



Corte di Cassazione, sezione I civile, sentenza 21 dicembre 2012, n. 23713, Pres. Carnevale, Rel. Dogliotti

Nubendi – Contratto traslativo – Condizione sospensiva del divorzio – Atipicità – Liceità e meritevolezza di tutela – Accordi prematrimoniali – Estraneità

L'accordo con cui, prima del matrimonio, la futura moglie si impegna a trasferire al marito, in caso di "fallimento" del matrimonio, la proprietà di un immobile, a titolo di indennizzo delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di altro locale di proprietà della moglie medesima, destinato ad abitazione familiare, è un contratto atipico a prestazioni corrispettive, lecito e meritevole di tutela, poiché il fallimento del matrimonio non viene considerato dalle parti come causa genetica dell'accordo, ma come mero evento condizionale, conforme a norme imperative ed in particolare all'art. 160 c.c.

Tale contratto è estraneo, peraltro, alla categoria degli accordi prematrimoniali 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.

Svolgimento del processo

Con sentenza in data 14 dicembre 2005 il Tribunale di Macerata dichiarava la cessazione degli effetti civili del matrimonio tra P.M. e O.L.; affidava alla madre i figli minori, ponendo a carico del padre un contributo periodico al loro mantenimento; rigettava altresì la domanda riconvenzionale dell'O., volta ad ottenere sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., per la esecuzione in forma specifica dell'impegno assunto, con scrittura privata, dalla P., prima del matrimonio, di trasferire all'O. stesso la proprietà di immobile, in caso di "fallimento" del matrimonio stesso.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'O., limitando il gravame alla questione della validità ed eseguibilità del predetto impegno, assunto dalla moglie. Costituitasi, la P. chiedeva rigettarsi l'appello. La Corte di Appello di Ancona, con sentenza in data 28/02/2007 - 14/03/2007, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Macerata, dichiarava valido ed efficace, nei confronti dell'O., il predetto impegno negoziale della P., omettendo peraltro pronuncia ex art. 2932 c.c., ed invitando la parte interessata ad attivarsi, al riguardo, in separata sede. Ricorre per cassazione la P.

Non svolge attività difensiva l'O.



Motivi della decisione

Con il primo motivo la ricorrente sostiene che la scrittura privata in questione trarrebbe il proprio titolo genetico dal matrimonio e integrerebbe violazione dell'art. 160 c.c., ove si precisa che i coniugi non possono derogare ai doveri e diritti nascenti dal matrimonio.

Con il secondo lamenta la ricorrente insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata all'interpretazione della predetta scrittura. La scrittura privata, sottoscritta dai nubendi il giorno prima della celebrazione del matrimonio, prevede che, in caso di suo fallimento (separazione o divorzio), la P. 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; a saldo, comunque, l'O. trasferirà alla moglie un titolo BOT di L. 20.000.000.

E' evidente che la ricorrente inquadra la predetta scrittura tra gli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, molto frequenti in altri Stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili.

Come è noto, la giurisprudenza è orientata a ritenere tali accordi, assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale, e 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 (per tutte, Cass. n. 6857 del 1992). Tale orientamento è criticato da parte della dottrina, in quanto 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 nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale (è assai singolare che invece siano stati ritenuti validi accordi in vista di una dichiarazione di nullità del matrimonio, perché sarebbero correlati ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio, fuori da ogni potere negoziale di disposizione degli status: tra le altre, Cass. n. 348 del 1993).

Giurisprudenza più recente di questa Corte ha invece sostenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico:

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 (al riguardo, tra le altre, Cass. n. 8109 del 2000; n. 2492 del 2001; n. 5302/2006).

Va peraltro precisato che la sentenza impugnata, sorretta da motivazione ampia, articolata e non illogica, ha fornito un preciso inquadramento della



scrittura privata in esame. Si tratta, all'evidenza, di valutazione di merito, insuscettibile di controllo in questa sede, ove immune da errori di diritto.

L'impegno negoziale della P., una sorta di *datio in solutum*, viene collegato alle spese affrontate dall'O. per la sistemazione di altro immobile adibito a casa coniugale, e il fallimento del matrimonio non viene considerato come causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero "evento condizionale". Prosegue la Corte di merito precisando che, ove causa genetica fosse il matrimonio (e il suo fallimento), l'impegno predetto, 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, sarebbe sicuramente nullo.

Ma indice di tale ipotesi potrebbe essere soltanto una notevole sproporzione delle prestazioni, al contrario non provata.

L'argomentazione è censurata dalla ricorrente, ma, al contrario, la Corte territoriale ha fatto buon uso delle regole di ermeneutica contrattuale, in particolare con riferimento all'art. 1363 c.c., per cui le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto.

Si tratterebbe in definitiva - si può aggiungere - 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, secondo l'inquadramento effettuato dal giudice a quo.

Come si è detto, una motivazione adeguata e non illogica, e immune da errori di diritto.

Come è noto, ai sensi dell'art. 1197 c.c., il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, salvo che il creditore vi consenta; l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita. Nella specie, il trasferimento di immobile può sicuramente costituire adempimento, con l'accordo del creditore, rispetto all'obbligo di restituzione delle somme spese per la sistemazione di altro immobile, adibito a casa coniugale.

La condizione, nella specie sospensiva (il "fallimento" del matrimonio) non può essere meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 c.c., e cioè dipendere dalla mera volontà di uno dei contraenti (ciò che, nella specie, non potrebbe verificarsi, considerando, evidentemente, le parti tale "fallimento", come fattore oggettivo, indipendentemente da eventuali responsabilità addebitabili all'uno o all'altro coniuge).



La condizione neppure può porsi in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico, il buon costume (in tal caso renderebbe nullo il contratto, ai sensi dell'art. 1354 c.c.). Dunque nulla sarebbe una condizione contraria all'art. 160 c.c., sopra indicato. E tuttavia, nella specie, essa appare pienamente conforme a tale disposizione, ove si consideri che in costanza di matrimonio (e prima della crisi familiare) opera tra i coniugi il dovere reciproco di contribuzione di cui all'art. 143 c.c.: il linguaggio comune spiega il significato ad esso attribuito dal legislatore, è la parte che ciascuno conferisce, con cui si concorre, si coopera ad una spesa, al raggiungimento di un fine. Con la contribuzione si realizza dunque il soddisfacimento reciproco dei bisogni materiali e spirituali di ciascun coniuge, con i mezzi derivati dalle sostanze e dalle capacità di ognuno di essi.

Può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, sul loro accordo, una sorta di quiescenza, una "sospensione" appunto, che cesserà con il "fallimento" del matrimonio, e con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri e diritti coniugali.

Condizione lecita dunque nella specie di un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2.

Vanno pertanto rigettati i due motivi, in quanto infondati e, conclusivamente, il ricorso stesso.

Non è ravvisabile alcun provvedimento sulle spese non avendo l'intimato svolto alcuna attività difensiva in questa sede.

P.Q.M.

la Corte rigetta il ricorso.



ACCORDI ANTE NUPTIAS E LIMITI ALL'AUTONOMIA PRIVATA

Nota a Cass., sent. n. 23713/2012.

FRANCESCA NADDEO - JENNIFER VITERALE*

SOMMARIO: 1. Il caso e la ricostruzione giuridica operata dalla Cassazione. - 2. *Prenuptial e postnuptial agreements in contemplation of divorce*. - 3. L'autonomia privata nella crisi coniugale. - 4. La disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale. - 5. Il divorzio come evento condizionale.

1. La vicenda in commento riguarda due nubendi che, alla vigilia del matrimonio, avevano sottoscritto una scrittura privata in virtù della quale la moglie, in caso di fallimento dello stesso, si impegnavano a cedere al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese da quest'ultimo sostenute per la ristrutturazione di altro immobile, a lei intestato, da adibirsi a casa coniugale; mentre il marito si impegnavano a trasferire, a saldo, un titolo BOT. Intervento il divorzio, sorgeva contestazione in ordine alla vincolatività dell'accordo. In primo grado, il Tribunale di Macerata, pronunciata la cessazione degli effetti civili del matrimonio e dettate le condizioni dell'affidamento della prole - disposto in favore della madre - nonché dell'obbligo di mantenimento posto, invece, a carico del padre, rigettava la domanda di quest'ultimo volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* dell'impegno assunto dalla moglie con la predetta scrittura privata, ritenuta nulla "per illiceità della causa, perché in contrasto con l'art. 160 c.c."¹, che pone in capo ai coniugi il divieto di derogare ai diritti e ai doveri nascenti dal matrimonio.

Il marito impugnava la pronuncia del Giudice di prime cure, limitando il gravame alla sola questione della validità e dell'eseguibilità dell'impegno assunto dalla moglie anteriormente al matrimonio.

La pronuncia della Corte d'Appello di Ancona, riformando parzialmente la sentenza di primo grado, dichiarava valido ed efficace l'accordo negoziale siglato prima delle nozze, reputandolo, dunque, suscettibile di essere eseguito in via coattiva

* La nota, pur nella sua unitarietà, va così attribuita:
a Jennifer Viterale, i par. da 1 a 3;
a Francesca Naddeo, i par. 4 e 5.

¹Così Corte App. Ancona, 14 marzo 2007, sent. n. 104, riprendendo testualmente un passaggio della sentenza di primo grado emessa dal Trib. Macerata il 14 dicembre 2005. Gli stralci più significativi delle due pronunce sono testualmente riportati da G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, p. 321.



ed invitando il marito ad agire in separata sede al fine di ottenere sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*, poiché – secondo le parole della Corte – si trattava di “un impegno negoziale che, in sé, non trae il proprio titolo genetico nel matrimonio, e non può quindi annoverarsi tra i diritti o i doveri nascenti dal matrimonio nell’ottica del prefato art. 160 c.c., che vieta appunto gli atti di disposizione relativi ai diritti o ai doveri nascenti dal matrimonio, e sanciti imperativamente”².

Avverso la sentenza del giudice d’appello la moglie proponeva ricorso per Cassazione, lamentando la nullità della scrittura privata stipulata *ante nuptias* per violazione del divieto posto dall’art. 160 c.c.

Investita della questione, la Suprema Corte, avallando la ricostruzione operata dal Giudice di secondo grado, ha riconosciuto la validità e l’efficacia dell’impegno negoziale assunto dai nubendi in vista dell’eventuale disgregazione del loro vincolo coniugale, qualificando l’accordo preventivamente siglato dalle parti come un “contratto atipico, espressione di autonomia negoziale dei coniugi e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell’art. 1322 c.c., II co.”.

In particolare, secondo i giudici di legittimità, ricorrerebbe nel caso concreto una “sorta di *datio in solutum*” poiché l’impegno negoziale di cedere un immobile, assunto da uno dei nubendi verso l’altro, è sinallagmaticamente collegato alle spese da quest’ultimo sostenute per la sistemazione di altro immobile adibito a casa coniugale³.

Tale contratto è sottoposto ad una condizione sospensiva lecita, individuata nel “fallimento” del matrimonio.

L’accordo siglato dai nubendi alla vigilia del matrimonio deve reputarsi valido innanzitutto perché tale “fallimento” non può essere considerato in termini di “causa genetica” del contratto, bensì come condizione volontaria sospensiva dell’efficacia dello stesso.

Ove, al contrario, il matrimonio e la sua fine fossero assurde, nella considerazione dalle parti, a giustificazione causale dell’accordo, questo sarebbe stato sicuramente nullo, poiché – secondo le parole della Corte di merito riprese dalla Cassazione – l’impegno in questione avrebbe assunto la funzione di “sanzione dissuasiva in ordine all’assunzione di iniziative tendenti allo scioglimento del vincolo coniugale”.

Peraltro, sempre secondo l’interpretazione dei giudici di merito, ritenuta adeguata ed immune da errori di diritto, “indice di tale ipotesi potrebbe essere

² Corte di Appello di Ancona, *ibidem*.

³ La *datio in solutum* costituisce esclusivamente la modalità mediante la quale i coniugi intendono riequilibrare i loro rapporti patrimoniali. Così E. SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli di tutela e non contrari all’ordine pubblico o al buon costume*, in *Contr.*, 2013, 3, p. 222. A tale riguardo, va sottolineato il riferimento, operato dalla S. C., allo schema della prestazione in luogo dell’adempimento *ex art. 1197 c.c.* Di conseguenza, la stessa ha ritenuto che il trasferimento di un immobile è idoneo a costituire adempimento dell’obbligo di restituzione di somme spese per l’altro immobile (poi effettivamente) adibito a casa coniugale, previo consenso del creditore.



soltanto una notevole sproporzione delle prestazioni, al contrario non provata”, essendo il contratto in questione caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali.

Ricondotto, dunque, lo scioglimento del matrimonio nell'alveo dell'elemento condizionale, la Corte ne asserisce la piena validità, escludendo *in primis* che si tratti di condizione meramente potestativa ai sensi dell'art. 1355 c.c., poiché la verifica dell'evento non dipende dalla mera volontà dei contraenti ma dal “fattore oggettivo” del fallimento del matrimonio, considerato indipendentemente da eventuali responsabilità di ciascuno dei coniugi.

Né la condizione suddetta si pone in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume ed in particolare con la disposizione dettata dall'art. 160 c.c., rispetto alla quale anzi risulta essere “pienamente conforme”. In costanza di matrimonio, infatti, opera tra le parti, *ex art.* 143 c.c., il dovere reciproco di contribuzione, rispetto al quale “può sicuramente ipotizzarsi che, nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi, i rapporti di dare ed avere patrimoniale subiscano, su loro accordo, una sorta di quiescenza, una ‘sospensione’, appunto, che cesserà con il ‘fallimento’ del matrimonio e, con il venir meno, provvisoriamente con la separazione, e definitivamente con il divorzio, dei doveri e diritti coniugali”.

