamente, nell'art. 1387, rimasto invariato sino ai giorni nostri[10]. Si trattava, tuttavia, di una libertà subito limitata dal successivo art. 1388, richiamante le prescrizioni cogenti concernenti gli effetti diretti del matrimonio (artt. 212-226 c.c.) e le disposizioni imperative dettate per il regime matrimoniale dei beni, oltre a tutta una serie di previsioni parimenti inderogabili dettate in materia di famiglia (quali, ad esempio, la successione e la potestà sui minori). Le norme in questione, traevano la propria radice dalle *coutumes* ed erano rette da due principi fondamentali, secondo i quali la moglie riconosceva la "supremazia" maritale in seno alla famiglia, traendone una serie di garanzie patrimoniali[11]. La disciplina del regime matrimoniale tra coniugi è stata ritoccata dal legislatore in varie occasioni nel corso del tempo, ma gli interventi cui si deve il regime attuale, sono stati realizzati dalla legge n. 65-570 del 13 luglio 1965 e dalla legge n. 85-372 del 23 dicembre 1985, cui sono seguite in varie occasioni modifiche di dettaglio. Alla prima delle leggi ricordate si deve il passo cruciale verso un'effettiva libertà dei coniugi nell'individuare il regime economico del matrimonio e il riscatto anche a livello normativo del ruolo che la donna si era già guadagnato nella realtà sociale e nella famiglia; alla seconda si deve la soppressione delle previsioni che ancora residuavano sullo stato di inferiorità femminile e l'ulteriore liberalizzazione del regime patrimoniale coniugale[12].

[9] Ivi *infra*, testo e nota n. 17.
[10] Ad essere cambiato è, tuttavia, il contesto normativo in cui la disposizione si colloca, come meglio si dirà nel prosieguo; l'art. 1387 dispone: «*La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes moeurs ni aux dispositions qui suivent*».
[11] La questione era molto seria in particolare nell'*ancien régime* e alla base dei matrimoni nobiliari sovente contratti per ragioni economico-politiche ed ha, comunque, anche in epoca successiva rivestito una grande importanza pratica; si vedano per questi profili M. VALTAT, *Les contrats de mariage dans la famille royale en France au 17 siecle*, Parigi, 1953, e la trattazione corredata da formulari di A. MICHAUX, *Traité pratique des contrats de mariage et des actes qui en sont la suite ou la conséquence: avec un grand choix de formules inédites*, Parigi, 1869.
[12] G. CORNU, *La réforme des regimes matrimoniaux*, 1, *Généralités. Le régime primaire impératif*, in *J.C.*, éd. G ; 1966, 1, 1968, n. 30-2; A. PONSARD, *Les régimes matrimoniaux,*

Il quadro odierno consta di un regime legale, che opera in assenza di adozione da parte dei coniugi di un *contrat de mariage*, e che ha pertanto carattere suppletivo, e di un regime convenzionale, nell'ambito del quale i coniugi sono liberi di costruire una disciplina a loro misura, ovvero fruire di "modelli" legislativamente predisposti – quali la *communauté conventionelle*, la *séparation de biens* e la *participation aux acquêts* – che possono comunque essere modificati dai coniugi laddove ritenuto opportuno.

I regimi convenzionali sono, per la libertà da cui sono percorsi, «*virtuellement en nombre indéfini*»[13]. Questo carattere, non sottrae gli stessi alla necessità di rispettare una serie nutrita di norme inderogabili, complessivamente indicate dalla dottrina tradizionale come *régime matrimonial primaire*[14] o *imperatif*[15] valevoli per tutti gli sposi e quale che sia il regime prescelto o costruito contrattualmente (art. 226).

Si tratta, in particolare, degli artt. 212-226, *Code civil*, concernenti i doveri dei coniugi tra loro e verso i figli, nonché l'obbligo di solidale contribuzione alla famiglia, da determinarsi sia in base alla capacità economica sia in termini di partecipazione in natura, intesa quale apporto alla cura e alla gestione della famiglia. Si tratta di norme da considerare imperative, quale che sia il regime prescelto e salvo che non siano espressamente derogabili in via contrattuale, come espressamente sancisce l'art. 226.

Entro questi limiti, discendenti dall'ordine pubblico sia generale sia familiare, il *contrat de mariage* riconosce ai coniugi un'ampia possibilità di disciplina dell'assetto patrimoniale della famiglia. Essi, ad esempio, potranno prevedere nel *contrat de mariage* un regime originale della loro separazione dei beni (*ex* art. 1536 *Code civil*), convenendo che ciascun coniuge resti proprietario degli immobili di cui era titolare prima del matrimonio e mantenga la proprietà esclusiva di quelli di cui diverrà tale successivamente; potranno stabilire che ciascuno dei coniugi risponda nei confronti dei terzi dei debiti che ha contratto

in Droit civil français, VIII, Parigi, 1973; J. PATARIN - G. MORIN, *La Réforme des régimes matrimoniaux. Étude de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965*, Parigi, 1977; G. CHAMPENOIS, *Les régimes conventionels (suite du commentaire de la loi du 1985*, Défrenois, 1986, 1105; J.-L. VIRFOLET, *Liberté, egalité…amour (à propos de la réforme des régimes matrimoniaux)*, in *JCP*, éd., G,1986, I, 3237; N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, 2004.

[13] A. LAMBOLEY - M.H. LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, Parigi, 2015, 133, da cui è tratta l'espressione virgolettata.

[14] Così G. MARTY - P. RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, IV, Parigi, 1986, 27; PH. MALAURIE - L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 2013, 25.

[15] G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 1997, 81; J. FLOUR - G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Parigi, 2001, 43.

in proprio e che i creditori non potranno rivalersi sull'altro coniuge; la libera gestione delle attività afferenti all'attività professionale. Questo strumento consente anche, entro certi limiti, di adottare previsioni che sarebbero nulle ove contenute in un contratto di diritto comune, quali il patto successorio a favore del coniuge (limitatamente ad alcuni particolari cespiti quali l'azienda agricola o commerciale), vietato dall'art. 1390 *Code civil*. Nel *contrat de mariage* possono anche essere incluse clausole a contenuto economico che riguardano rapporti di natura patrimoniale che non trovano causa nel matrimonio[16]. Quando ne ricorrano le condizioni, i coniugi possono scegliere la legge applicabile al regime matrimoniale; tornerò più avanti su questo profilo e sulla possibilità di introdurre per questa via, patti concernenti le condizioni di divorzio che siano ammissibili secondo la legge prescelta.

3. Il *contrat de mariage*

È, dunque, con riferimento al *contrat de mariage* e, segnatamente, alla disciplina del momento di cessazione del regime prescelto, destinato a incidere sulla ripartizione o liquidazione dei beni tra i coniugi, che si pone la questione della prevedibilità in tale sede anche delle condizioni cui addivenire, eventualmente, al *divorce* o alla *séparation de corps* e dei profili patrimoniali ed economici che essi pongono con riferimento, in particolare, ai profili elencati all'art. 255 *Code civil*[17].

I regimi matrimoniali, quale che sia la loro forma, sono destinati a sciogliersi, secondo la normativa vigente, con la morte di uno dei coniugi o con il divorzio, ma in nessun caso, e dunque nemmeno con il *contrat de mariage*, è possibile concordare d'anticipo le condizioni cui addivenire a quest'ultimo e, segnatamente, l'ammontare della *prestation compensatoire*.