La sentenza in commento rappresenta sicuramente un indice significativo della tendenza della giurisprudenza verso un progressivo - seppur discontinuo - ampliamento dei confini della negoziabilità nel campo del diritto di famiglia, presentando, rispetto al passato, non pochi spunti di novità.

E tuttavia, a soffocare gli slanci propositivi della dottrina più innovativa che da tempo propugna l'ammissibilità, anche nel nostro ordinamento, di un potere di autoregolamentazione preventiva dei rapporti - in specie patrimoniali - tra coniugi conseguenti alla crisi coniugale, la Corte di legittimità avalla la ricostruzione della Corte di merito circa l'estraneità della fattispecie in questione rispetto alla categoria degli “accordi prematrimoniali (ovvero effettuati in sede di separazione consensuale) in vista del divorzio tesi a regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di un assegno), con possibili arricchimenti ed impoverimenti”.

“*Nihil sub sole novi*”, dunque? La breccia nell'incrollabile atteggiamento di rifiuto della nostra giurisprudenza rispetto agli accordi preventivi di divorzio - che taluno ha voluto leggere tra le righe di tale pronuncia⁴ -, è da reputarsi, in ossequio a quanto la stessa pronuncia *apertis verbis* sostiene, inesistente?

⁴In questo senso A. FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, nota a Cass., sent., 23713/2012, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 843. L'A., evidenziando i profili innovativi della decisione, ritiene che la Corte, nella sentenza *de qua*, abbia voluto inequivocabilmente misurare la sua lontananza dal tradizionale orientamento giurisprudenziale in materia di accordi preventivi. Escludendo che la fattispecie concreta posta al suo esame rientrasse nell'ambito degli accordi prematrimoniali - prosegue l'A.- la stessa Corte ha sentito la necessità di prendere posizione su tali accordi: dopo aver precisato



Per rispondere a tale domanda occorre preliminarmente chiarire quale sia la valenza semantica dell'espressione "accordi prematrimoniali" e quale rapporto vi sia tra essi e i cc.dd. accordi preventivi di divorzio.

2. Sia gli accordi prematrimoniali che gli accordi preventivi di divorzio, com'è noto, non sono espressamente contemplati dal nostro ordinamento giuridico⁵, ma i secondi hanno da lungo tempo trovato ingresso nelle decisioni giudiziarie, sia pure per vedersi sanzionati con la nullità, mentre i primi – di matrice anglosassone – sono stati oggetto di scarsa attenzione, finora, da parte del formante giurisprudenziale e, salvo poche eccezioni, anche di quello dottrinale⁶.

Peraltro, il fenomeno dei *prenuptial agreements*, nato negli Usa, "culla dei contratti prematrimoniali"⁷, ha presto varcato i confini degli *States*, facendo subito ingresso nella gran parte degli altri ordinamenti di *Common Law* - sebbene con caratteri diversi e diffusione - e finendo per trovare modesta e discontinua accoglienza persino in alcuni degli ordinamenti di *Civil Law*.

L'adozione di una prospettiva storico-comparatistica appare, pertanto, indispensabile al fine di individuare, in via generale e al di là di ogni confine

che la giurisprudenza italiana è orientata a ritenere invalidi gli accordi prematrimoniali, riconosce che essi sono molto frequenti in altri Stati, segnatamente in quelli di cultura anglosassone, fornendone una valutazione sostanzialmente positiva ed attribuendovi una "proficua funzione di deflazione delle controversie familiari e divorzili". *Contra* G. OBERTO, *op. cit.*, p. 321. Nello stesso senso anche E. SMANIOFFO, *cit.*, p. 221 e B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 442.

⁵E dunque non sono espressamente sanzionati con la nullità: v. sul punto, tra tutti, D. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, p. 115. Sottolinea, peraltro, come il nostro diritto di famiglia risulti poco accogliente verso gli accordi prematrimoniali A. FUSARO, *Marital Contracts, Eheverträge, Convenzioni e Accordi Prematrimoniali. Linee guida di una ricerca comparatistica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 475 e ss.

⁶Una sola volta la Cassazione si è espressa positivamente in materia di patti prematrimoniali. Ci si riferisce alla sent. n. 2682/1984, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1985, p. 579, ma il caso era relativo a due cittadini americani abitanti in Italia. In sostanza, i giudici applicarono il diritto americano valutandolo non contrario all'ordine pubblico internazionale. Interessante è la motivazione posta a fondamento della decisione. Testualmente si legge nella sentenza qui richiamata: "L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri ... sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi ... 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 (oggi art. 6, l. 218/1995) 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". In dottrina, in materia di accordi prematrimoniali, si segnalano: F. CERRI, *Accordi prematrimoniali*, Milano, 2011, *passim*; D. RUGGIERO, *op. cit.*, *passim*; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, *passim*.

⁷L'espressione è di F. CERRI, *op. cit.*, p. 25.



geografico, il profilo causale “minimo” degli accordi prematrimoniali. Questi ultimi, di là dalla variabile estensione del loro contenuto⁸, possono dirsi caratterizzati, dunque, dalla funzione di autoregolamentazione preventiva dei rapporti che nasceranno, *ex lege*, tra i coniugi per effetto del matrimonio.

Nell’ambito di tale categoria, un’ulteriore distinzione si profila tra accordi volti a disciplinare la fase “fisiologica” del vincolo - che esulano dalla presente indagine - e accordi volti, invece, a fissare il regolamento di una eventuale “crisi” coniugale.

E’ sin troppo noto, al riguardo, il successo riscosso dai *prenuptial agreements in contemplation of divorce*: i patti con i quali i futuri sposi, ipotizzando un’eventuale rottura del loro rapporto matrimoniale, ne prefigurano le possibili conseguenze - specialmente di carattere patrimoniale -, impegnandosi a darvi adeguata e preventiva sistemazione in vista di un momento successivo in cui la patologia del vincolo coniugale potrebbe facilmente condurre ciascuno di loro (ormai ex-coniuge) a rivangare pretese e a rivendicare diritti ed interessi individuali, sopiti e mitigati, in costanza di matrimonio, dall’*affectio coniugalis*.

In merito, l’analisi storico-comparatistica rivela come oggetto dei contratti in questione possano essere una o più situazioni giuridiche soggettive in titolarità di uno o entrambi i coniugi, senza che il profilo “quantitativo” incida in alcun modo sulla qualificazione causale dell’atto. In altri termini, la distinzione - operata dalla Corte - tra accordi “tesi a regolare l’intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di un assegno), con possibili arricchimenti ed impoverimenti” ed accordi finalizzati, di contro, a disciplinare singoli rapporti di dare ed avere patrimoniale, oltre a non avere fondamento logico, non trova alcun riscontro nella pregressa esperienza giuridica⁹.

⁸ Sembra, infatti, che detti accordi possano avere ad oggetto tanto i rapporti afferenti alla sfera personale quanto i rapporti afferenti alla sfera patrimoniale dei nubendi e che possano, altresì, disciplinare l’assetto degli interessi nascenti dal matrimonio e di quelli derivanti da una crisi coniugale, possibile e futura. Sul punto v. D. RUGGIERO, *op.cit.*, p.166.

⁹ G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella haarspaltemaschine*, cit., p. 322, il quale appunto osserva che la prematrimonialità di un contratto della crisi coniugale nulla ha a che vedere con la sua eventuale globalità, dal momento che nessuno è in grado di prevedere la totalità e la complessità dei futuri rapporti patrimoniali; né essa risulta necessariamente e specificamente legata al profilo dell’assegno divorzile. Di contro, secondo l’autore, la riconduzione dell’accordo del caso sottoposto alla cognizione della Cassazione al novero dei contratti prematrimoniali, “appare quanto di più naturale si possa immaginare”. L’autore opera una critica serrata alla decisione assunta dalla S. C., evidenziandone l’illogicità delle motivazioni e l’inconsistenza delle argomentazioni impiegate per riaffermare l’inammissibilità degli accordi prematrimoniali. A suo avviso, il *distinguishing* operato dalla Corte, in realtà, ricorda l’*Haarspaltemaschine* (c.d. “macchina spaccacapelli”) di Jheringhiana memoria. Trattasi di un meccanismo decisionale tanto abusato dalla Corte di Cassazione in materia di accordi preventivi da “essersi ormai inesorabilmente inceppato”. Altro esempio lampante dell’uso della *macchina spaccacapelli* è rintracciato in un’altra ben nota pronuncia: Cass., sent. N. 8109/2000, in *Foro it.*, 2001, I, c.1318. In un’ottica ancora più radicale, tale dottrina sottolinea l’improponibilità dell’ormai superata contrapposizione (riproposta dalla Corte) tra “accordo”



Più fondata sarebbe la bipartizione in questione se i giudici di legittimità avessero voluto presupporre, quale *discrimen*, non tanto il numero o l'importanza economica delle situazioni giuridiche soggettive oggetto dell'accordo, ma piuttosto la loro natura e funzione. In quest'ottica, infatti, la ricostruzione giuridica della fattispecie in termini di accordo prematrimoniale dipenderebbe dell'attinenza del profilo causale dell'accordo ai diritti ed obblighi ricollegati dalla legge al mutamento di *status*.

Sembra avallare questa impostazione la nota suddivisione, operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito degli accordi di separazione e di divorzio, tra contenuto tipico e contenuto atipico.

Al primo vengono ricondotte tutte le pattuizioni direttamente collegate ai diritti e ai doveri derivanti dal matrimonio, siano esse "strettamente necessarie", "eventualmente necessarie" o solo "eventuali"¹⁰.

Al secondo, invece, si riferiscono le intese con le quali i coniugi definiscono l'assetto dei loro interessi economici e dei loro futuri rapporti patrimoniali. Queste ultime, non essendo direttamente collegate al rapporto matrimoniale, sono caratterizzate da un'autonomia funzionale e da un collegamento volontario rispetto alla modifica di *status*, essendo pertanto qualificabili come contratti di diritto comune, tipici o atipici, sospensivamente condizionati, per volontà delle parti, al provvedimento giudiziale.

In particolare, tali intese – che solitamente hanno finalità divisoria, risarcitoria o compensativa – trovano sede ed occasione nella crisi coniugale, ma non hanno la causa in essa¹¹.

e "contratto", in una materia, concernente per definizione, pattuizioni di carattere patrimoniale. Per ulteriori approfondimenti sul punto, v. dello stesso A., *I contratti della crisi coniugale*, cit., *passim*.

¹⁰Dottrina e giurisprudenza dominanti concordemente fanno rientrare nel contenuto strettamente necessario la manifestazione della volontà dei coniugi di conseguire lo *status* di separati o di divorziati; nel contenuto eventualmente necessario (laddove l'eventualità è legata all'esistenza di prole), le intese relative all'affidamento, al mantenimento, alla cura e all'istruzione della prole minorenni e quelle relative all'assegnazione della casa familiare; nel contenuto eventuale, tutte le scelte concordate dai coniugi in materia di mantenimento del "coniuge privo dei mezzi adeguati". A riguardo, in dottrina, tra tanti v. A. DONATO, *Accordi patrimoniali "atipici" contenuti nel ricorso per separazione consensuale* in *Fam. pers. e succ.*, 2011, p. 131. In giurisprudenza, v. Cass., n. 24321/2007, consultabile al sito www.foroitaliano.it/banche-dati/Cassazione_Civile. In particolare, la Suprema Corte distingue tra un "contenuto necessario" in quanto direttamente collegato al rapporto matrimoniale e un "contenuto eventuale e accessorio collegato solo in via estrinseca al patto principale".

¹¹Questa conclusione si può desumere da Cass., n. 2788/199, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1787. In dottrina, a dire il vero, alla questione concernente il rapporto tra estensione dell'autonomia coniugale ed incisività del potere di controllo giurisdizionale, con riferimento alle pattuizioni che integrano il contenuto atipico degli accordi di separazione e di divorzio, è stata riservata un'attenzione residuale. Tant'è vero che il dibattito dottrinario, sviluppatosi in materia di "intese atipiche", si è occupato in maniera sbrigativa ed in via marginale della "questione dei limiti", prestando prioritariamente attenzione ad altri due aspetti, tra loro strettamente intrecciati; rispettivamente costituiti dalla



Ora, a fronte della tipicità o dell'atipicità delle intese coniugali, il potere preventivo di controllo del giudice reagisce diversamente, esplicandosi, con intensità variabile, unicamente rispetto al contenuto tipico e ritraendosi in relazione al contenuto atipico.

In quest'ultimo caso, la sfera di autonomia dei coniugi risulta essere fortemente ampliata, fermo restando il giudizio di liceità e meritevolezza di tutela cui, *ex art.* 1322 c.c., esse, come tutti i contratti, sono sottoposte¹².

E se la giurisprudenza non ha esitato ad individuare la loro funzione nella regolamentazione di quei rapporti patrimoniali occasionati dalla crisi coniugale ma non direttamente collegati ai diritti e ai doveri discendenti dal matrimonio¹³; in dottrina non è mancato chi,¹⁴ cimentandosi in un'opera ricostruttiva sin troppo audace, ha elaborato la categoria dei c.d. "contratti della crisi coniugale" aventi una "causa tipica"¹⁵ individuata nella finalità di risolvere tutte le "pendenze" che un periodo più o meno lungo di vita insieme ha determinato nell'ambito dell'assetto di interessi economici delle parti.