La disciplina degli aspetti economici che traggono causa dal matrimonio, e che dunque sorgono al momento in cui sorge quest'ultimo – quali la *prestation compensatoire* e l'assegnazione della casa familiare – nel sopravvenire della fase patologica sono disciplinati dalla normativa che l'ordinamento detta per la cessazione del matrimonio (e dai provvedimenti che il giudice rende nel corso del procedimento contenzioso). La libertà dei coniugi di sistemare consensualmente i rapporti scaturenti dal divorzio ha avuto una svolta con la legge n. 2004-439 del 26 maggio 2004, la quale ha previsto la facoltà di

[16] A. LAMBOLEY - M.H. LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., 109.
[17] Per il testo della disposizione, *supra* nota n. 5.

concordare sulla rottura del vincolo matrimoniale e sugli effetti, sottoponendo l'accordo all'omologa del giudice. Si tratta di una prerogativa che la normativa successiva ha progressivamente irrobustito ed ampliato sino a pervenire ad una degiurisdizionalizzazione del procedimento in via di negoziazione assistita. Anche durante il procedimento giudiziale – caso nel quale la cessazione del regime matrimoniale è disciplinato dal giudice – è sempre possibile, come rilevato poco sopra, sottoporre all'omologa del giudice una convenzione che regoli tutte le conseguenze del divorzio, o parte di esse (art. 268 *Code civil*). In ogni caso, tuttavia, l'accordo dei coniugi sulle condizioni del divorzio (o della *séparation de corps*) deve essere *funzionalmente* legata al relativo procedimento, sia esso consensuale, negoziato o giurisdizionale contenzioso.

Può dirsi che la libertà riconosciuta ai coniugi nel disciplinare i profili economico-patrimoniali connessi alla vicenda matrimoniale, dal suo sorgere al suo termine, passa dalla soggezione alla normativa dei *regimes matrimoniaux* a quella del *divorce*, in una successione che scandisce, disciplina e controlla la volontà dei coniugi, entro un quadro di principi di ordine pubblico e anche di una più generale idea di equilibrio dei rapporti.

Può sembrare strano che se sussiste un'ampia libertà di personalizzazione del regime matrimoniale attraverso il *contrat de mariage* e un altrettanto ampia libertà di assettare consensualmente i rapporti patrimoniali in sede di *divorce* o di *séparation de corps*, sia negata la possibilità di disciplinare col primo anche la fase di dissoluzione del vincolo.

Si tratta di un profilo poco esplorato dalla dottrina francese e che la giurisprudenza dà per scontato, limitandosi a escludere lapidariamente la possibilità di accordi tra coniugi svincolati dall'istanza di divorzio: «*attendu qu'aucune procédure de divorce n'étant engagée, les époux ne pouvaient valablement transiger sur leur droit futur à une prestation compensatoire*», come reiteratamente ha affermato la *Cour de Cassation*[18].

La disciplina legislativa dell'estrinsecazione della volontà dei coniugi, mantiene distinto il momento dell'avvio e della perduranza del regime matrimoniale da quello concernente la fine del vincolo stesso, in probabile considerazione della diversa, ed anzi opposta, causa che soggiace alle rispettive manifestazioni di volontà.

---

[18] Cass., 21 marzo 1988, n. 86-16598; Cass., 10 maggio 1991, n. 90-11008; Cass., 3 febbraio 2004, n. 01-17094, possono leggersi in versione integrale al seguente indirizzo: https://www.legifrance.gouv.fr/rechExpJuriJudi.do?reprise=true&page=1.

Analoghi rilievi in A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, cit., 253 ed anche ivi, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, ivi.

Una parte della dottrina sottolinea che nel *contrat de mariage* (normalmente stipulato prima del matrimonio), in cui ricorrano clausole a carattere patrimoniale scaturenti direttamente dal matrimonio e clausole a questo estranee, solo quelle «*liées au mariage*» sono destinate a non acquistare efficacia se il matrimonio non è successivamente contratto, mentre le seconde, salvo patto contrario, «*semblent, en revanche, pouvoir conserver toute leur efficacité même si la célébration n'a pas lieu*»[19].

Allo stesso modo, il potere delle parti di concordare le condizioni di divorzio sorge unicamente in funzione del divorzio medesimo.

Si tratta, evidentemente, della ricorrenza della regola generale secondo la quale si può validamente disporre del diritto soltanto dopo la sua venuta ad esistenza, al fine di garantire un consenso compiuto e libero[20], in una materia, come quella della famiglia, in cui questa esigenza si pone con particolare acutezza. In quest'ottica, la necessità di un nuovo assetto dei rapporti patrimoniali tra i coniugi scaturente dalla fase patologia del matrimonio, richiede che la volontà sia manifestata nell'attualità delle condizioni di fatto e di diritto.

Il punto di equilibrio tra la fondamentale esigenza di avere una volontà compiutamente e consapevolmente formata e quella di consentire l'utilizzazione di uno strumento pattizio, è normalmente assicurato in materia di famiglia dalla regola di efficacia *rebus sic stantibus*, come bene è già stato espresso: «(…) qualsiasi accordo in materia, sia che venga stipulato contestualmente o successivamente alla sentenza di divorzio, sia che venga concluso precedentemente ad essa, deve ritenersi soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, ragion per cui può sostenersi che, se le condizioni patrimoniali delle parti dovessero mutare nel periodo di tempo intercorrente tra la stipula dell'accordo e la pronuncia di divorzio, non vi è ragione di escludere che ciascuno dei coniugi possa chiedere la revisione della determinazione convenzionale nell'ambito

[19] A. LAMBOLEY - M.H. LAURENS-LAMBOLEY, *Droit des régimes matrimoniaux*, cit., 109.

[20] Tra la sterminata letteratura sulla teoria della volontà contrattuale si ricorda: G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 4; N. LIPARI - P. RESCIGNO, *Il contratto in generale*, Roma, 485 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Roma, 2011, 181 e ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile: Il contratto*, Milano, 1978, 1 e ss.; J.-L. AUBERT - E. SAVAUX - CHAUVEL, voce "*Consentement*", in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Parigi, 1995; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Parigi, 2008, n. 126 ss.; J. FLOUR - J.L. AUBERT - E. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, v. I, Parigi, 2008; J. GHESTIN - G. LOISEAU - Y.M. SERINET, *La formation du contrat: le contrat, le consentement*, v. I, Parigi, 2013.

Il diritto delle obbligazioni è stato recentemente riformato in Francia con l'*Ordonnance* 2016-131 del 10 febbraio 2016 e con esso sono state riviste le disposizioni dedicate all'espressione del consenso: AA.VV., *Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016*, Parigi, 2016.

dello stesso procedimento di scioglimento del matrimonio»[21]. La soluzione potrebbe non essere dissimile in Francia e in Italia, dove il problema si pone in termini analoghi, ma certo la distanza che separa l'ordinamento d'Oltralpe dalle clausole prenuziali, appare più breve proprio grazie al *contrat de mariage*, istituto la cui duttilità ben potrebbe porgersi a soluzioni convenzionali ad efficacia condizionata all'immutare delle circostanze.

4. Gli strumenti indiretti: la circolazione della legge, delle decisioni e degli accordi contenenti patti prenuziali

La materia della famiglia costituisce uno dei settori maggiormente incisi dalla più recente legislazione europea che ha dato la luce, a fianco del Reg. 2201 del 2001 costituente la normativa "madre" del settore, il Reg. 1259 del 2010 (Roma III), relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (c.d. Roma III), i regolamenti n. 1103 e n. 1104 entrambi del 2016, questi ultimi di natura "doppia" e diretti, come tali, a disciplinare ad un tempo la competenza giurisdizionale, la legge applicabile e la circolazione delle decisioni, rispettivamente con riferimento al regime patrimoniale tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni civili registrate[22]. Il Reg. 1259 del 2010 ha, come noto, introdotto una serie di rilevanti novità, tra le quali spicca l'accresciuto ruolo della volontà delle parti cui è consentita la scelta della legge applicabile tra quelle indicate nell'art. 5, legge alla quale è riconosciuto carattere universale[23] (cioè l'applicabilità indipendentemente dalla circostanza che la legge richiamata appartenga o meno a uno Stato membro dell'Unione), previsto dall'articolo 4[24]. I due regolamenti

[21] A. STANZIONE, *Il diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2011, 293, cui appartiene l'espressione virgolettata.