In ogni caso, di là dalla scarsa utilità pratica di una così generica "causa"¹⁶, non vi è dubbio che la validità di accordi siffatti non incontri in astratto particolari

problematica qualificazione giuridica delle stesse e dalla funzione da esse svolta. Sul punto, tra tutti, v. G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996, *passim*; G. CECCHERINI, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, *passim* e D. RUGGIERO, *op. cit.*, *passim*.

¹²Sulla fase giudiziale dei procedimenti di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta, si rinvia a A. JANNUZZI - P. LOREFICE, *La volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, p. 178 e ss.

¹³Si richiama nuovamente Cass., n. 2788/1991. La Corte non omette di rilevare il collegamento funzionale intercorrente tra il contenuto tipico dell'accordo (con particolare riferimento al contenuto strettamente necessario) ed il contenuto atipico dell'accordo di separazione e di divorzio, ma subito precisa che la presenza di un tale evidente collegamento funzionale non può avallare la conclusione della sicura sottoponibilità delle intese atipiche al provvedimento giurisdizionale.

¹⁴G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale, cit.*, p. 473 e ss.

¹⁵Id., *op. ult. cit.*, p. 706 e ss. L'A. ha negato l'atipicità degli accordi della crisi coniugale. Il fondamento giustificativo di tali accordi è stato alternativamente individuato dall'A. nella "causa tipica della definizione della crisi coniugale" o nella presenza, accanto ad una "causa tipica diversa" (rinvenibile in una donazione, in un negozio solutorio o in una convenzione matrimoniale), di un "motivo post- matrimoniale", rappresentato dal fatto che "quel particolare tipo di contratto viene stipulato in contemplazione della crisi coniugale, avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla stregua di una delle condizioni della separazione, ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi."

¹⁶Spunti per la ricostruzione del profilo causale degli accordi preventivi della crisi coniugale si rinvencono in D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 166 e ss; v. anche G. CECCHERINI, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del divorzio: regole operative e limiti di liceità*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1333; della stessa A., v., inoltre, *I contratti tra i coniugi in vista della cessazione del ménage, cit.* p. 91 e ss. Sull'inquadramento funzionale di tali accordi diverse sono le tesi elaborate in dottrina. Essi si configurano alla stregua di negozi di accertamento determinativi del contenuto di obblighi legali per E. RUSSO, *Gli atti determinativi del contenuto di obblighi legali*, in *Le Convenzioni matrimoniali ed altri saggi del nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 221 e ss.. Qualifica gli accordi preventivi della crisi coniugale come transazioni la dottrina più



ostacoli, ch  anzi l'intento di "sistemazione" dei rapporti pregressi, in un'ottica di risoluzione (o prevenzione) delle tensioni tra coniugi in crisi, sia di per s  - e salvo verifica delle concrete modalit  di attuazione - socialmente meritevole di tutela. Il che sembra destinato a valere sia che l'accordo venga stipulato in occasione della crisi, sia che esso venga siglato in una fase antecedente ad essa o addirittura al matrimonio, strutturandosi come negozio sospensivamente condizionato alla celebrazione del medesimo ed alla successiva patologia del vincolo. La completa autonomia causale di tali contratti rispetto alla determinazione di *status*, infatti, non viene affatto intaccata ma trova, anzi, piena corrispondenza nell'operativit  del meccanismo condizionale - purch , come si spiegher  approfonditamente pi  avanti, quest'ultimo non sia piegato, nel caso concreto, a nascondere un illecito scambio tra l'attribuzione patrimoniale ed il comportamento personale di "acquiescenza" al divorzio - .

In quest'ultimo caso, infatti, si finirebbe per ricadere nella prima categoria di accordi, afferenti direttamente o indirettamente ai diritti e doveri coniugali, rispetto ai quali un limite invalicabile all'autonomia privata   inesorabilmente posto dal principio dell'indisponibilit  dello *status* coniugale e delle situazioni in esso rientranti¹⁷.

Il significato e la portata di tale limite saranno oggetto di specifica attenzione nei paragrafi successivi.

Quel che preme, ora, sottolineare   che proprio con riferimento a siffatti accordi si   sviluppato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale - che la stessa Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, richiama - circa la possibilit  per le parti di disporre degli effetti della "crisi" in un tempo antecedente allo scioglimento del vincolo coniugale. Dibattito che, sviluppatosi preminentemente sui cc.dd. *postnuptial agreements in contemplation of divorce*,   pienamente riferibile anche ai *prenuptial agreements*:   di tutta evidenza, infatti, che la "preventivit " dell'esercizio del potere dispositivo rispetto al perfezionamento della fattispecie costitutiva delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in contratto si ponga nei medesimi termini sia che le parti non

risalente (v. tra tutti S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, II, Firenze, 1949, p.460. Tuttavia, la soluzione pi  convincente al problema della giustificazione degli accordi conclusi in previsione della crisi coniugale sembra provenire dall'arguta elaborazione dottrinale di una "causa familiare". In questo senso G. DORIA, *op. cit.*, p. 304. L'A. teorizza l'esistenza di una "causa familiare", "autonoma ed innominata" e ritiene che la stessa vada rintracciata nell'intenzione delle parti di dare adeguata regolamentazione alla "sintesi assolutamente fusa ed indissolubile" di tutte le ragioni personali e patrimoniali che caratterizzano i rapporti familiari che sorgono in occasione della crisi coniugale. La causa familiare costituisce la "tendenziale ragione giustificativa" degli accordi della crisi coniugale - prosegue l'A.- e il suo fondamento giustificativo risiede nella "disciplina particolare del campo del diritto di famiglia".

¹⁷ Con specifico riguardo agli accordi aventi l'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente pi  debole o dei figli, sottolinea che "il profilo funzionale condiziona la disciplina applicabile, impedendo la mera contrattualizzazione del rapporto", M. G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialit ". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, p. 196 e ss.



siano ancora sposate, sia che il matrimonio sia già stato celebrato ma non si sia ancora avuta la modifica o l'estinzione dello *status* coniugale.

Un attento esame degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali *in subiecta materia* conferma tale asserzione: l'affermazione dell'inammissibilità degli accordi prematrimoniali sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale poggia, infatti, sulle stesse ragioni addotte a sostegno della nullità degli accordi in vista di un futuro divorzio, stipulati dai coniugi *manente matrimonio* o, più generalmente, in sede di separazione consensuale.

Di conseguenza, l'interesse al fenomeno dei *prenuptial agreements* deve inserirsi - e non potrebbe essere altrimenti - nell'ambito del più ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale circa l'opportunità di valorizzare l'autonomia privata dei coniugi nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali post- coniugali¹⁸.

3. In questa prospettiva, la *vexata quaestio* della disponibilità preventiva dei diritti - in particolare patrimoniali - connessi alla crisi coniugale, richiede, dapprima, che ci si interroghi sui margini di operatività dell'autonomia negoziale nell'ambito dei rapporti familiari; poi, che si operi una ricognizione dei limiti legislativi entro i quali, nella fase patologica del rapporto coniugale, le è consentito dispiegare la sua massima ampiezza ed incisività; ed infine, che si individui se ed in quale misura sia ammissibile nel nostro ordinamento - entro i limiti dettati dall'inderogabilità dei suoi principi fondamentali, dall'indisponibilità dello *status* coniugale, nonché dalla prioritaria ed insopprimibile esigenza di tutela dei "soggetti deboli" - una soluzione negoziale preventiva della crisi coniugale.

Il rapporto tra autonomia privata e diritto di famiglia si presenta, *ictu oculi*, all'interprete in tutta la sua complessità: si regge su equilibri normativi delicati ma ben calibrati; si atteggia in spazi crescenti, ma entro argini ben individuati. Il potere di autodeterminazione e di autoregolamentazione dei propri interessi e dei propri rapporti, riconosciuto in capo ai coniugi, si erge, al pari della legge ed in concorso con essa, a fonte di regolamento dei rapporti familiari¹⁹: esso, piegandosi alla necessità di tutelare i diritti fondamentali della persona, si comprime di fronte all'inderogabilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio per rinvigorirsi nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali coniugali e postconiugali. Entro i limiti rigidamente apposti dall'ordinamento e a dispetto di una presunta²⁰ e pressoché totale indisponibilità

¹⁸L'osservazione è di E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir.*, 2005, n. 5, p. 554 e ss..

¹⁹Così D. G. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 36 e ss.

²⁰Il riferimento è alla ormai superata concezione pubblicistica del diritto di famiglia dominato da un superiore interesse familiare ed in cui è fortemente limitato, se non inesistente, lo spazio riconosciuto all'autonomia privata. Sul punto, per tutti, A. CICU, *Principi generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1 e ss. Dello stesso A. v. anche *Lo spirito del diritto familiare nel nuovo codice*



delle situazioni giuridiche soggettive familiari, l'attività negoziale dei coniugi, affidata - secondo una nota ed autorevole dottrina - ad un "regime consensuale permanente"²¹ in cui l'accordo dei coniugi condiziona non solo la costituzione ma anche la conservazione del loro rapporto matrimoniale, si insinua in ogni aspetto della vita coniugale, permeando l'intero campo del diritto di famiglia.

Il processo evolutivo che ha investito il diritto di famiglia, nel senso di una riforma in chiave privatistica della materia, non ha affatto risparmiato il terreno della crisi coniugale. Com'è stato acutamente osservato, anzi, proprio il campo della crisi conosce oggi il dibattito più acceso sul ruolo e sui limiti dell'autonomia privata in ambito familiare²². Non può farsi a meno di osservare, infatti, che, per effetto della svolta radicalmente innovativa impressa al sistema familiare prima dalla legge sul divorzio e poi dalla riforma del diritto di famiglia, è venuto a delinearsi un modello familiare fondato su posizioni paritarie, per questo, più esposto all'insorgenza di conflitti.

In quest'ottica, la crisi coniugale sembra destinata ad assurgere a spazio di emersione della negozialità, laddove l'apporto dello strumento contrattuale può rivelarsi prezioso.

In effetti, nelle procedure di definizione negoziale della crisi familiare, la volontà dei coniugi assume il ruolo di fonte prevalente; nel segno di una decisa e significativa esaltazione dei profili di autonomia e degli aspetti di consensualità e a scapito dell'intervento eteronomo.

L'accordo, surrogandosi all'intesa coniugale ormai dissoltasi nell'intollerabilità della convivenza, risulta essere il mezzo più idoneo ad assicurare una più celere

civile, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, vol. I, t. I, Milano, 1965, p.145 e ss e *Il diritto di famiglia nello Stato Fascista*, in *Scritti minori di Antonio Cicu*, cit. p. 157 e ss.

²¹A. FALZEA, *Famiglia e aspetti patrimoniali*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1977, p. 1 e ss. Nelle pagine indicate, l'Illustre A. espone la sua teoria del "regime consensuale permanente" che trova un presupposto imprescindibile nella concezione del "matrimonio come rapporto". E' innegabile che l'istituto del matrimonio (inteso come atto giuridico con cui si costituisce il vincolo matrimoniale) costituisce il momento più significativo dell'affermazione della libertà, della spontaneità e della pienezza del consenso; tuttavia, l'autonomia negoziale ha ragione di esistere in quanto fondata sul matrimonio, questa volta inteso non tanto come atto, bensì come rapporto. Proprio nel rapporto che si instaura tra i coniugi per effetto della costituzione del vincolo, l'A. individua quel complesso dinamico di interessi individuali e comunitari quale espressione del "regime consensuale permanente" teorizzato.

²²Si esprime così R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005, p. 132. L'A., peraltro, riconoscendo all'autonomia privata ampi spazi di affermazione proprio nell'ambito della disciplina della crisi familiare, mostra grande interesse per quelle proposte di riforma volte a dare ingresso nel nostro ordinamento al fenomeno dell'autonomia assistita che, nel suddetto ambito, si specificherebbe in termini di mediazione familiare. Significative sul punto sono le riflessioni di P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in *Matrimonio e famiglia*, Torino, 2000, p. 343. Sull'argomento cfr. E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, p. 284 e ss.



risoluzione del conflitto tra le reciproche istanze individuali dei coniugi ed una più adeguata composizione dei rispettivi interessi patrimoniali, che riaffiorano solo in seguito alla rottura del rapporto²³.

E se - com'è noto²⁴ - dottrina e giurisprudenza da lungo tempo, muovendosi lungo direttrici diverse, si interrogano sulla validità e sull'efficacia degli accordi intervenuti tra i coniugi in crisi, un'accorta analisi della normativa in materia di separazione e di divorzio²⁵ non desta indugi: evidente è il *favor* dell'ordinamento verso una soluzione negoziale della crisi²⁶.

Mediante l'abrogazione del principio dell'indissolubilità del vincolo coniugale, il Legislatore del 1970 - preannunciando la traiettoria seguita, qualche anno più tardi, dalla riforma del diritto di famiglia, attraverso la profonda innovazione dell'istituto della separazione personale²⁷ - ha avviato un percorso diretto ad attribuire sempre

²³V. E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte Costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ.*, II, p. 279. Dello stesso avviso F. CERRI, *Accordi Prematrimoniali*, cit., *passim*, in linea con più risalente e non meno autorevole dottrina. Cfr. in tal senso G. DORIA, *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, nota a Cass. 24 febbraio 1993, n. 2770, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 562.

²⁴Sul punto la produzione giurisprudenziale e dottrina è sconfinata. I principali orientamenti seguiti da dottrina e giurisprudenza saranno oggetto di analisi nel corso della trattazione. Intanto, vale la pena sottolineare come alla generale inclinazione della dottrina maggioritaria a riconoscere un ampio spazio di operatività all'autonomia coniugale nella gestione della crisi non corrisponda un analogo atteggiamento della giurisprudenza: liberale in materia di separazione, decisamente più restrittivo in materia di divorzio.

²⁵Solido appiglio normativo per chi intende evitare il trascinarsi della crisi nelle aule giudiziarie, i riferimenti normativi di cui *supra* vanno, senza dubbio, identificati nell'art. 158 c.c. e nell'art. 4, 16 co., l. 898/70, rispettivamente in materia di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta. Più indiretto ma non meno significativo è il richiamo, *ex art.* 155 c.c., in tema di separazione giudiziale, all'autonomia negoziale dei coniugi; la stessa, in materia di divorzio giudiziale, ai sensi dell'art. 5, 8 co., l. 898/70, si estrinseca nella possibilità per i coniugi di accordarsi in merito all'ammontare e alle modalità di adempimento dell'obbligo di mantenimento. Indicativa del *favor* del Legislatore è, infine, la possibilità concessa ai coniugi di mutare il titolo della separazione da giudiziale a consensuale o del divorzio da giudiziale a congiunto.

Per una disamina approfondita delle disposizioni in materia di separazione e di divorzio si rinvia a A. ZUCCHI, *Aspetti giuridici degli accordi a latere nella separazione consensuale dei coniugi*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, II, p. 107.

²⁶Il suddetto *favor*, nota G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, p. 146, affonda le sue radici nel principio di uguaglianza e nella tutela della libertà individuale, in linea con l'intera disciplina matrimoniale e familiare riformata. Il *favor* dell'ordinamento verso l'attività negoziale nella fase patologica del rapporto coniugale emerge, rileva M. PARADISO, *La Comunità familiare*, Milano, 1984, p. 42, dalla normativa in materia di esenzioni fiscali per gli accordi stipulati in sede di separazione o di divorzio.

²⁷Di fatto, la riforma del 1975 ha sostituito la separazione per colpa del coniuge con l'intollerabilità della convivenza. E' venuta meno anche la tassatività delle cause di separazione.



maggior rilievo all'autonomia privata²⁸, privando di sostanza la regolamentazione imperativa e spostando il baricentro- nelle procedure di definizione della crisi familiare- dal momento dell'intervento giudiziale all'accordo dei soggetti direttamente interessati²⁹. Netta è stata la rottura col precedente assetto ordinamentale: la caduta del principio dell'indissolubilità del vincolo coniugale si è tradotta nella rimessione della regolamentazione di un rapporto, già lacerato dalla crisi, all'autonomia privata³⁰.

²⁸Tale percorso può ritenersi adeguatamente compiuto solo con la l. 74/1987 che ha introdotto il già citato divorzio su domanda congiunta.

²⁹Per queste osservazioni si rimanda a E. QUADRI, *op.cit.*, p.278.

³⁰ Su un punto, infatti, non è dato dubitare: sul piano normativo, separazione consensuale da una parte e divorzio su domanda congiunta dall'altra, si configurano come rimedi privatistici di definizione della crisi familiare e non più come sanzioni. Incontestabile è la loro natura nel diritto di famiglia riformato. Doveroso è il riferimento all' "ottica remediale" - affermatasi con l'entrata in vigore della l. 898/1970 e seguita dalla Riforma del 1975- che ha letteralmente travolto il diritto di famiglia, decretando l'abbandono di quella prospettiva sanzionatoria fortemente consolidatasi in materia familiare ed investendo *in toto* gli istituti della separazione e del divorzio. Sul punto, per un'approfondita analisi in chiave comparatistica del passaggio dalla "sanzione" al rimedio" e per una puntuale riflessione sul ruolo da esso svolto nel diritto di famiglia, si rinvia a G. AUTORINO STANZIONE, *Patrimonio, persona e nuove tecniche di "governo del diritto": incentivi, premi, sanzioni alternative*, in *Comparazione e diritto civile*, Annali 2010-2011, Torino, vol. I, p. 49-64. Tuttavia, in questa sede, pare utile anticipare la bipartizione operata dall'A. tra i rimedi tipici offerti dall'ordinamento, distinguendo tra quelli coercitivi e quelli volontari; in quest'ultimi, evidentemente rientrano la separazione consensuale e il divorzio su domanda congiunta.

Con l'abbandono del concetto di colpa, separazione e divorzio si configurano come strumenti apprestati dall'ordinamento per consentire agli individui di mettere fine all'intollerabile compressione dei propri diritti esistenziali, causata dalla compromessa situazione familiare; ferme restando le differenze strutturali che tra i due è comunque possibile scorgere. Ed infatti, nella separazione, il vincolo coniugale, benché fortemente affievolito, si conserva; si scioglie, invece, irrimediabilmente nel divorzio. Nel primo caso, il rapporto coniugale è quiescente; nel secondo caso, il rapporto cessa definitivamente. Questa sola considerazione basterebbe a rimarcare l'evidente diversità strutturale tra gli istituti della separazione e del divorzio, potendo, inoltre, essere estesa anche agli istituti della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta. In particolare, essi si distinguono dai corrispondenti "tipi" giudiziali sotto il profilo procedimentale, essendo praticamente identici gli effetti prodotti. Posta questa premessa, è possibile fissare - in poche e brevi righe- le caratteristiche essenziali di entrambi i rimedi. La separazione dei coniugi- si legge nell'art. 151 c.c. - è lo strumento per ovviare all'intollerabilità della prosecuzione della convivenza. E' un rimedio transitorio tendente, alternativamente, alla riconciliazione o, al contrario, allo scioglimento del matrimonio. Essa, com'è noto, determina solo una "sospensione" di alcuni effetti tipici del matrimonio. Il divorzio- stabilisce l'art. 1, l. 898/1970- sancisce il fallimento del matrimonio, laddove la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può più essere ricostituita. Così, ciascun coniuge riacquista la libertà di stato.

Separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta sono accomunati dalla medesima "funzione pratica" di porre fine ad un matrimonio "fallito", regolandone consensualmente le conseguenze sia di natura personale sia di natura patrimoniale per V. FRANCESCHELLI, *Il matrimonio civile. L'invalidità.*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, II, Torino, 1982, p. 628 e ss. La separazione consensuale costituisce un "banco di prova" per saggiare l'intensità con la quale l'autonomia privata si esplica in ambito familiare per F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 221 e ss. Opinione questa largamente condivisa dalla



Un “fondamentale problema di ordine logico” - prima ancora che giuridico - si è posto, per l’effetto, all’attenzione del legislatore: la conciliabilità tra la disponibilità del vincolo coniugale e l’inderogabilità degli effetti derivanti dal matrimonio.

In un “regime di matrimonio risolubile”, anche i diritti e i doveri che da esso discendono devono essere ripensati nella nuova prospettiva della disponibilità del vincolo³¹: come è stato audacemente osservato, infatti, - “se i coniugi possono

stessa dottrina (tra tutti, si rinvia a G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p. 119). L’A., in particolare, ritiene che la separazione consensuale e il divorzio su domanda congiunta costituiscano le due ipotesi nelle quali appare più chiaramente l’esercizio del potere di autonomia delle parti. V. anche P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione personale dei coniugi*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Rescigno, 1989, p. 30. V., infine, G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, cit., p. 47 e ss.) che, accogliendo la Novella del 1987, sottolinea come l’introduzione del divorzio su domanda congiunta, accanto all’ordinaria procedura contenziosa, abbia contribuito ad accentuare il ruolo dell’autonomia negoziale dei coniugi nella fase patologica del rapporto, tanto da indurre taluno a discorrere precipitosamente di “divorzio consensuale”. In quest’ultimo senso v. ad es. A. TRABUCCHI, *Un nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p.128. *Contra* v. G. AUTORINO STANZIONE, *L’autonomia privata nel divorzio*, in G. Autorino Stanzione e A. Musio, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002, p. 207. Il divorzio su domanda congiunta non costituisce un procedimento propriamente consensuale, dal momento che il relativo procedimento 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. Fermo restando il suo “alto tasso di negoziabilità”, il divorzio su domanda congiunta rappresenta una nuova modalità di proposizione della domanda di divorzio.

³¹ E’ il pertinente rilievo di G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p. 73, il quale, attestandosi su una posizione largamente condivisa dalla dottrina maggioritaria, sostiene che la possibilità della cessazione degli effetti civili del matrimonio abbia rivendicato la “giuridica possibilità” dei privati di regolare l’istituto familiare, contro ogni tendenza autoritativa. Ed infatti, un’indagine volta a determinare l’incidenza della dissolubilità del vincolo coniugale rispetto all’ambito di operatività dell’autonomia privata dei coniugi in crisi impone di affrontare la questione concernente i limiti che quest’ultima incontra nel campo della crisi familiare in tutta la sua ampiezza, individuandone la portata attraverso il richiamo alle plurime questioni ad essa intimamente connesse; nell’ambito delle quali deve essere prioritariamente ricondotta la “questione preliminare” relativa al rapporto tra risolubilità del vincolo coniugale ed inderogabilità degli effetti del matrimonio. In una prospettiva radicalmente diversa, anacronistica e priva di ogni fondamento si colloca l’impostazione tradizionale, strettamente ancorata al binomio “indissolubilità- inderogabilità”, in forza del quale l’inderogabilità degli effetti del matrimonio poggia indiscutibilmente sul dogma dell’indissolubilità del vincolo. Autorevole dottrina ha sottolineato come l’introduzione della legge sul divorzio, in attuazione del principio sancito dall’art. 2 Cost., abbia contribuito ad integrare la disciplina dei rapporti familiari nel senso di garantire a ciascuno dei coniugi il diritto allo svolgimento della propria propria personalità; fortemente compromessa in un sistema che riconoscendo l’indissolubilità del vincolo coniugale, attribuiva ad uno dei due coniugi “*Il diritto di vincolare indefinitamente l’altro a condividere uno status familiae imposto*”. Così M. BESSONE, *La famiglia nella Costituzione, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna, 1977, p. 31. Dello stesso avviso è N. IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)* in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 15 e ss. Cfr. anche S. RODOTA’, *La riforma del diritto di famiglia alla prova, Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Atti Conv. dir. fam.*, Milano, 1976, p. 12.



conseguire lo scioglimento del matrimonio, a maggior ragione possono regolare il contenuto degli effetti di esso”³².

Se, dunque, il principio dell’indissolubilità del vincolo coniugale si nova nel principio di “tendenziale stabilità del rapporto”³³, l’inderogabilità degli effetti del matrimonio ritrova il suo fondamento costituzionale nella tutela dei diritti della persona all’interno della formazione sociale familiare.

In questa nuova dimensione è parso subito chiaro che il principio di inderogabilità degli effetti del matrimonio, espressamente sancito dall’art. 160 c.c., non potesse essere interpretato come assolutamente preclusivo dell’autonomia privata *in subiecta materia*³⁴. E’ stato, al riguardo, osservato come i concetti di inderogabilità e di indisponibilità non siano affatto equivalenti, potendosi configurare degli atti di esercizio del potere di disposizione che non si traducano in una deroga alla situazione giuridica soggettiva che ne costituisce oggetto³⁵.

E allora, il rigore logico dell’inderogabilità “*tout court* intesa” è destinato a stemperarsi nella dialettica tra inderogabilità degli effetti ed iniziativa dei coniugi³⁶, nella misura in cui all’attività negoziale è affidata la “funzione determinativa del contenuto di quel *minimum* inderogabile di tutela”³⁷. In altri termini, attraverso la stipula di “accordi determinativi del contenuto di obblighi legali aventi natura economica”, ai coniugi è data la possibilità di concretizzare gli obblighi inderogabili - i quali sono pertanto contraddistinti da una indisponibilità solo “relativa” - , stabilendone autonomamente la misura ed il contenuto nei limiti in cui tale determinazione non incida sull’essenza del relativo diritto, comportandone

³²Id., *ult. op. cit.*, p. 74. L’introduzione della legge sul divorzio ha segnato il declino del principio dell’indissolubilità del matrimonio. In perfetta armonia con la visione istituzionale della famiglia, tale indissolubilità costituiva un “carattere naturale” del matrimonio, escludendo aprioristicamente ogni forma di esercizio di potere negoziale. Nessuno spazio era lasciato all’autoregolamento dei privati: il matrimonio indissolubile doveva essere autoritativamente regolamentato.

³³Parla di trasformazione del principio dell’indissolubilità del vincolo coniugale nel principio di tendenziale stabilità del rapporto F. RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Torino, 2006, *passim*.

³⁴ Così E. RUSSO, *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2004, p. 320 e ss..

³⁵Con specifico riferimento alle situazioni familiari, sottolinea la configurabilità di un’autoregolamentazione dello svolgimento del vincolo coniugale che si ponga non in termini di deroga dei diritti e dei doveri contemplati dalla legge, bensì in termini di attuazione e specificazione del contenuto e delle modalità di esercizio degli stessi, F. NADDEO, *Il governo della famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico*, diretto da G. Autorino Stanzone, vol. I, *Il matrimonio. I rapporti personali*, Torino, 2005, p. 474 e ss.; nello stesso senso, P. STANZIONE - G. AUTORINO, *Autonomia privata ed accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. Ruscello, Padova, 2006, p. 21; in prospettiva più generale, G. AUTORINO STANZIONE, “Autonomia privata” and Family Relationship Between Legal and *de facto* Situations, Quaderni del Dipartimento, diretti da P. Stanzone, Salerno, 2002, p. 27 e ss.