[22] Entrambi i regolamenti da ultimo ricordati si applicano, ai sensi dei rispettivi artt. 70, a decorrere dal 29 gennaio 2019, tranne per alcune disposizioni dirette all'informazione dei cittadini già applicate dal 29 luglio del 2016 (gli artt. 65, 66 e 67), e applicabili dal 29 aprile 2018 (gli artt. 63 e 64).

[23] Le norme sul riconoscimento, per contro, non sono applicabili alle decisioni provenienti dagli stati terzi, come ha recentemente ricordato Corte giust., 20 dicembre 2017, C-372-16, che può leggersi: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=%2522ordine%2Bpubblico%2522&docid=198045&pageIndex=0&doclang=it&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=256525#ctx1, la quale ha ricordato che, tuttavia, il diritto dell'Unione europea può essere rilevante quando sia richiamato del diritto interno dello stato in cui si pone la questione del riconoscimento (punto 28 motivazione dove sono richiamati alcuni conformi).

[24] Il regolamento in questione si applica a decorrere dal 21 giugno 2012 ad eccezione dell'art. 17,

successivi hanno ripreso e significativamente ampliato le linee ispiratrici del primo, in particolare con riferimento all'accresciuto ambito dell'autonomia privata che opera sia relativamente alla legge applicabile al vincolo (sia esso il matrimonio o un'unione civile), compreso il regime patrimoniale e la fase di cessazione, sia nella scelta del foro competente, con qualche vincolo maggiore nei casi di coppie sposate in cui la proroga/deroga soffre della necessità di un coordinamento maggiore con le previsioni di cui al Reg. 2203 del 2001, come esprimono gli artt. 5 e 6 del Reg. 1103 del 2016.

Si tratta in ogni caso di prerogative destinate ad operare esclusivamente per le coppie in cui vi siano profili di estraneità o, comunque, circostanze che comportino un conflitto di leggi, come espressamente previsto dall'art. 1, par. 1, del regolamento.

Questi regolamenti, come ho accennato nel paragrafo di apertura del presente lavoro, costituiscono una vera e propria "porta di entrata" della disciplina straniera, anche per profili – tra i quali rientrano i patti prematrimoniali sulla crisi dell'unione – che potrebbero non essere direttamente regolati, o addirittura non consentiti nello Stato membro dell'esecuzione. Il "veicolo" è costituito dalla scelta di una legge straniera da applicare al vincolo, ovvero da una decisione di cui sia chiesto il riconoscimento o l'esecuzione, o ancora da un accordo

in applicazione dal 21 giugno 2011; per un quadro sulla genesi e sulle novità possono leggersi, P. HAMJE, *Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010 mettant en oevre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 2010, 294; M. REVILLARD, *Divorce des couples internationaux: choix de la loi applicable*, in *Répertoire Defrénois*, 5-2011, del 5 marzo 2011; M. HARDING, *The armonisation of private international law in Europe: taking the caracter out the family law?*, in *Journal of Private Internation Law*, 2011, 203; F. POCAR, *Brevi note sul le cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 301; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, 611, n. 32; P. FRANZINA, *The law applicable to Divorce and Legal separation under Regulation (UE) n. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos Der. Transnacional*, 2011, 90; R. CLERICI, *Il nuovo regolamento dell'Unione Europea sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Fam. e dir.*, 2011, 11, 1053.

Il regolamento in questione è stato oggetto anche di una lunga gestazione; per rilievi sul progetto si veda: O. LOPES PEGNA, *La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici*, in *Cuadernos Der Transnacional*, 2010, 126; A. BONOMI, *Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario*, in BARIATTI - RICCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova 2007, 91; B. NASCIMBENE, *La proposta di modifica del regolamento n. 2201 del 2003 nel quadro della libera circolazione delle persone*, in S.M. CARBONE - I. QUEIROLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2007, 207.

stragiudiziale che li contenga, formatisi in un paese Ue la cui legge consenta tali clausole.

I regolamenti ricordati paiono consentire questa conclusione. Data la sostanziale ricorrenza dei riferimenti che seguono in entrambi i regolamenti, farò riferimento al Reg. 1103, limitandomi a segnalare le eventuali diversità di contenuto. rispetto al Reg. 1104.

Il Reg. 1103 del 2016 offre, nel suo art. 3, n. 1, lett. a), una nozione della locuzione «regime patrimoniale tra coniugi» che include «l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento»; anche la locuzione «convenzione matrimoniale» è da intendersi ampia e comprensiva di «qualsiasi accordo tra i coniugi o i nubendi con il quale essi organizzano il loro regime patrimoniale» (art. 3, n. 1, lett. b); analogamente, *mutatis mutandis*, articola il Reg. 1104 con riferimento alla nozione di «effetti patrimoniali di un'unione registrata» e di «convenzione tra *partner*» (art. 3, n. 1, lett. a) e lett. b)).

L'ampiezza delle definizioni ricordate non contiene indicazioni che inducano a escludere dal loro novero i patti prenuziali e, del resto, la disciplina dei profili patrimoniali del vincolo e del suo scioglimento, pare trattare questi due momenti come fenomeno unitario.

Questa interpretazione, porta dal tenore letterale delle disposizioni ricordate, trova conferma anche nell'ampiezza dei riferimenti che i considerando riservano alla delimitazione dell'espressione «regime patrimoniale tra coniugi» (praticamente dal 18° al 54°, sia pure con diversa incisività).

Il 18° considerando precisa che «È opportuno che l'ambito di applicazione del presente regolamento comprenda tutti gli aspetti di diritto civile dei regimi patrimoniali tra coniugi, riguardanti tanto la gestione quotidiana dei beni dei coniugi quanto la liquidazione del regime patrimoniale, in particolare in seguito a separazione personale o morte di un coniuge», sottolineando pure la necessità di interpretare «autonomamente» rispetto alle discipline interne degli Stati dell'UE, il lemma in discussione e in modo tale da comprendervi «non soltanto le norme alle quali i coniugi non possono derogare ma anche le norme facoltative eventualmente concordate (…) in conformità della legge applicabile. Esso comprende non soltanto il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in caso di matrimonio, ma anche tutti i rapporti patrimoniali, tra i coniugi o rispetto a terzi, che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo».

La consueta soglia è costituita dall'ordine pubblico che permane (benché la sua elisione tra i motivi ostativi alla circolazione fosse divenuta, per un certo

periodo, una sorta di *totem* dell'integrazione entro lo spazio UE[25]), sia quale limite all'applicazione della legge prescelta dinanzi al foro (così l'art. 31 del Reg. 1103 del 2016 e l'art. 12 del Reg. 1259 del 2010), sia quale motivo ostativo alla circolazione di una decisione o di un atto pubblico (artt. 37 dei regolamenti gemelli 1103 e 1104 e art. 59).

Il 7° considerando evoca l'ordine pubblico nel suo tradizionale ruolo di meccanismo di regolazione dell'osmosi tra leggi di paesi diversi, ma il 54° considerando (del Reg. 1103, corrispondente al 53° considerando del Reg. 1104), ne delimita incisivamente l'operare. Esso precisa come «determinate disposizioni di una legge straniera» possano essere disattese soltanto in «circostanze eccezionali», per «ragioni di interesse pubblico» e con riferimento a «una precisa fattispecie», escludendo la possibilità di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico qualora ciò implicasse la violazione della diritti CEDU e in particolare il principio di non discriminazione[26].

[25] Nella discussione che ha preceduto l'approvazione del Reg. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale e la circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale, il ruolo dell'ordine pubblico aveva assunto un rilievo di prima grandezza; il progetto originario del regolamento aveva recepito questa esigenza e riscosso l'attenzione di numerosi studiosi. Si segnala: C. KESSEDJIAN, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, 1 ss.; A. DICKINSON, *The proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, scaricabile all'indirizzo http://ssrn.com/abstract=1930712; H. GAUDEMET-TALLON, *La refonte du Règlement Bruxelles I*, in DOUCHY - OUDOT - GUINCHARD (diretto da), *La justice civile européenne en marche*, Paris, 2012, 21 ss.; AA.VV., in POCAR (a cura di), *Recasting Brussel I*, Milano, 2012; M.A. LUPOI, *La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001: le norme sulla giurisdizione*, scaricabile all'indirizzo http://www.academia.edu/1568434/, nonché, per una ricostruzione dell'elaborazione del regolamento in questione, dalla proposta alla versione definitiva, il mio *Recasting Brussels I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 677 ss.