³⁶G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p.81.

³⁷Id., *ibidem*.



l'estinzione o comunque la vanificazione. Proprio in siffatta funzione determinativa deve essere rinvenuto l'autonomo profilo causale di tali accordi.

Strettamente connessa a tale peculiare configurazione negoziale è l'efficacia di cui gli accordi in questione sono dotati: efficacia cd. "debole", in quanto soggetta a modificazioni dipendenti non dalla contraria volontà delle parti ma dal mutamento delle circostanze di fatto³⁸.

Le considerazioni su esposte valgono a maggior ragione se il campo di indagine è quello della crisi coniugale. Anche nella patologia del rapporto coniugale, infatti, sembrerebbe riproporsi la stessa "*dialettica tra inderogabilità e determinazione*" che caratterizza la fase fisiologica del vincolo coniugale³⁹.

A questo punto, peraltro, nel silenzio della legge, non può omettersi di esaminare la questione dell'estensibilità dell'art. 160 c.c. alla fase patologica del rapporto coniugale: questione sollevata anche nel caso di specie⁴⁰, ma sulla quale i giudici di legittimità hanno finito per soprassedere, operando un espresso richiamo alla disposizione contenuta nell'art.160 c.c. solo al fine di dare un solido fondamento normativo alla liceità del meccanismo condizionale ricostruito nella sentenza .

Il rapporto tra situazioni giuridiche soggettive inderogabili e potere dei coniugi di determinarne il contenuto in sede di separazione e di divorzio ha, invero, da sempre costituito l'oggetto di un fervido e discordante dibattito dottrinario, ancor più esasperato dall'eccessiva genericità della formulazione della norma *supra* richiamata⁴¹.

³⁸Id., *ult. op. cit.*, p. 166. L'efficacia degli atti determinativi - osserva l'A. - è condizionata a due presupposti: che essi, non comportino, nella sostanza, l'abrogazione dell'obbligo legale che è per definizione inderogabile; che non sopravvengano particolari circostanze che rendano l'accordo programmato non più rispondente agli interessi tutelati dalla legge attraverso la posizione di un obbligo inderogabile. Si leggano, al riguardo, anche le considerazioni di F. NADDEO, *Diritti coniugali e disponibilità preventiva*, in www.comparazioneediritto.civile.it, p. 4 e ss.

³⁹Ci si riferisce ancora a G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 83.

⁴⁰Si ricorda, infatti, che l'asserita violazione dell'art. 160 c.c. costituisce uno dei due motivi adottati dalla moglie a fondamento della pretesa nullità dell'impegno negoziale preventivamente assunto.

⁴¹Proprio l'indeterminatezza del suo contenuto normativo ha condotto dottrina e giurisprudenza a riconoscere all'art. 160 c.c. un diverso ambito di operatività, sia sotto il profilo della sua applicabilità alla fase della crisi coniugale sia sotto il profilo della sua riferibilità a "tutti" i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio. Invero, la norma in oggetto, nel sancire che "*gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio*", non afferma quali sono i doveri e i diritti inderogabili; né, d'altra parte, l'art. 143 c.c. - nel quale i singoli doveri sono individuati - esaurisce i contenuti delle situazioni soggettive dei coniugi. Sembra, infatti, che l'articolo 143 c.c. indichi soltanto un "contenuto minimo" affinché possa aversi una comunione di vita spirituale e materiale. Sull'indeterminatezza del contenuto dell'art. 160 si rinvia a F. ANGELONI, *op. cit.*, p. 261 e ss. Oltre al suo ambito di operatività, dell'art. 160 c.c. è messo, altresì, in discussione l'ambito di efficacia. Sul punto, si ritiene utile dare brevemente conto dei due orientamenti dottrinari prevalenti. Sul presupposto della sua collocazione sistematica, un primo orientamento dottrinario limita l'efficacia della norma ai soli rapporti patrimoniali derivanti dal matrimonio. Un secondo orientamento, certamente più condivisibile, riferisce l'inderogabilità *ex art.* 160 c.c. a tutti i diritti e i doveri che



Sulla sfera di applicabilità dell'art. 160 c.c., peraltro, ci si deve intendere. A tal proposito, si ritiene assolutamente necessario distinguere tra le diverse fasi della patologia coniugale, non mancando di rimarcare ancora una volta le profonde differenze strutturali che pure sussistono tra separazione e divorzio.

Pertanto, si conviene con chi sostiene che l'art. 160 c.c. opera all'interno dello *status* coniugale e durante la sua persistenza, non nel momento dello scioglimento del vincolo, in cui viene meno qualsiasi interesse comunitari⁴². Rafforza

nascono dal matrimonio, sia di natura personale sia di natura patrimoniale. Nel primo senso v. F. ANGELONI, *op. cit.*, p. 261 e ss.. *Contra* v. G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare*, cit., p. 62.

⁴²“In un ordinamento che conosce la risolubilità del vincolo matrimoniale”, non potrebbe essere altrimenti, sostiene G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p. 189. Si mostra risoluta nel ritenere l'art. 160 c.c. applicabile anche alla fase della separazione altra autorevole dottrina, in particolare v. C. M. BIANCA, *Diritto Civile, III, Il Contratto*, Milano, 2007, p. 188. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991, p. 520; G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia familiare*, cit., p. 62. Così anche S. MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia (Disposizioni generali)*, in *Noviss. dig.it., App.*, vol. VI, Torino, 1986, p.452. Con specifico riferimento ai doveri di contribuzione e di assistenza, di cura, di mantenimento e di educazione dei figli, è stato osservato che la norma in esame connota in modo essenziale ed indefettibile il vincolo coniugale anche durante la crisi perché richiama una serie di situazioni giuridiche che si, nascono col matrimonio, ma sopravvivono alla crisi, adeguandosi ad essa. In giurisprudenza, nel senso della sopravvivenza, durante la fase della separazione personale, di tutti i diritti e i doveri non incompatibili con la cessazione della convivenza, v. innanzitutto Trib. Napoli, Marzo 1990, in *Dir. e giur.*, 1992, p. 280. Al contrario, un drastico ridimensionamento della portata di tale disposizione è irragionevolmente operato da quella dottrina che giunge ad affermare l'inoperatività nella fase patologica del rapporto coniugale, ribadendone la sua totale estraneità alla regolamentazione dei rapporti tra coniugi separati o tra ex coniugi divorziati. Nessun *discrimen* è operato tra separazione e divorzio. In particolare, secondo quest'orientamento, il diritto di chiedere la separazione personale, costituendo l'ultima delle situazioni giuridiche soggettive ricomprese nell'ambito di applicazione dell'articolo in esame, fissa un limite estremo alla sua operatività, determinando, altresì, il passaggio dalla fase fisiologica alla fase patologica del rapporto coniugale. In questo senso, tra le voci più autorevoli si leva quella di F. ANGELONI, *op. cit.*, p. 274. A fondamento della tesi sopra esposta, l'A. adduce diverse argomentazioni(anche di carattere “sociologico”). In primo luogo, sarebbe la collocazione dell'art. 160 c.c. tra le disposizioni generali relative al regime patrimoniale della famiglia a confermare l'esclusiva riferibilità dell'articolo alla sola fase fisiologica del rapporto coniugale. In tal senso, l'A. richiama G. OBERTO, *I contratti sulla crisi coniugale*, cit., p. 602. In secondo luogo, l'A. ritiene che l'inoperatività della norma sarebbe ulteriormente confermata da un insolito “silenzio normativo” circa la presunta indisponibilità del diritto al mantenimento del coniuge separato e del diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio; dal momento che l'indisponibilità di una determinata situazione giuridica di diritto di famiglia è sempre espressamente sancita dalla legge. L'applicabilità del divieto *ex art.* 160 c.c alla crisi coniugale, secondo altri (tra tutti, P. ZATTI, *La separazione personale*, Torino, 1988, p. 139. Cfr. A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia* in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 626 e ss.), è certamente impedita dal radicale mutamento strutturale che investe i diritti e gli obblighi dei coniugi nel passaggio dalla fase fisiologica a quella patologica del rapporto. In quest'ottica, i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio, profondamente mutati nei presupposti, nel contenuto e nelle funzioni, non possono essere affatto equiparati ai rapporti patrimoniali che scaturiscono dalla crisi, essendo questi ultimi privi della componente spiccatamente affettiva che



quest'affermazione la considerazione che la separazione non costituisce l'“anticamera inevitabile” del divorzio, bensì uno *spatium deliberandi* sulla prosecuzione del rapporto, inducendo ad affermare la vigenza di tutti i diritti e i doveri inderogabili che non siano incompatibili con lo stato di separazione⁴³.

Se, dunque, l'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c., benché oggettivamente ridimensionata, è senz'altro operativa anche nell'ambito della separazione, la sua inapplicabilità al divorzio non conduce, peraltro, a negare per ciò stesso in tale fase l'operatività del valore della solidarietà familiare, perché, se è vero che lo scioglimento del vincolo coniugale determina l'estinzione dei doveri reciproci che derivano dal matrimonio, è pur vero che l'elemento solidaristico prescinde dalla rottura del rapporto coniugale, “sopravvivendo” alla crisi⁴⁴.

Un simile passaggio argomentativo sembra essere sfuggito ai Giudici della Corte: dall' *iter* logico - giuridico seguito può desumersi che essi, riconducendo al momento dell'avveramento dell'evento dedotto in condizione (fallimento del matrimonio) una “riespansione” dei rapporti di dare e di avere patrimoniale, quiescenti e sospesi su accordo dei coniugi, in costanza di matrimonio e “nell'ambito di una stretta solidarietà tra i coniugi stessi”, abbiano inteso circoscrivere l'ambito di operatività del valore della solidarietà alla sola fase fisiologica del rapporto coniugale. Come se la definitiva cessazione del *mènage* coniugale bastasse ad escludere l'operatività di un principio di rango costituzionale, posto a garanzia della insopprimibile esigenza di tutela della dignità e dei diritti fondamentali della persona ed in grado di imporsi, in ambito familiare, con una forza maggiore, intrinsecamente connessa alla tipica funzione che la famiglia è chiamata ad assolvere⁴⁵.

contraddistingue i primi e che non può trovare alcuna giustificazione in un momento in cui di *affectio coniugalis* non si può parlare.

⁴³E' la considerazione, quasi testualmente riportata, di G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 206 e s.

⁴⁴ Nella tendenza a riconoscere un sempre più ampio margine all'autonomia privata si inserisce anche l'isolata opinione di R. AMAGLIANI, *op. cit.*, 139. L'A. ritiene che in una famiglia non più unita il valore della solidarietà coniugale non possa più trovare alcuno spazio. Condividere, peraltro, questa posizione significherebbe svilire la portata spiegata dal principio solidaristico nell'ambito delle vicende familiari. Anche perché, com'è stato significativamente sottolineato da E. QUADRI, *op. cit., passim*, la ricostruzione dell'autonomia privata in termini così refrattari a qualsiasi controllo risulta essere un'operazione altamente rischiosa e certamente non condivisa sul piano del diritto vigente, in quanto suscettibile di pregiudicare la posizione paritaria dei coniugi. Invero, l'esclusivo affidamento della gestione della crisi a scelte arbitrarie dei coniugi potrebbe comportare il rischio di sopraffazione di uno dei due sull'altro, la cui posizione - evidentemente più debole - sarebbe, per giunta, sguarnita di ogni forma di tutela. Ciò - osserva C. M. BIANCA, *Diritto Civile, 2, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 17. - risulterebbe in contrapposizione con “la sicura tendenza del nostro tempo di non abbandonare la parte debole al potere contrattuale della parte forte”.

⁴⁵Sull'operatività del principio solidaristico anche nella fase patologica del vincolo cfr., tra le voci più autorevoli, C.M. BIANCA, *ult. op. cit., passim*. Cfr. G. ALPA e E. BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, *Famiglia e matrimonio. Separazione*



Contra, può osservarsi che in ambito familiare il valore della solidarietà si estrinseca sotto un duplice profilo: morale e materiale. E se nella fisiologia del rapporto coniugale è messo in risalto il primo profilo, nella fase patologica assume particolare rilievo il secondo: la solidarietà economica, qualificandosi come “solidarietà post- coniugale”⁴⁶, spiega una forza tanto vincolante da abbattere anche i muri dell’incomunicabilità e della conflittualità eretti dalla crisi ⁴⁷.

Se, dunque, il principio solidaristico, nella fase patologica del rapporto coniugale, assolve un’indiscutibile “funzione riequilibratrice”, la natura degli interessi coinvolti dalla crisi coniugale reclama una tutela adeguata, giustificando rilevanti limitazioni dell’autonomia coniugale sia in nome della protezione degli interessi dei familiari e dei terzi che in forza della salvaguardia dell’esigenza di certezza nella costituzione degli *status* familiari⁴⁸.

Ed infatti, la trama dell’intera regolamentazione della crisi coniugale e degli effetti da essa determinati è ordita nell’intreccio fra consenso ed intervento giudiziale.

Entro questi argini, un “certo” spazio di operatività è innegabilmente - ma non incondizionatamente - concesso all’autonomia privata dei coniugi⁴⁹.

– *Divorzio*, a cura di G. Ferrando, M. Fortino, e F. Ruscello, Milano, 2002, p. 898. V. anche G. AUTORINO STANZIONE, *Profili generali*, in G. AUTORINO STANZIONE - A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, cit., p. 2 e ss. V. anche G. OBERTO, *Prenuptial agreements in contemplation of divorce” e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 171 e ss.

⁴⁶Tra tutti, v. C. M. BIANCA, *Il familiare debole: l’impegno di giustizia nel nuovo diritto di famiglia*, in *La Civiltà Italiana dagli anni Cinquanta ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, *Atti del convegno di Venezia*, Padova, 1991, p. 226-227.

⁴⁷Il profilo della “solidarietà economica” non si estingue con la crisi familiare specificandosi, in questa fase, nel diritto di mantenimento e nel diritto agli alimenti. Muove quest’osservazione F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁸Ribadendo l’inesistenza di un “interesse superiore”, qui si intende fare anzitutto riferimento agli interessi preminenti della prole. Sul punto si rimanda a T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, p. 49.

⁴⁹ Negozialità e controllo giudiziale costituiscono i tratti distintivi più rilevanti della fase patologica del rapporto coniugale. Se, da una parte, la definizione consensuale della crisi trova il suo fondamento nell’esigenza, avvertita dai coniugi, di ricercare “un’alternativa” all’intervento del giudice, dall’altra, nemmeno può prescindere dalla “necessaria giurisdizionalità” che il Legislatore ha voluto espressamente conferire ai procedimenti di separazione e di divorzio. Definiti come due dei momenti più alti di negozialità del diritto di famiglia, separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta sono pur sempre procedure caratterizzate dall’intervento del giudice. Nell’una e nell’altra, la volontà dei coniugi è filtrata dal controllo giurisdizionale. Per R. AMAGLIANI, *op. cit.*, p. 135 e ss., la mediazione giudiziaria è sempre indispensabile nelle vicende che determinano una modificazione dello *status* coniugale; tale è il passaggio dalla fase fisiologica a quella patologica del rapporto. Secondo l’A., è fuori dubbio che allo stato attuale della sua evoluzione, l’ordinamento abbia posto un’equazione indeclinabile tra modificazione dello *status* di coniuge ed intervento giudiziale, che, tuttavia, non può condurre all’assoluta negazione del potere dei coniugi di incidere sul proprio *status*.



Così, l'autonomia privata sembra essere destinata ad infrangersi - anzitutto - nel principio di indisponibilità dello *status* coniugale, che persiste fino alla pronuncia di scioglimento del matrimonio. In altri termini, ai coniugi non è dato disporre incontrollatamente del proprio stato: essi non possono provocare né arbitrariamente regolamentare il passaggio “dall’unità alla divisione legale del gruppo”⁵⁰.

Tuttavia, declinando insieme iniziativa privata e controllo giurisdizionale, viene, altresì, delineandosi la misura della disponibilità dei diritti connessi alla crisi e ci si accorge che il ruolo dell'autonomia privata, di fatto, è sostanzialmente legato all'individuazione dei diritti liberamente negoziabili nell'ambito dei rapporti familiari. In questo ambito, non possono considerarsi liberamente disponibili quelle situazioni che rappresentano la diretta attuazione di “*principi fundamentalissimi*”⁵¹, quali la pari dignità morale e sociale dei coniugi.

In particolare, cessato il vincolo coniugale, non viene certamente meno l'esigenza di tutela e di protezione di quel coniuge il quale, venutosi a trovare (per effetto della separazione o del divorzio) in una situazione di minore forza morale ed economica, deve poter contare almeno su un'attribuzione patrimoniale⁵². La funzione riequilibratrice che il principio solidaristico è chiamato ad assolvere, in special modo nella patologia del rapporto, impone all'ordinamento di apprestare degli strumenti di tutela adeguati a scongiurare o comunque a contenere il pericolo di uno squilibrio tra le posizioni dei coniugi.

Peraltro, gli obblighi di contenuto economico posti- in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge- in capo al coniuge più forte ed in favore di quello più debole, benchè irrinunciabili, intrasferibili ed imprescrittibili, rimangono, tuttavia, salvo qualche eccezione, “relativamente disponibili”. Nei limiti della loro inderogabilità deve, infatti, pur sempre ammettersi la possibilità di un'attività negoziale determinativa.

In questa prospettiva, al coniuge debole, in considerazione dell'eventuale stato di bisogno in cui versa, deve essere, in primo luogo, assicurato quanto risulti indispensabile per il suo sostentamento.

Il suo diritto agli alimenti è indisponibile. Tra l'altro, l'assoluta indisponibilità dell'obbligazione alimentare è espressamente sancita dalla legge.⁵³

⁵⁰P. ZATTI, *Commento a Cass. 13 febbraio 1985, n. 1208*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 658 e ss.

⁵¹ Id., *ibidem*.

⁵²Depongono in tal senso l' art. 156 c.c. in materia di separazione e l'art. 5, l. 898/1970 in materia di divorzio.

⁵³Si desume chiaramente dall'art. 447 c.c. che sancisce l'inammissibilità della cessione e della compensazione del credito alimentare. Dunque, il diritto agli alimenti è per sua natura indisponibile, non cedibile e non compensabile. Allo stesso modo, l'obbligazione alimentare trova il fondamento della sua indisponibilità nel “diritto alla vita in senso stretto”, in quanto tesa a garantire al coniuge che, in conseguenza della rottura del rapporto, venga a trovarsi in una situazione di indigenza, il diritto alla conservazione della propria vita. A questo punto emerge con chiarezza la differenza tra obbligazione



Ma al coniuge più svantaggiato deve essere altresì riconosciuto il diritto di conservare il tenore di vita e la posizione economico- sociale mantenuti in costanza di matrimonio. E quando a ciò non siano sufficienti i propri redditi e siano invece adeguati i mezzi economici dell'altro coniuge, quest'ultimo è obbligato ad "assistere materialmente" l'altro, essendo tenuto al versamento in suo favore dell'assegno di mantenimento o dell'assegno divorzile.

Allora, è stato avvertito⁵⁴, si tratta di identificare la natura giuridica di tali prestazioni, attraverso l'individuazione delle situazioni di interesse di volta in volta protette.

Nella separazione, l'obbligo di versare l'assegno di mantenimento trova il suo fondamento nel dovere dei coniugi, reciproco ed inderogabile, di contribuire ai bisogni della famiglia in relazione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Intimamente connessa all'irrinunciabilità dell'obbligo di mantenimento, nonché all'indisponibilità del relativo diritto, è la funzione squisitamente contributiva dell'assegno, che può essere agevolmente desunta dal combinato disposto degli artt. 143 e 160 c.c.. Entro questi limiti, all'autonomia privata è rimessa la determinazione del *quantum* e del *quomodo* dell'assegno.

Dunque, il diritto al mantenimento vantato dal coniuge meno agiato è indisponibile, ma è sempre possibile pattuire la misura dell'assegno secondo le reali possibilità del coniuge obbligato ed i bisogni del beneficiario; allo stesso modo, è previsto che il coniuge avente diritto riconosca la propria autosufficienza e non formuli alcuna richiesta di mantenimento⁵⁵. Questa sembra essere la conclusione più ovvia⁵⁶.

alimentare e obbligo di mantenimento. "Alimenti" e mantenimento non sono equiparabili, perché informati a criteri determinativi del tutto diversi. Come *supra* precisato, l'assegno di mantenimento è correlato alla mancanza di redditi adeguati; gli alimenti, invece, sono correlati allo "stato di bisogno".

Tale conclusione è confermata, in materia di separazione, dall'art 156 c.c. La norma annovera tra gli effetti della pronuncia di separazione il riconoscimento in capo al coniuge, cui non sia addebitabile la separazione e che non disponga di adeguati redditi propri, il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto necessario al suo mantenimento e fa salvo – in ogni caso - l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli artt. 433 e ss.

⁵⁴ R. AMAGLIANI, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁵ L'accordo con cui i coniugi pattuiscono che l'avente diritto, riconoscendo la sua condizione di autosufficienza economica, non richieda l'assegno di mantenimento, non costituisce rinuncia all'assegno medesimo e vincola i coniugi soltanto fino a quando sussistano le condizioni di autosufficienza; essendo sempre revocabile e potendo esserne eccepita l'inefficacia ogni qual volta esso scaturisca da una valutazione non libera o erronea. Viene in rilievo la dibattuta e controversa questione della rinunciabilità dell'assegno di mantenimento, che in questa sede si intende solo accennare. Prevalente è l'orientamento dottrinario che afferma il principio dell'irrinunciabilità del diritto al mantenimento. In particolare G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 165, precisa che l'indisponibilità di tale diritto è unicamente collegata al divieto di procedere ad una sostanziale abrogazione dello stesso. La rinuncia a tale diritto è considerata sicuramente invalida da G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 207, cui si rimanda per una completa disamina del tema e per una puntuale



In sede di divorzio, l'autonomia negoziale dei coniugi si trova a dover fare i conti con la natura indisponibile del diritto alla corresponsione dell'assegno divorzile, della cui natura assistenziale non può ormai dubitarsi⁵⁷; considerando, a maggior ragione, che l'unico criterio di attribuzione del diritto alla corresponsione dell'assegno medesimo è rappresentato- *ex art. 5, l. 898/1970*- dall'inadeguatezza dei

ricostruzione degli esiti diversi e spesso divergenti cui è pervenuta la dottrina . Per l'opposto orientamento, si rimanda alla nota successiva.

⁵⁶Non appare condivisibile la tesi della piena disponibilità del diritto di mantenimento . Giunge ad affermare la libera disponibilità e quindi la rinunciabilità dell'assegno di mantenimento G. OBERTO, *Commento all'art. 160 c.c.*, in *Comm. Cod. Civ.* diretto da G. Gabrielli, artt. 74 -176, *Della famiglia*, 2010, vol. I, p. 977 e ss. L' A., ritenendo l'art. 160 c.c. inapplicabile alla patologia del rapporto coniugale, sostiene che la tesi della libera disponibilità dell'assegno di mantenimento sarebbe ulteriormente suffragata dalla formulazione dell'art. 156 c.c., ai sensi del quale il contributo al mantenimento non può essere disposto d'ufficio, dovendo essere espressamente richiesto dal coniuge interessato.

⁵⁷In riferimento alla natura dell'assegno di divorzio sono state diverse le tesi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In effetti, il lungo dibattito sul tema della disponibilità dell'assegno divorzile ha conosciuto fasi e vicende alterne: da un indirizzo giurisprudenziale originariamente favorevole, si è passati, attraverso una fase intermedia di "indisponibilità relativa", ad un' indisponibilità assoluta, per poi approdare alla distinzione tra indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio. Qui sinteticamente si rileva che, prima della riformulazione dell'art. 5, l. 898/1970 ad opera della l. 74/ 1987, giurisprudenza e dottrina erano indirizzate ad attribuire all'assegno divorzile natura composita; ora evidenziandone la componente assistenziale, ora mettendone in risalto la funzione risarcitoria oppure rimarcandone la componente compensativa. Nel regime post- riforma, è prevalsa la tesi che, in coerenza con il dato normativo, sostiene la natura eminentemente assistenziale dell'assegno divorzile . In base alla struttura grammaticale e logica del nuovo testo dell'articolo citato, è innegabile che il rapporto di consequenzialità tra la mancanza di mezzi ed il diritto all'assegno abbia carattere esclusivo. Così, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, l' unico presupposto legittimante l'attribuzione dell'assegno, *ex art. 5, 6° co.*, legge 898/1970, consiste nella mancanza, da parte dell'ex coniuge che ne pretende l'attribuzione, di mezzi adeguati oppure nella sua impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive. Inoltre, è opinione largamente condivisa che, per mancanza di "mezzi adeguati", il Legislatore non intenda lo "stato di bisogno" dell'avente diritto - il quale può essere anche economicamente autosufficiente- bensì la mancanza di mezzi tali da consentire all'ex coniuge la prosecuzione di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio. Per quest'ultima considerazione v. V. CARBONE, *Urteildammerung, una decisione crepuscolare sull'assegno di divorzio*, nota a Cass., n. 11490/1990, in *Foro. it.*, 1991, I, c. 67. In dottrina, sulla natura assistenziale dell'assegno divorzile, tra tutti si segnalano C.M. BIANCA, *Diritto civile, II, cit.*, p. 200; A. SPADAFORA, *Il presupposto fondamentale per l'attribuzione dell'assegno divorzile nell'ottica assistenzialistica della riforma del 1987*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2394 ed infine, A. TRABUCCHI, *La funzione di assistenza dell'assegno di divorzio e l'assegno in corso di separazione legale in Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 43. Nella giurisprudenza di legittimità, tra le altre v. Cass., n. 22505/2010, consultabile al sito www.leggiditalia.it/banchedati/repertoriogiurisprudenza/cassazionecivile; Cass. 1322/1989; Cass., n. 2799/1990. La Corte, dopo aver affermato la natura assistenziale dell'assegno divorzile, l'ha solennemente riconosciuta con quattro importanti pronunce a sezioni unite (Cass., Sez. un., n. 11489/1990; Cass., Sez. un., n. 11490/1990; Cass., Sez. un., n. 11491/1990; Cass., Sez. un., n. 11492/1990). Per tutte c. Cass., Sez. un., n. 11490/1990 e Cass., Sez. un., n. 11492/1990 nel sito www.leggiditalia.it/Cassazione Civile.



mezzi del “coniuge avente diritto” a conservare un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio⁵⁸.

E se da una parte si ritiene di respingere la piena disponibilità del diritto *de qua*⁵⁹, dall'altra, nemmeno può affermarsene un'indisponibilità assoluta⁶⁰.