[26] Il tenore letterale del considerando è il seguente: «In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico le autorità giurisdizionali e altre autorità degli Stati membri competenti in materia di regime patrimoniale tra coniugi dovrebbero altresì poter disattendere determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, alle autorità giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disattendere la legge di un altro Stato ovvero per rifiutare di riconoscere – o, se del caso, accettare – o eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziaria emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta»), in particolare del suo articolo 21 sul principio di non discriminazione».

L'indicazione offerta dal considerando circa la necessità di un'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico, costituisce una costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia formatasi con riferimento ai motivi ostativi alla circolazione delle decisioni in base al

Le decisioni rese e gli accordi che contengano patti diretti a disciplinare l'eventuale fase della crisi del legame anche prima del suo verificarsi paiono, dunque, suscettibili di circolare nello spazio Ue, alle condizioni fissate dagli agli artt. 58 ss. dei regolamenti 1103 e 1104 del 2016, e all'art. 48 del Reg. 2201 del 2003; convenzioni con lo stesso oggetto potranno anche essere stipulate in Francia richiamando la legge straniera che le disciplina, nei termini in cui i regolamenti ricordati, tra i quali il Reg. n. 1259 del 2010, lo consentano.
È facile prevedere che la circolazione di questa disciplina possa porre delicate questioni di ordine pubblico, più sostanziale che processuale, non soltanto sul versante dei patti prematrimoniali. La Francia ha già acceso l'attenzione su queste problematiche all'indomani del caso *Radmacher v Granatino*[27], cernendo le potenzialità offerte dal Reg. Roma III[28].

---

sistema Bruxelles I; si ricordano tra le molte: Corte giust., 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bambersky*, *Racc*., 2000, I, 1995; punto 23; *Renault*, cit., punto 28, e *Apostolides*, cit., punto 57; C. giust., 4 febbraio 1988, C- 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, in *Foro it*., 1988, IV, 321; C. giust., 2 giugno 1994, C-414/92, *Solo Kleinmoteren*, cit.; 13 luglio 1995, C-474/93, *Hengst Import*, cit.; 10 ottobre 1996, C-78/95, *Hendrikman et Feyen c. Magenta Druck & Verlag*, *Racc*., 1996, I, 4943; 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, cit.; 11 maggio 2000, C-38/98, *Renault c. Maxicar*, *Racc*., 2000, I, 2973; Corte giust., 11 giugno 1985, 49/84, *Debaeker e Plouvier c. Bouwman*, Racc., 1985, 1779.

Sul ruolo dell'ordine pubblico processuale quale elemento di raccordo tra i principi CEDU e quelli formativi dell'equo processo, N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 77 ss.; ed ancora si v. sul tema: N. BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale comunitario ed "europeo"*, in DE CESARI - FRIGESSI - DI RATTALMA (a cura di), *La tutela transnazionale del credito*, Torino 2007, 163 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo", Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, II, Padova, 2009, 893 ss. cit., 893 ss.; C. SILVESTRI, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea*, Bologna, 2011, 243 ss.; Il foro lavoristico nell'Unione europea, Napoli, 2016, 15; A. HUET, *Osservazioni*, in *Journal du droit international*, 1989, 101; J. NORMAND, *Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieure de l'Union Européenne et les respect de droits de la défence, Mèlanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, 1996, 337; G. ROUHETTE, *Sur l'harmonisation du droit du procès civil au sein de l'Union Européenne*, in *Justice*, 1995, 2, 365. Per un *excursus* dei principi derivanti dall'art. 6 CEDU e la loro ricaduta sulla nozione di ordine pubblico ai sensi dell'art. 34, n. 1 Reg. 44/01, E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 143 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., 413 ss. in particolare 421; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Milano, 2015, 345 ss.

[27] *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42, ivi A. FUSARO, *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*.

[28] Al tema è stato dedicato un convegno presso La Maison du Barreau a Parigi, 6 marzo 2015, *Les prenuptial agreement et les contrats de mariage: une perspective franco-anglaise*, in *Droit de la famille*, 2015, 5,.

La questione non si pone diversamente dagli altri Paesi dell'UE, ma poiché il concetto di ordine pubblico ostativo alla circolazione è una nozione di diritto interno, rileva che in questo Paese sia adottata un'interpretazione di ordine pubblico sostanziale meno restrittiva quando si tratti di consentire l'accesso nell'ordinamento di una convenzione o di una decisione giurisdizionale formatasi all'estero, rispetto al consentirne il nascere dentro l'ordinamento[29]: così, ad esempio, mentre un matrimonio poligamico celebrato all'estero può essere riconosciuto, la sua celebrazione in Francia non sarebbe ammessa, come pure il ripudio unilaterale, considerato contrario a principi di eguaglianza[30].

5. [Segue] La manipolazione della condizione contrattuale: la *Tontine*

All'interno della coppia, l'ottenimento di risultati economici non direttamente consentiti dalla legge, è stata perseguita in Francia con una originale manipolazione delle modalità di godimento e dell'atteggiarsi temporale del diritto di proprietà, offerta dalla clausola nota all'ordinamento francese come "*Tontine*"[31].

Essa deve il suo nome al banchiere napoletano Lorenzo Tonti che nel XVII° secolo ne ideò il meccanismo al fine facilitare la collocazione dei titoli di Stato[32]: si tratta di un accordo aleatorio secondo il quale più persone mettono in comune beni o capitali con l'intesa che essi apparterranno interamente all'ultimo sopravvissuto[33].

[29] L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2016, 630.

[30] Sovente la violazione dell'ordine pubblico per violazione del principio di eguaglianza costituisce motivo di non riconoscimento delle decisioni provenienti da paesi extracomunitari; si v., ad esempio, Ap. Douai, 14 aprile 2011, n. 10/07690; Ap. Lyon, 27 febbraio 2012, n. 11/00282, in https://www.legifrance.gouv.fr, bases des données.

[31] Si indica quale bibliografia essenziale : M. COZIAN, *La clause tontinière*, in *Droit & patrimoine*, 1994, 20, 22 et ss.; J.G. RAFFRAY, *Tontine et contrat de société*, in *JCP* ed. G, 1988, n. 13, 3327; B. ABRY, *Tontine et mariage*, in *JCP* ed. N, 1992, *Pratique* n. 2185 ; J. MAZEAUD, *Les clauses d'accroissement ou de réversion et la jurisprudence de la Cour de cassation*, Ré Defrénois, 1961, 28080; J.F. PILLEBOUT, *A propos de la tontine et de la réversion*, in *JCP* ed. N, 1979, I, 333, spéc. n. 7.

[32] Così ricordano M. PLANIOL e G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Parigi, 1954, t. XI, n° 1250.

[33] La *Tontine* apre al più ampio e generale problema circa l'opportunità di ripensare bipartizione tra diritti reali e diritti di credito, conosciuta in Francia grazie al *Traité élémentaire de droit civil* di M. PLANIOL, (*Traité élémentaire de droit civil*, Parigi, 1897 (prima edizione) che l'aveva enunciata muovendo dalla definizione di diritto reale elaborata da Aubry e Rau: «*il y a droi réel losqu'une chose se trouve soumise, complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne*

Nel corso del tempo, la convenzione ha trovato utilizzazione in Francia sia in materia assicurativa, dove il meccanismo è espressamente considerato a livello legislativo[34], sia nel settore societario[35], sia in ambito civilistico, in cui è la prassi – e segnatamente la giurisprudenza di merito e di legittimità – ad averne offerto definizione e disciplina, almeno nei suoi profili essenziali e caratterizzanti.