Sicuramente, i coniugi non possono disporre dell'assegno divorzile in modo tale da estinguere o vanificare il relativo diritto. In particolare, il beneficiario dello stesso non potrebbe mai preventivamente rinunciarvi⁶¹. Le parti possono, tuttavia, stabilirne

⁵⁸Di quest'avviso è G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 210. A seguito della riforma dell'art. 5. l. 898/70, osserva l'A., le “ragioni della decisione” e il “contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio proprio o di quello comune” rilevano esclusivamente come “criteri quantitativi”, venendo in rilievo solo ai fini della determinazione del *quantum* dell'assegno.

⁵⁹Afferma la piena disponibilità dell'assegno di divorzio F. ANGELONI, *op. cit.*, p. 419 e ss., sulla base di una serie di elementi che possono essere sinteticamente individuati nel tramonto della concezione istituzionale della famiglia, nella categorica inoperatività dell'art. 160 c.c. nella fase patologica del rapporto matrimoniale ed infine nella lettura *a contrario* dell'art. 4, l. 898/70. L'A., in particolare, ritiene che i coniugi, nell'esercizio della loro autonomia privata, possono liberamente disporre del diritto alla corresponsione dell'assegno divorzile, sia rinunciandovi sia concludendo negozi d'accertamento dello stesso sia concludendo transazioni relativamente alle controversie che possono riguardarlo. Tra i tanti, afferma la rinunciabilità del diritto alla corresponsione dell'assegno divorzile G. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e dir.* 1995, p. 602.

⁶⁰Emblematica in tal senso è Cass., n. 22505/2010, consultabile nel sito [www.leggiditalia.it/Cassazione Civile](http://www.leggiditalia.it/Cassazione_Civile). La Suprema Corte, pur riconoscendo l'esclusiva funzione assistenziale dell'assegno divorzile, ne ha confermato la parziale disponibilità laddove ha previsto che i coniugi possano concordarne l'ammontare e la corresponsione in un'unica soluzione, con il conseguente effetto estintivo permanente, sempreché l'accordo sia ritenuto equo dal giudice. Infatti, nel caso in cui i coniugi si accordino per la liquidazione *una tantum* dell'assegno, non possono successivamente chiederne la revisione. In quest'ultima ipotesi è eccezionalmente esclusa l'operatività della regola “*rebus sic stantibus*”. Tale clausola, come si desume dalla sentenza qui richiamata e come la stessa Corte ha ribadito -, opera come “meccanismo di salvaguardia dei bisogni di vita del coniuge debole”, nella misura in cui esclude la “definitività” degli accordi coniugali. I coniugi possono regolamentare consensualmente i loro rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, conservando, altresì, il diritto di chiedere in ogni momento una modifica degli accordi raggiunti, in seguito al verificarsi di “un mutamento delle condizioni”. In dottrina, tra i tanti, affermano la parziale disponibilità dell'assegno divorzile, G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 165 e ss. e M. DOGLIOTTI, *Doveri familiari e obbligazione alimentare*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, vol. VI, t. 4, Milano, 1994, p. 7 e p. 84; V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra indisponibilità e disponibilità*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 866.

⁶¹Taluno ha creduto, al riguardo, di dover distinguere l'indisponibilità sostanziale dell'assegno dalla sua disponibilità processuale, rilevando come la sua attribuzione sia fondata sul principio della domanda. In altri termini, l'avente diritto - che non può rinunciarvi nella fase che precede il giudizio di scioglimento del matrimonio - può decidere di non proporre la relativa domanda in giudizio: così E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, I, 1993, p. 349., a cui si rimanda per un'approfondita analisi sul punto. Per M. G. UDA, *Sull'indisponibilità del diritto all'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.* 1995, p.18., la mancata proposizione della domanda giudiziale dell'assegno si trasforma in un vero e proprio negozio abdicativo, cosicché la disponibilità processuale



convenzionalmente la misura e le modalità di corresponsione nella misura in cui non incidano sulla componente assistenziale, ma solo su quella compensativa o risarcitoria.

4. Il rapporto tra negozialità della crisi coniugale e disponibilità dei diritti ad essa connessi - ricostruito nei termini di cui *supra* - risulta sufficientemente lineare.

Ma, come risulta dal dibattito giurisprudenziale e dottrinario, gli equilibri delineati saltano nel momento in cui tale disponibilità si arricchisce della specifica connotazione temporale della “preventività”⁶², essendo quest’ultima in grado - almeno secondo la giurisprudenza prevalente - di condizionare fortemente ed in varia misura il concreto esercizio del potere di disposizione dei coniugi.

Ed infatti, in quest’ottica, l’“elemento temporale” sembra giocare un ruolo eccessivamente rilevante, in grado di condizionare incisivamente la disponibilità dei diritti patrimoniali connessi alla crisi coniugale, fino a costituire il vero e proprio *discrimen* della validità degli accordi in parola.

Esso, assurgendo *de facto* a criterio di legittimità e di classificazione degli accordi preventivi, si riflette in maniera diversa sulla problematica questione della loro ammissibilità al punto da determinare un trattamento irragionevolmente disparitario tra le diverse fattispecie di accordi preventivi: di qui a poco si avrà modo di osservare, infatti, come all’affermazione della piena legittimità degli accordi patrimoniali preventivi stipulati in vista della separazione o dell’eventuale declaratoria di nullità del matrimonio, si contrapponga la conclamata nullità degli accordi patrimoniali preventivi di divorzio e dunque anche degli accordi prematrimoniali volti a prefigurare le conseguenze economiche della crisi coniugale.

Ad avviso della dottrina e della giurisprudenza più restrittive, il tenore della vigente normativa in materia di divorzio vieta - indubitabilmente - di accordare efficacia ad ogni patto coniugale intervenuto preventivamente allo scioglimento del matrimonio, al fine di predeterminare il regime giuridico patrimoniale di un futuro ed eventuale divorzio⁶³.

dell’assegno di divorzio sarebbe assoluta, priva di qualsiasi controllo ed in buona sostanza vanificatoria della tutela che il legislatore appresta in favore del coniuge più debole. *Contra*, peraltro, è stato osservato che altra cosa è la disponibilità della norma civile, altra la disponibilità convenzionale del diritto. In tal senso, v. E. RUSSO, *Il divorzio all’americana; ovvero l’autonomia privata nel rapporto matrimoniale* in *Foro it.*, 2001, I, c. 1331 e ss.

⁶²Tale espressione è efficacemente utilizzata da A. PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio* in *Vit. not.*, 2001, n. 2, p. 1017 e ss. In effetti, si registrano una grande disparità di vedute ed evidenti incongruenze nelle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito al problema della disponibilità preventiva dei diritti coniugali patrimoniali, nonché all’annessa e controversa questione della validità degli accordi preventivi conclusi in vista della cessazione del *ménage*.

⁶³Il riferimento è alla L. 898/1970, come modificata dalla L. 74/1987. L’osservazione è di F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contr. impr.*, 2000, III, p. 1137 e ss., al quale si rimanda per



La monolitica posizione assunta dalla Corte e le ormai inaccettabili argomentazioni addotte a sostegno della radicale nullità degli accordi preventivi conclusi in previsione del divorzio hanno inevitabilmente ristretto gli orizzonti interpretativi della più recente giurisprudenza di legittimità e delle correnti dottrinarie tradizionalmente contrarie alla validità degli stessi accordi, ma non sono certo riuscite a disinnescare quel processo di evoluzione culturale e dottrinale, che pure si è registrato nel nostro ordinamento. Ciascuna delle apodittiche affermazioni della giurisprudenza - come si avrà ora modo di illustrare - è destinata a soccombere di fronte alle coerenti e ragionate obiezioni poste dalla dottrina maggioritaria a sostegno della tesi della piena ammissibilità degli accordi conclusi in previsione di un'ipotetica crisi coniugale. Molte delle motivazioni addotte a sostegno dell'invalidità degli accordi preventivi si rivelano, infatti, *prima facie* infondate⁶⁴; altre, prive di solidi fondamenti logico-giuridici, paiono facilmente contestabili attraverso una corretta ricostruzione del potere di disposizione preventiva⁶⁵.

In primis, gli accordi preventivi di divorzio, nella ricostruzione prospettata dalla Corte e condivisa da una parte della dottrina⁶⁶, sarebbero nulli perché inderogabili e indisponibili sarebbero i diritti patrimoniali che ne costituiscono l'oggetto. Quest'ultimi, nati in costanza di matrimonio e per effetto dello stesso, si sottrarrebbero al potere di disposizione dei coniugi.

In quest'ottica, non avrebbe senso attribuire agli sposi diritti e doveri inderogabili *ex art. 160 c.c.* se poi si consentisse loro di determinare convenzionalmente, durante il matrimonio, le condizioni patrimoniali di un eventuale divorzio. Un simile regolamento, oltre ad essere manifestamente *contra legem*, "inevitabilmente modificherebbe il tipo del matrimonio stesso"⁶⁷.

una ricostruzione in senso critico dell'orientamento restrittivo assunto dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia di accordi preventivi di divorzio.

⁶⁴ Per ovvie ragioni di coerenza e di sintesi della trattazione, in sintonia con l'espreso riferimento (operato dalla Corte nella pronuncia in commento) ai principi dell'indisponibilità degli *status* e dell'assegno divorzile, nonché all'illiceità della causa, in questa sede, saranno passate al vaglio critico solamente alcune delle argomentazioni tradizionalmente poste dalla giurisprudenza di legittimità a sostegno del proprio indirizzo restrittivo.

⁶⁵ Sia consentito rinviare, sul punto, a F. NADDEO, *Diritti coniugali e disponibilità preventiva*, cit., p. 7 e ss.

⁶⁶Condividono la posizione assunta dalla Cass., E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 345-346, il quale, negando la diretta applicabilità dell'art. 160 c.c. alla disciplina dei rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio, ne afferma l'applicazione in via analogica, incurante del divieto posto dall'art. 14 prel. c.c.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 699 e ss., il quale include tra i diritti e i doveri inderogabili *ex art. 160 c.c.* anche il potere di provocare una pronuncia giudiziale sui rapporti patrimoniali che devono eventualmente persistere pur dopo lo scioglimento del vincolo.

⁶⁷In sent. n. 3777/1981 (in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1159 s.), la S. C. ha precisato: "Un tipo di matrimonio si caratterizza, infatti, ed in maniera decisiva, non soltanto per il regime che si attua tra i coniugi finché esso dura, ma anche per il modo in cui si scioglie. In altre parole, l'esistenza o meno



In particolare, è costante l'affermazione dell'inammissibilità degli accordi *de qua* per la presunta, assoluta indisponibilità dell'assegno divorzile, desunta, in primo luogo, dalla esclusiva funzione assistenziale ad esso attribuita; in secondo luogo, dal combinato disposto degli art. 160 c.c., 143 c.c. e dall'art. 5, VI co., l. 898/1970⁶⁸.

In una simile prospettiva, ogni accordo preventivo dei coniugi che prevedesse o escludesse la spettanza dell' assegno divorzile o ne specificasse la misura e le modalità di corresponsione sarebbe radicalmente nullo.

A siffatte argomentazioni può, innanzitutto, ribattersi che la norma enunciata dall'art. 160 c.c. e frequentemente invocata a sostegno della tesi della nullità è, come si è precedentemente detto, inoperante nel momento, irreversibilmente patologico, dello scioglimento del vincolo coniugale e quindi è inapplicabile ai diritti e ai doveri scaturenti dalla cessazione del *ménage*⁶⁹.

Quanto, poi, alla funzione assistenziale dell'assegno, si è già avuto modo di dimostrare che essa non ne comporta l'assoluta indisponibilità, come gli stessi giudici di legittimità hanno riconosciuto, affermandone *apertis verbis* la disponibilità endoprocessuale⁷⁰. E però, proprio il collegamento temporale dell'accordo determinativo con il processo, nell'ottica della Suprema Corte, costituisce il *discrimen* utilizzato per dedurre l'indisponibilità preventiva dell'assegno medesimo⁷¹.

I giudici di legittimità, infatti, replicando all'opposta e prevalente opinione secondo cui gli accordi di carattere preventivo sarebbero stati implicitamente riconosciuti dal Legislatore mediante l'introduzione del procedimento su domanda congiunta *ex art. 4, XIII co., l. 898/1970*, hanno tenuto a precisare che, nel procedimento di divorzio su domanda congiunta, gli accordi conclusi dai coniugi sull'assetto dei loro interessi patrimoniali sono validi poiché attengono ad un divorzio che essi hanno già deciso di conseguire, non semplicemente prefigurato.

Tale distinzione tra un "divorzio già deciso" e un "divorzio semplicemente prefigurato", tuttavia, appare manifestamente illogica e priva di ogni fondamento giuridico. Non si comprende, infatti, in che modo possa influire sulla disponibilità o sull'indisponibilità di un diritto la circostanza che il suo evento generatore (nel caso specifico, il divorzio) sia considerato dalle parti come "sicuro" o "incerto", alla stregua di una condizione d'efficacia; a meno che - come si è osservato - un tale

della possibilità di divorziare, le condizioni alle quali ciò può essere ottenuto e gli effetti che può produrre influiscono in maniera determinante sulla natura stessa del vincolo matrimoniale". Sul punto l. anche Cass., sent. n. 13128/1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1239.