In materia civilistica il *pacte de tontine* si riscontra più frequentemente nei contratti di compravendita immobiliare: il bene è acquistato da due o più soggetti, i quali hanno la facoltà di goderne pienamente in concorrenza tra loro; il concorrente superstite diverrà pieno ed esclusivo proprietario del bene con effetto retroattivo, sin dalla data dell'atto di acquisto.

La clausola tipo ricorre nei contratti immobiliari sotto il titolo «*propriété-jouissance*», tra le disposizioni contrattuali destinate a disciplinare il trasferimento della proprietà e del possesso: «*Rapport entre les acquéreurs: il est convenu qu'ils jouiront en commune pendent leur vie durant de ce bien. A titre de clause aléatoire, il est convenu entre eux que le premier mourant sera considéré comme n'ayant jamais eu le droit de propriété sur ce bien. La propriété appartiendra, en totalité, au survivant d'entre eux et elle sera réputée avoir toujours, reposé sur ce survivant et ce, sous les même conditions que celles définies ci-dessus sous le paragraphe "propriété-jouissance". En conséquence aucun d'entre eux ne pourra disposer de ce bien sans le concours et le consentement exprès de l'autre*».

en vertu d'un rapport immediat, opposable à toute autre personne» (CH.A. AUBRY - F.CH. RAU, *Droit civil français*, t. II, Parigi, 1984 (settima edizione), par. 172, 72. La prima edizione di questo classico, tradotto anche in italiano sin dal 1900, risale al 1838. Si tratta di una riflessione sollecitata Già alla fine del 1800 l'autorevole voce di F. GENY, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif: essai critique*, I, Paris, 1919, 138 ss.

[34] V., ad esempio, il Code des Assurance che ne prevede il funzionamento all'art. R322-139: «*Les sociétés à forme tontinière mentionnées à l'article L. 322-26-4 réunissent leurs adhérents en groupes distincts dénommés associations et répartissent, à l'expiration de chacune de ces associations, les fonds provenant de la capitalisation en commun de leurs cotisations, déduction faite de la partie affectée aux frais de gestion et d'acquisition statutaires, entre les survivants des associations en cas de vie ou entre les ayants droit des décédés des associations en cas de décès, en tenant compte de l'âge des adhérents et de leurs versements./ Les sociétés régies par la présente section doivent faire figurer à la suite de leur dénomination, dans leurs statuts, contrats ou titres émis par elles et autres documents de toute nature destinés à être distribués au public ou publiés, la mention ci-après en caractères uniformes: société à forme tontinière*».

[35] Il patto di *Tontine* lo si ritrova sovente negli statuti societari (in particolare delle società immobiliari e spesso a composizione familiare) con riferimento all'accrescimento dei diritti sociali dei superstiti in caso di morte di un socio, poiché tale meccanismo consente di far beneficiare a tale trasferimento (che nella sostanza è a causa di morte) del trattamento fiscale, particolarmente favorevole, previsto per la cessione delle quote societarie.

La Corte d'appello di Montpellier l'ha recentemente così descritta: «In diritto, una clausola di accrescimento detta «patto di *tontine*» non determina la comproprietà dei contraenti ma conferisce a ciascuno un diritto di proprietà pieno ed intero sull'immobile, sotto condizione sospensiva della sopravvivenza di uno e condizione risolutiva di premorte dell'altro. In altri termini, al momento del decesso del premoriente, il sopravvivente è considerato retroattivamente l'unico proprietario del bene dal momento dell'acquisto; correlativamente, il premorto è considerato non aver mai avuto la proprietà»[36].

La *tontine* è, dunque, una «clausola d'accrescimento», conclusa a titolo oneroso, di natura aleatoria[37] e priva del carattere di liberalità[38], la quale non determina una comproprietà, ma una concorrenza dei diritti dei contraenti per l'intero e che funziona in stretta connessione con la retroattività delle condizioni sospensive e risolutive di cui il diritto è oggetto.

Le indicazioni giurisprudenziali in tal senso sono chiare e consolidate perlomeno dal 1959, anno a cui risale la prima pronuncia di legittimità in materia[39].

La *tontine* ha tratto nuova vitalità negli anni più recenti, in particolare prima

[36] Appel Montpellier, 3 maggio 2012, repertorio generale n. 11/00002, si può leggere su *www.legifrance.gouv.fr.* La traduzione riportata nel testo è mia; il passo in lingua originale è il seguente: «*En droit, une clause d'accroissement dite "pacte de tontine" ne crée pas d'indivision entre les cocontractants mais confère à chacun un droit de propriété plein et entier sur l'immeuble, sous condition suspensive de survie de l'un et condition résolutoire de prédécès de l'autre. En d'autres termes, lors du décès du prémourant, le survivant est réputé rétroactivement seul propriétaire du bien depuis l'achat ; corrélativement, le prémourant est réputé n'en avoir jamais eu la propriété*». La pronuncia riprende le indicazioni di Cass. 9 novembre 2011, n. 10-21710, si può leggere su *www.legifrance.gouv.fr.* Essa dispone: «*Mais attendu que la clause d'accroissement est exclusive de l'indivision dès lors qu'il n'y aura jamais eu qu'un seul titulaire du droit de propriété et que, tant que la condition du prédécès de l'une des parties n'est pas réalisée, celles-ci n'ont que des droits concurrents, tel le droit de jouir indivisément du bien (…)*» («Considerato che la clausola di accrescimento esclude la comproprietà dal momento che non ci sarà stato che un solo titolare del diritto di proprietà e che, sin tanto che la condizione di premorte di una delle parti non si è realizzata, queste non ha che diritti concorrenti, quale il diritto di godere del bene indiviso (…)», con la conseguenza che il coniuge separato che gode del bene in maniera esclusiva, deve pagare un'indennità di occupazione all'altro *tontinier*.

[37] Sull'assenza di sinallagmaticità e sulla natura aleatoria del patto in questione v. da ultimo Cass., 5 dicembre 2012, n. 11-24448, si può leggere su *www.legifrance.gouv.fr.*

[38] Cass., 14 dicembre 2004, n. 02-11088, disponibile sul sito *www.legifrance.gouv.fr.*, nella quale la *Cour de Cassation* riforma la pronuncia d'appello che aveva considerato la *tontine* una donazione indiretta poiché nella stessa clausola si dava atto dell'assenza di fondi da parte di un *tontinier*.

[39] Cass., 3 febbraio 1959, Dalloz, 1960, 592 con nota di LA MARNIERRE, la quale dispone che : «*à chaque contractant la chance de devenir propriétaire du bien acquis contre le risque correspondant de ne le devenir jamais*».

dei Pacs (*Pacs civils de solidarité*), per offrire tutela a *les oubliés du Code*, cioè a coloro che non trovavano protezione nel diritto scritto. Anche nell'attualità, tuttavia, per chi non possa o non voglia accedere ai Pacs, come pure per garantire l'attribuzione di un certo bene a un certo *partner*, il meccanismo della *tontine* può costituire la via per assicurare la titolarità della piena proprietà e il pieno godimento del bene che ne costituisce l'oggetto, al superstite della coppia: è in questa ottica che si può intravedere un utilizzo della clausola in questione anche in ambito prematrimoniale e al fine di assicurare la proprietà di un bene, in caso di sopravvivenza di uno dei due coniugi, quale che sia il regime matrimoniale prescelto e la durata o meno del vincolo.

Essa consente sovente di aggirare le disposizioni di riserva e il divieto del patto successorio ricorrenti anche nel diritto francese, le quali sono ritenute non violate in virtù della retroattività della clausola che, pur considerata una finzione giuridica, rende il sopravvivente proprietario *ab initio*.

Il legislatore francese si è occupato della clausola d'accrescimento sotto il profilo fiscale, dedicandole una previsione specifica all'art. 754 A del *Code général des impôts* (come modificato dalla l. n. 2009-1673 del 30 dicembre 2009 – art. 33)[40]. Il tenore della disposizione è tale da considerare i beni oggetto della *tontine* come trasferiti a titolo gratuito dettando, con ciò, un trattamento assai differente da quello civilistico dove, come si è detto poco sopra, la clausola di accrescimento conferisce a ciascuno dei co-acquirenti la proprietà ed il godimento dell'intero sino al verificarsi della doppia condizione sospensiva e risolutiva, momento in cui chi resta diviene proprietario sin dalla data dell'acquisizione stessa.

Benché questa clausola particolare sia praticamente ignorata dalla dottrina, la maggioranza degli autori che se ne sono occupati ne sostengono la nullità quando uno soltanto od entrambi gli acquirenti siano coniugati in regime di comunione legale dei beni[41]. Tale rilievo si fonda sulla considerazione che il meccanismo della *tontine* sarebbe in grado di derogare al regime della comunione legale

---

[40] L'art. 754 A CGI dispone: «*Les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement./ Cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76 000 €, sauf si le bénéficiaire opte pour l'application des droits de mutation par décè*». L'art. 796-0-*bis*, Code *général des impôts*, sancisce che il coniuge superstite, come il superstite di una coppia legata da Pacs, sia esente dal pagamento delle imposte di successione.

[41] CH.A. Aubry, Tontine et mariage, cit., n. 2; H. MAZEAUD, *Les clauses d'accroissement*, cit., in part. n. 21; J.F. PILLEBOUT, *A propos de la tontine et de la réversion*, cit., 333, spec. n. 7.

consentendo ai coniugi di sottrarre alla stessa un bene che invece sarebbe destinato a cadervi. In altre parole, il bene acquistato a titolo oneroso nel corso del matrimonio e che sarebbe entrato nella comunione dei beni ai sensi dell'art. 1401, *Code civil*, in virtù della *réversion* (cioè della riconduzione del bene nel patrimonio) che attua la clausola, è invece destinato ad appartenere in proprietà esclusiva al coniuge superstite[42]. Questi argomenti non paiono offrire risposta esauriente a chi osserva che il regime della comunione legale risponde a una finalità protettiva dei coniugi, che nel meccanismo di accrescimento proprio della *tontine* trova ulteriore rafforzamento in favore del consorte superstite. Sotto quest'ultimo aspetto è stato rilevato come il fine perseguito da questo genere di previsioni sia da considerarsi inquadrabile tra «*les avantages matrimoniaux*»[43], cioè nell'ambito di quei "benefici" che possono essere previsti tra coniugi nel quadro del loro regime matrimoniale e che si può presumere anche in grado di sopravvivere alla fine dello stesso in caso di divorzio e sino al verificarsi dell'evento condizionante. Secondo questo orientamento tali vantaggi costituiscono un correttivo al regime matrimoniale *quale che sia*, poiché la loro finalità è quella della protezione del congiunto[44].

Il punto di equilibrio tra la possibilità offerta dalla clausola *tontinien* e la

[42] Il medesimo orientamento offre anche un argomento di critica più formalistico, ritenendo che siffatta clausola violi il principio dell'immutabilità del regime matrimoniale in difetto dei requisiti formali stabiliti dall'art. 1396, *Code civil* che nel testo in vigore dal gennaio 2007, recita: «*Les changements qui seraient apportés aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage doivent être constatés par un acte passé dans les mêmes formes. Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultanés de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage, ou de leurs mandataires. Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre./ Le mariage célébré, il ne peut être apporté de changement au régime matrimonial que par l'effet d'un jugement à la demande de l'un des époux dans le cas de la séparation de biens ou des autres mesures judiciaires de protection ou par l'effet d'un acte notarié, le cas échéant homologué, dans le cas de l'article suivant*».

[43] Tali *avantages*, previsti dall'art. 1527, *Code Civil*, sono peculiari alla comunione convenzionale dei beni, nell'ambito della quale è consentita una limitata possibilità di personalizzazione del regime, ferme restando talune disposizioni (art. 1497, *Code Civil*), analogamente a quanto prevede l'art. 210 del nostro codice civile. Il secondo comma dell'art. 1527, c.c., pone quale unica limitazione a tali patti, la circostanza che essi ledano gli interessi di figli che non siano di entrambi i coniugi.
Sul tema: N. PETRANI-MAUDIERE, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, Limoges, 2004, 181.

[44] N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin du principe de l'immutabilité*, Pulim, 2004, 184 ; così anche J. PATARIN nelle *Osservazioni a TGI Paris*, 17 settembre 1990, *Rev. trim. droit civ.*, 1992, 619.

necessità di rispettare le norme inderogabili dettate in materia di diritto di famiglia (successione, matrimonio e divorzio in particolare), pare, in definitiva, risiedere nella *entità* del valore del bene oggetto della clausola: un valore rilevante dovrebbe essere considerato una liberalità ed assoggettato al relativo regime, mentre una *tontine* "non eccessiva" dovrebbe essere considerata come in linea con la disciplina inderogabile[45].

[45] N. PETRONI-MAUDIERE, *Le déclin du principe de l'immutabilité*, cit., 188.
La questione della validità della clausola non si pone se l'acquisto del bene in regime *tontinien* è effettuato con denari personali dei coniugi poiché tale circostanza sottrae in Francia, analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento, il bene alla comunione legale. Non si rinvengono indicazioni giurisprudenziali specifiche sulla validità della clausola di accrescimento in caso di regime di comunione legale poiché, sovente, nella parte motiva delle sentenze non sono offerte indicazioni circa il regime patrimoniale dei coniugi, elemento che, di per sé, milita in favore dell'irrilevanza nell'ottica giudiziale di tale circostanza. L'unica sentenza che lambisce il tema è l'ormai risalente pronuncia della *Cour de Cassation* dell'11 gennaio 1983, n. 81-16307, può leggersi disponibile sul sito *www.legifrance.gouv.fr. bases de données*.

Note per una disciplina positiva degli accordi prematrimoniali

Enrico M. Sironi
Notaio in Gallarate
Consigliere nazionale del Notariato

Dopo aver brevemente ricordato la recente evoluzione normativa del diritto di famiglia, l'autore, nell'ottica di una disciplina positiva degli accordi prematrimoniali, evidenzia la centralità del requisito della lealtà dei contraenti, individua l'opportunità di deroghe alla disciplina generale dei contratti, suggerisce di evitare disposizioni relative ai figli e sottolinea le ragioni dell'affidamento al notaio della competenza per la redazione dell'atto.

After briefly remembering the recent evolution of family laws, the author, in view of a positive regulation of prenuptial agreements, highlights the centrality of the requirement of loyalty of contractors, identifies the possibility of derogations from the general rules of contracts, suggests avoiding provisions relating to children and emphasizes the reasons for the assignment to the notary of the competence for drafting the act.

Se, quarant'anni fa, la riforma del diritto di famiglia ha registrato il passaggio dalla famiglia patriarcale a quella basata sul rapporto paritario tra i due coniugi (uniformando il diritto privato ai principi di uguaglianza e parità affermati dagli articoli 2 e 29 della Carta Costituzionale), è sotto gli occhi di tutti come la realtà sociale evidenzi il mutamento dei costumi familiari, talché siamo ormai in presenza di una multiformità di legami affettivi e, spesso, assistiamo allo stratificarsi di una pluralità di relazioni parentali nel corso della vita della persona.
Di ciò ha preso atto il legislatore, provvedendo ad aggiornare in diversi segmenti la disciplina legale della famiglia; in particolare, introducendo il principio dell'affidamento condiviso dei figli anche in caso di separazione (legge 8 febbraio 2006, n. 54), parificando i diritti dei figli, indipendentemente dall'esistenza di un vincolo coniugale tra i genitori (legge 10 dicembre 2012, n. 219 e decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154), modificando la disciplina

dell'adozione mediante il riconoscimento del diritto alla continuità affettiva dei minori in affido familiare (legge 19 dicembre 2015, n. 173) e provvedendo alla regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso ed alla disciplina delle convivenze (legge 20 maggio 2016, n. 76).

Ancora, negli ultimissimi anni l'ordinamento si è mosso nel senso della privatizzazione del diritto di famiglia mediante il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (convertito dalla legge 6 novembre 2014, n. 162), i cui articoli 6 e 12 consentono la conclusione di accordi di separazione e divorzio extra-giudiziali (attraverso le "convenzioni di negoziazione assistita" o, in assenza di figli minori, mediante accordo concluso avanti il Sindaco quale ufficiale di stato civile), provvedendo altresì a ridurre ad un anno (in caso di separazione giudiziale) ed a 6 mesi (in caso di separazione consensuale) il periodo che deve trascorrere tra la separazione e la richiesta di divorzio (legge 6 maggio 2015, n. 55).

Si può, sinteticamente, affermare che l'ordinamento abbia assecondato i fenomeni sociali che stanno rimodellando la "famiglia" quale strumento sempre più duttile nella disponibilità dei suoi componenti, e lo ha fatto provvedendo ad "ammorbidire" la disciplina e riconoscendo ai coniugi crescenti margini di autonomia negoziale.

Se questo è lo scenario, appare evidente come il riconoscimento ai (futuri) coniugi della facoltà di gestire anticipatamente e consensualmente i propri rapporti patrimoniali e personali in relazione ad un'eventuale crisi del matrimonio sia il prossimo passo: difatti già nella XVII legislatura la Camera dei Deputati ha iniziato la discussione di un disegno di legge in materia (AC 2669, a firma degli onorevoli Morani e D'Alessandro), sul quale il CNN ha espresso le proprie considerazioni nell'audizione parlamentare tenutasi in data 28 giugno 2017 (i cui contenuti saranno in parte ripresi in queste note).

Del resto è ben noto, in ottica comparatistica, come la legittimità dei patti prematrimoniali sia riconosciuta e consolidata in numerosi ordinamenti, anche appartenenti all'UE (Germania e Francia, per esempio).

Intento delle presenti note è, dunque, quello di formulare alcune indicazioni/proposte, utili per una disciplina positiva degli accordi prematrimoniali.

Partendo dal contenuto dell'accordo, va sottolineato come l'esperienza comparatistica segnala quale contenuto tipico la definizione dei rapporti patrimoniali conseguenti all'eventuale separazione o divorzio. In proposito, merita riflessione l'eventuale incidenza sul tema della recente sentenza n. 11504/2017 della Corte di Cassazione in materia di assegno divorzile, la quale ne ha circoscritto la misura alle esigenze di mantenimento (anziché all'opportunità di conservare all'ex coniuge il precedente tenore di vita). Tale

orientamento induce a valorizzare ulteriormente l'accordo prematrimoniale quale strumento di tutela (preventiva) per il coniuge "debole", il quale avrà modo di precostituire contrattualmente ragionevoli garanzie economiche per l'eventuale futura separazione o divorzio, ulteriori rispetto alla mera assistenza, stabilendo l'entità dell'assegno di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare, nonché l'eventuale attribuzione di beni preesistenti il matrimonio o i criteri per dividere quelli acquisiti durante il matrimonio.

Ciò pone, peraltro, l'esigenza di assicurare la lealtà dei nubendi ed il diritto di "informazione" rispetto alle reciproche situazioni economico-patrimoniali (e ciò anche in ottica prospettica: si pensi al caso in cui uno dei nubendi abbia una ragionevole aspettativa di ereditare ingenti patrimoni): nell'ottica della buona fede contrattuale può, forse, essere valutata l'opportunità di collegare l'inefficacia dell'accordo all'eventuale infedele dichiarazione della propria situazione patrimoniale.

Non sembra dubitabile l'opportunità di prevedere che nell'ambito dell'accordo prematrimoniale le parti non solo possano pattuire il trasferimento di determinati beni quale conseguenza della separazione o del divorzio, ma anche che possano porre in essere (immediatamente) una determinata attribuzione patrimoniale a favore dell'altro contraente l'accordo. In proposito, appare preferibile escludere che dette attribuzioni patrimoniali (immediate o promesse) abbiano carattere corrispettivo, pena l'accettazione di una nozione mercantile del matrimonio, così come si deve escludere la causa liberale (sia perché appare poco coerente, sia perché ciò escluderebbe la vincolatività di qualsiasi promessa di trasferimento); potremo finalmente riconoscere l'esistenza dei negozi "*causa familiae*"? Non è, evidentemente, una questione meramente dogmantica, bensì di disciplina. Sembrerebbe, infatti, opportuno evitare (e quindi, varrebbe la pena che ciò fosse positivamente disciplinato) che le attribuzioni effettuate o promesse nell'ambito dell'accordo prematrimoniale siano soggette alla disciplina della revocazione delle donazioni per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, ovvero a quelle sulla riduzione delle donazioni.

Maggiori riflessioni chiede, invece, in relazione al rischio dell'abuso, la valutazione circa l'applicabilità a dette attribuzioni patrimoniali della disciplina di tutela dei creditori prevista dall'art. 2929-*bis* c.c.

Si ritiene opportuno che la norma precisi come le attribuzioni patrimoniali concordate possano riguardare anche attribuzioni di somme una tantum o periodiche, ed anche stabilire un termine delle stesse.

Ovviamente, sarebbe coerente con la logica dell'istituto prevedere l'inefficacia delle attribuzioni patrimoniali effettuate tra i futuri coniugi nell'ambito dell'accordo prematrimoniale, finché non segua il matrimonio.

Ancora, gli accordi prematrimoniali, in quanto accordi negoziali di tipo programmatico con contenuto patrimoniale, non possono che essere soggetti alla disciplina generale del contratto, salvo deroghe espresse. Appare opportuno, in quest'ottica, escludere la risoluzione degli accordi per eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni promesse da una delle parti, imponendo semmai un criterio di correzione automatica secondo equità del valore delle attribuzioni patrimoniali: è evidente, infatti, che la possibilità di chiedere la risoluzione dell'accordo rischia di escluderne alla radice l'appetibilità per i futuri coniugi.

L'evoluzione della figura socialmente tipica di famiglia, cui si è accennato sopra, costituisce un'ulteriore ragione per un almeno parziale superamento del divieto dei patti successori (ammettendo quanto meno il patto successorio rinunciativo, già conosciuto nel diritto tedesco, svizzero, francese ed austriaco), così come per affrontare il nodo dell'intangibilità qualitativa della legittima, che potrebbe essere riqualificata quale diritto di credito, che può essere soddisfatto con qualsiasi bene, anche non ereditario.

Va sottolineato, infatti, come la rinuncia preventiva ai diritti ereditari su singoli beni specificamente determinati possa essere particolarmente utile a risolvere situazioni di criticità, che spesso si presentano, determinando problemi anche nelle relazioni personali, in occasione del matrimonio di chi abbia già figli nati da precedenti relazioni (matrimoniali o meno).

Quanto mai opportuna, quindi, appare la possibilità per i nubendi di stabilire una riduzione della quota di riserva spettante al coniuge, o di pattuire che la quota di legittima riservata al coniuge possa essere convertita in un diritto di credito, nonché consentire la rinuncia (preventiva) all'azione di riduzione ed all'azione di restituzione rispetto a singoli determinati beni (dei quali il titolare abbia già fatto donazione o dei quali voglia conservare libertà di disporre a favore di altri soggetti).

È principio generale in materia di convenzioni matrimoniali quello della loro modificabilità. Occorre, peraltro, porre attenzione ad evitare il rischio di possibili strumentalizzazioni (o abusi) dell'istituto, come potrebbe avvenire in caso di sottoscrizione o modifica dell'accordo conclusa quando uno dei coniugi stia già maturando l'intento di separarsi. Ciò suggerisce di prevedere un congruo periodo di inefficacia della modifica o dell'accordo stipulato dopo il matrimonio, per prevenire il rischio di favorire finalità elusive e mantenere distinto l'istituto dalle ipotesi di separazione "negoziata", per le quali l'ordinamento appronta una serie di cautele e garanzie a tutela del coniuge debole.

Questione delicata è quella relativa al possibile recepimento nell'ambito degli accordi prematrimoniali di disposizioni relative ai figli minori (o comunque economicamente non autosufficienti). Le disposizioni richiamate all'inizio del

presente scritto, di recente introduzione, che hanno previsto ed incentivato la soluzione extragiudiziale delle questioni legate alla separazione personale e/o al divorzio, in presenza di figli minori (o non economicamente autosufficienti) sono precluse (quanto alla richiesta congiunta all'ufficiale di stato civile *ex* art. 12 d.l. n. 132 del 2014) o rimesse all'autorizzazione del Procuratore della Repubblica (è il caso della negoziazione assistita). È evidente, infatti, che la tutela degli interessi dei figli è materia che non può essere rimessa alla mera autonomia negoziale dei coniugi.

Con riguardo agli accordi prematrimoniali, è di tutta evidenza come sia ben diversa la situazione se l'accordo venga stipulato (prima o dopo il matrimonio) quando si sia già in presenza di figli, rispetto al caso in cui l'accordo sia stipulato in assenza di figli e, quindi, nella previsione di un'eventuale loro sopravvenienza. E tuttavia, in entrambi i casi la possibilità di rimettere l'approvazione dell'accordo in materia alla valutazione di un soggetto terzo particolarmente qualificato, come il Procuratore della Repubblica, in analogia alla soluzione prevista in materia di negoziazione assistita, pone comunque il limite che tale valutazione non potrà che essere fatta in astratto, risultando oltremodo difficoltosa ed aleatoria. Per tale ragione appare preferibile escludere le disposizioni relative ai figli dal contenuto degli accordi prematrimoniali, lasciando ogni valutazione in ordine ai preminenti interessi di tutela dei loro diritti al momento della crisi del matrimonio, quando sarà possibile apprezzare in concreto gli interessi e le necessità dei figli stessi (senza trascurare, tra l'altro, che l'art. 315 c.c., novellato nel 2012, prevede il coinvolgimento del «figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento» nelle decisioni che lo riguardano).

Piuttosto, il riferimento ai figli potrebbe assumere rilievo quale criterio di adeguamento delle prestazioni ed attribuzioni patrimoniali concordate tra i nubendi (o tra i coniugi), prevedendosi che in caso di loro sopravvenienza determinate attribuzioni convenute siano modificate secondo criteri concordati *ab origine*.

Qualora si voglia superare il confine del contenuto patrimoniale, nell'ambito della disciplina degli accordi prematrimoniali potrà essere valutata l'opportunità di documentare la scelta dei futuri coniugi in ordine al cognome (o ai cognomi) da attribuire agli eventuali figli nascituri, sulla scorta della sentenza n. 286 in data 8 novembre 2016 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quelle norme che non consentono ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli oltre al cognome paterno anche quello materno.

Quanto alla forma dell'accordo prematrimoniale, sembra coerente con la

natura dell'istituto prevederne l'equiparazione alle convenzioni matrimoniali, per le quali l'art. 162 c.c. prevede l'atto pubblico a pena di nullità (requisito formale che è stato collegato alla necessità di richiamare l'attenzione delle parti sull'importanza dell'atto, a quella di assicurare il massimo equilibrio fra i coniugi o, ancora, all'esigenza di garantire ponderazione e adeguata assistenza tecnica), per il quale la legge notarile prevede, altresì, l'assistenza dei testimoni. Verrebbe, così, affidato al tradizionale ruolo di terzietà del notaio (unico pubblico ufficiale al quale è attribuita competenza generale per il ricevimento degli atti e contratti tra privati) il compito di prevenire eventuali strumentalizzazioni del coniuge "forte", salva la possibilità dei nubendi di avvalersi anche di un'assistenza di parte.

Il ricorso all'atto notarile, tra l'altro, consente naturalmente di inserire nell'accordo prematrimoniale attribuzioni patrimoniali riguardanti beni immobili o, meglio, atti soggetti a trascrizione nei registri immobiliari (rispettando la prescrizione formale prevista dall'art. 2657 c.c.).

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Note

Per la legge italiana la fotocopia di una pubblicazione (o parte di essa) coperta da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che né eviti l'acquisto è reato.
Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.
Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, fax 02 89280864, e-mail: autorizzazioni@aidro.org.

Periodico semestrale registrato presso il Tribunale di Roma al n. 39/2018 del 22 febbraio 2018

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 3 maggio 2018.

La Direzione della rivista è presso la Fondazione Italiana del Notariato, via Flaminia, 160 - 00196 Roma - tel. 06. 36.209.410 - fax 06.32.20.479 - Internet: http://www.fondazionenotariato.it - e-mail: info.fondazione@notariato.it
L'Amministrazione è presso la casa editrice Dott. A. GIUFFRÈ EDITORE S.p.A., via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.200 - fax 02.38089432 - Internet: http://www.giuffre.it - e-mail: vendite@giuffre.it
Pubblicità: dott. A. GIUFFRÈ Editore S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.335 - fax 02.38089426 - e-mail: periodici@giuffre.it
Direttore responsabile: Antonio Delfino
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)
Pubblicità inferiore al 45%

rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2018

Unione europea ..... € **50,00**
Paesi extra Unione europea ..... € **100,00**
Prezzo di un singolo numero ..... € **25,00**
(Extra U.E. € 50,00)

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:
- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.
Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso la "Dott. A. Giuffrè Editore SpA" - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

La Fondazione, costituita per volontà del Consiglio Nazionale del Notariato e della Cassa Nazionale del Notariato, ha per scopo la valorizzazione e la diffusione della conoscenza del ruolo storico e sociale della cultura notarile e del notariato italiano, a garanzia dei diritti dei cittadini e del pubblico interesse.

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI DEI RAPPORTI FAMILIARI

Il volume raccoglie una serie di contributi volti a considerare i dubbi sulla validità ed efficacia giuridica dei patti pre-crisi in una prospettiva propositiva che possa offrire soluzioni facenti perno sulla mutata realtà delle comunità familiari e sulle recenti revisioni dei dogmi che hanno caratterizzato il diritto del contratto in generale nell'età moderna. Accanto a temi relativi alle spinte evolutive nei modelli familiari e a prospettive di "multiconiugalismo", trovano spazio temi propri del contrattualismo post-moderno come la giustizia contrattuale, le nullità, il principio *rebus sic stantibus.*

Spazio è lasciato anche all'analisi di sistemi che presentano esempi interessanti di possibili percorsi di composizione in via preventiva e convenzionale della crisi del rapporto. L'attenzione è posta in particolare alla Spagna, la Francia e l'Inghilterra. Non mancano trattazioni sui profili fiscali e sulla tecnica redazionale nella logica di dare risalto alla rilevanza della prassi notarile come autentica fonte del diritto e motore delle innovazioni sociali.

Le riflessioni contenute nei contributi degli Autori sono offerte al dibattito della comunità interpretativa, con l'auspicio che anche in Italia possa superarsi l'illuministica sfiducia verso il sociale e l'autonomia dei privati e si realizzi un autentico pluralismo giuridico, con i coniugi ed i conviventi protagonisti attivi della organizzazione giuridica, così come lo sono del mutamento sociale. Il messaggio che viene dai Padri Costituenti nei "Principi" e nella "parte prima" è quello di un ordine giuridico plurale, perché non più specchio di un potere, bensì della complessità della società sorpresa nella sua pluralità.

Il vecchio statalismo ha ceduto il passo a uno Stato sociale tendente a valorizzare la naturale complessità del sociale. E per il civilista il pluralismo si concretizza soprattutto in un rinnovato assetto delle fonti del diritto e significa pluralismo di fonti, ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre, secondo la efficace immagine della rete, in luogo della decrepita *piramide* kelseniana.

FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Via Flaminia, 160 - 00196 Roma
www.fondazionenotariato.it

21101037