⁶⁸Sempre in sent. n. 3777/1981, la S. C. ha affermato: "Anche l'assegno di divorzio, pur riferendosi innegabilmente ad un tempo in cui i coniugi non sono più tali, rientra pur sempre tra i diritti derivanti dal matrimonio e, quindi, tra i diritti inderogabili da parte dei coniugi fino a che essi siano tali o prima ancora che lo diventino".

⁶⁹In questo senso G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 211 e ss.

⁷⁰Si rinvia ancora alla già richiamata Cass., n. 22505/2010.

⁷¹Per questa e per la considerazione immediatamente successiva v. D. RUGGIERO, *op. cit.*, p.

76.



orientamento non sia giustificato dalla preoccupazione di salvaguardare la libertà di ciascuno dei coniugi in ordine alle determinazioni relative al proprio *status*⁷².

Ma in tal caso, “rimarrebbe da chiedersi perché mai se l'accordo può essere raggiunto la sera precedente alla presentazione del ricorso congiunto, esso non potrebbe essere concluso un mese prima, un anno prima o addirittura prima della celebrazione delle nozze”⁷³. E poi, se il ragionamento della Suprema Corte dovesse effettivamente nascondere la preoccupazione di preservare e garantire alle parti la libertà delle determinazioni in ordine allo *status*, allora risulterebbe davvero inspiegabile l'introduzione del procedimento del divorzio su domanda congiunta, nel corso del quale comunque le condizioni patrimoniali sono determinate liberamente dalle parti prima che la pronuncia giudiziale renda definitiva la decisione sullo *status* medesimo⁷⁴.

Com'è stato, di contro, notato, l'indagine sulla validità dell'accordo coniugale non subisce in alcun modo l'incidenza derivante dalla fase temporale in cui l'atto si colloca⁷⁵. Di qui l'affermazione dell'opportunità di risolvere la questione della validità degli accordi con cui i coniugi dispongono dei diritti patrimoniali connessi alla crisi coniugale facendo ricorso a “criteri del tutto identici”, indipendentemente dal fatto che il regolamento degli interessi patrimoniali posto in essere dalle parti sia antecedente o contestuale all'instaurazione del relativo procedimento giudiziale.

Il rigido orientamento giurisprudenziale sull'assoluta nullità degli accordi preventivi di divorzio per l'indisponibilità preventiva del diritto al mantenimento si pone, d'altronde, apertamente in contrasto⁷⁶ anche con il diverso orientamento, espresso dalla stessa giurisprudenza, in materia di accordi stipulati in previsione della separazione del matrimonio, attualmente ammessi, seppure con dei limiti contenutistici⁷⁷.

⁷²G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 762.

⁷³Id., *ibidem*.

⁷⁴Id., *ibidem*.

⁷⁵G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, p. 178 e ss..

⁷⁶M. COMPARTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio* in *Foro it.*, V- VI, 1995, c. 106.

⁷⁷Le barriere inizialmente erette dalla giurisprudenza più risalente sono state progressivamente abbattute dagli stessi Giudici di Legittimità, attraverso una serie di pronunce, cui deve assolutamente riconoscersi il pregio di aver attuato una vera e propria inversione di tendenza, coraggiosa e radicale. Tra tutte, si segnalano le più importanti: Cass., sent. n. 7470/1992, consultabile nel sito www.leggiditalia.it/Cassazione Civile, in cui si afferma la liceità dell'accordo di separazione di fatto, ferma restando la sua inidoneità a produrre gli effetti della separazione legale; Cass., sent. n. 2270/1993 (in *Corr. giur.*, 1993, p. 821), con la quale la S.C. ha riconosciuto la validità e l'efficacia delle convenzioni modificative o integrative stipulate dai coniugi successivamente all'omologazione, purchè non incidenti sui diritti ed i doveri inderogabili *ex art.* 160 c.c., nonché delle medesime convenzioni stipulate prima del decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, sia quando siano specificative dell'accordo stesso, sia quando assicurino una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma. V. anche Cass., sent. n. 6424/1987 sul sito www.leggiditalia.it/Cassazione Civile; Cass., sent.



Recepite le istanze della riforma del 1975, sotto l'influenza della dottrina maggioritaria, la giurisprudenza si è infatti indirizzata verso una graduale valorizzazione e verso un maggiore riconoscimento dell'autonomia coniugale in materia di separazione⁷⁸. In particolare, la Suprema Corte, enunciando il "principio di non interferenza", ha più volte chiarito che gli accordi non omologati preventivi all'instaurazione del procedimento di separazione sono validi ed efficaci nella misura in cui si collocano in un rapporto di "non interferenza con l'accordo omologato", ovvero in posizione di "conclamata e incontestabile maggior rispondenza rispetto all'interesse tutelato"⁷⁹.

In altri termini, sono innanzitutto compatibili con l'accordo omologato gli accordi preventivi di separazione che costituiscono una specificazione dello stesso; che non sono diretti a modificare gli equilibri da esso stabiliti; che regolamentano aspetti ed interessi non espressamente contemplati nell'accordo omologato.

Inoltre, sono valide le intese fra i coniugi che, lungi dal derogare ai diritti indisponibili previsti dalla legge, ne regolamentano il contenuto in maniera più

n. 657/1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 712 e ss. Infine, più recente è la sent. n. 14791/2000, consultabile nel sito www.foroitaliano.it/banche-dati-on-line/Cassazione-civile, con cui la Cass. ha riconosciuto la validità degli accordi mediante i quali uno dei coniugi trasferisce all'altro, in vista di una futura separazione e al fine di regolamentare i propri rapporti patrimoniali, la proprietà di uno o più immobili. La posizione di chiusura inizialmente adottata dalla giurisprudenza, affondando le sue radici in un'epoca in cui dominava una concezione pubblicistica della famiglia, si fondava - sostanzialmente - sulla negazione della natura negoziale degli accordi in materia di separazione: in forza dei prevalenti interessi superindividuali, qualsiasi accordo dei coniugi, teso ad incidere sugli assetti familiari, doveva essere necessariamente posto al vaglio di un organo giurisdizionale.

⁷⁸Al fine di potenziare e di privilegiare lo strumento dell'accordo dei coniugi nella regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali, alla volontà degli stessi è stato attribuito un ruolo di rilievo mediante il riconoscimento della validità degli accordi stipulati in vista di una separazione o comunque prima della stessa; "pur sempre nel rispetto dei principi di liceità e meritevolezza di tutela, ed, in generale, dei principi e delle norme inderogabili della disciplina familiare" (così Cass. sent. n. 2997/2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 791). Sul punto, ricostruisce le "oscillazioni" della giurisprudenza M. COMPORTI, *op. cit.*, p. 107 e ss.

⁷⁹Cass., sent., n. 657/1994. Con la recentissima sentenza n. 16767/2012, consultabile nel sito www.leggiditalia.it/Cassazione-Civile, la Cass., corroborando quell'orientamento (da tempo consolidato) che riconosce autonomia e validità agli accordi in questione, a condizione che venga rispettato il principio di "non interferenza" e senza disconoscere la validità alle scritture private stipulate tra i coniugi in vista della separazione, ha riconosciuto al giudice il potere di disattendere le medesime qualora esse risultino lesive di "interessi pubblicistici". Ad es., precedentemente, la Corte aveva già ritenuto inammissibile il patto con cui i coniugi avevano concordato la fissazione dell'assegno di mantenimento per una somma irrisoria ed inverosimile, costituendo lo stesso una sostanziale rinuncia all'assegno medesimo. (Cass., sent. n. 6773/1990). Sul punto v. - su www.foroitaliano.it/banche-dati-on-line/Cassazione-civile/ - anche: Cass., sent. n. 2997/2009; Cass., sent. n. 9174/2008; Cass., sent. n. 22329/2007; Cass. sent. n. 8516/2006.



favorevole al titolare, “in nome della primaria esigenza di tutela di chi, nell’ambito della crisi coniugale, assume le vesti di parte più debole del rapporto⁸⁰”.

Ora, entro i suddetti limiti - che appaiono pienamente conformi alla ricostruzione degli accordi in questione come atti determinativi del contenuto di obblighi legali inderogabili -, e considerato il rilevante avvicinamento operato dal legislatore e dalla stessa giurisprudenza tra la disciplina della separazione e quella del divorzio, appare veramente illogico riconoscere ai coniugi il potere di disporre preventivamente dei loro rapporti patrimoniali conseguenti alla separazione e, contemporaneamente, negare l’esercizio del medesimo potere in riferimento ai rapporti patrimoniali susseguenti al divorzio.

Al contrario, un’adeguata valorizzazione delle analogie presenti tra i diversi “tipi” di intese patrimoniali preventive avrebbe dovuto sicuramente condurre la giurisprudenza verso una soluzione univoca e coerente del problema relativo alla disponibilità in via preventiva dei diritti coniugali patrimoniali⁸¹.

Inoltre, sempre in riferimento all’assegno divorzile, destituita di ogni fondamento logico e giuridico appare la tesi, portata avanti dalla dottrina più restrittiva che vorrebbe desumere l’inammissibilità degli accordi preventivi di divorzio dalla presunta irrinunciabilità di un diritto futuro, quale sarebbe (al pari di qualsiasi altro diritto patrimoniale nascente dalla crisi coniugale) il diritto alla corresponsione dell’assegno divorzile al momento della conclusione dell’accordo preventivo⁸².

In questa prospettiva, l’inconfigurabilità della rinuncia di un diritto futuro deriverebbe dall’inesistenza (attuale) dello stesso diritto nel patrimonio del rinunciante e sarebbe, tra l’altro, confortata dalla vigenza nel nostro ordinamento dell’art. 458 c.c. e dell’art. 2937, 2° co., c.c.⁸³.

⁸⁰Si rinvia ancora a Cass., sent. n. 16767/2012. Il riconoscimento di un’autonomia propria agli accordi in oggetto ha consentito di affrancarne la validità e l’efficacia dal loro previo inserimento nel verbale di separazione. Sul tema v. Cass., sent. 4306/1997 su [www.foroitaliano.it/banche - dati on line/ Cassazione civile](http://www.foroitaliano.it/banche-dati-on-line/Cassazione-civile).

⁸¹L’utilità di un simile approccio non è certamente sfuggita alla dottrina prevalente che da sempre, in materia di accordi patrimoniali preventivi, ha avvertito l’esigenza di ricostruire un’“unitarietà di principi”: v. M. COMPARTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive*, cit., p. 106 e M. PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, cit., p.1017 e ss..

⁸² In tal senso v. App. Milano, 22/01/1980, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 881. *Contra*, peraltro, la stessa giurisprudenza di legittimità: v. Cass., n. 3777/1981. In dottrina, la tesi negativa è sostenuta da A. BOZZI, voce *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 1141 s.; F. MACIOCE, voce *Rinuncia (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 941. Sull’ammissibilità di una rinuncia a diritti futuri cfr., invece, R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, II, Torino, 1993, p. 288, e, con specifico riguardo agli accordi preventivi di divorzio, E. DALMOTTO, *op. cit.*, c. 346.

⁸³Ci si riferisce, rispettivamente, al divieto di patti successori e al divieto di rinuncia preventiva alla prescrizione non ancora compiuta. Tali richiami normativi appaiono poco probanti, in quanto fondati su disposizioni di sicuro carattere eccezionale. Così, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 766.



Di contro, la dottrina prevalente non ha mancato di rimarcare l'innegabile contrarietà che una simile ricostruzione ermeneutica presenta rispetto al diritto positivo vigente. A fronte dell'incontrovertibile valenza generale assunta dall'art. 1348 c.c. – in virtù del quale la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto salvi i particolari divieti di legge – dovrebbe essere chiaro, infatti, il carattere eccezionale dei riferimenti normativi invocati a sostegno dell'inammissibilità della rinuncia a diritti futuri⁸⁴.

Dunque, neanche sotto questo profilo sembrano residuare dubbi in ordine alla piena liceità degli accordi preventivi sulle conseguenze patrimoniali di un futuro ed eventuale divorzio.

Tuttavia, tenacemente invocata dalla giurisprudenza, la principale ragione giustificatrice della tesi restrittiva è - senza ombra di dubbio - costituita dalla pretesa illiceità causale degli accordi preventivi di divorzio, per la loro idoneità ad integrare una violazione del diritto alla difesa e ad attuare un commercio di *status*⁸⁵. Il rischio che la giurisprudenza di legittimità intende scongiurare, bollando di nullità gli accordi *de qua*, è rappresentato dall'influenza, anche indiretta, che detti accordi, preventivamente intervenuti, eserciterebbero sulle determinazioni dei coniugi relative al loro *status*, condizionando il comportamento processuale e la libertà delle parti di difendersi nel giudizio di divorzio.

Sul temuto condizionamento processuale, il pensiero della Suprema Corte è inequivocabile: l'accordo preventivo si configurerebbe alla stregua di un accordo transattivo diretto a regolare pattiziamente lo *status* postconiugale piuttosto che gli aspetti patrimoniali, i quali, invece, assumerebbero la funzione di corrispettivo per il consenso preventivamente prestato al divorzio.

In realtà, il pericolo paventato dai Giudici di Legittimità risulta, invero, agli occhi della dottrina maggioritaria, improbabile ed il timore infondato.

Innanzitutto, gli accordi con cui i coniugi si limitano a predeterminare le conseguenze economiche dell'eventuale scioglimento del matrimonio non

⁸⁴Secondo D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 200, “ che la norma enunciata dall'art. 1348 c.c. costituisca, specie in materia contrattuale, “la regola”, lo confermano , tra l'altro, anche l'art. 1472 e l'art.1938 c.c, dettati rispettivamente in materia di vendita di cose future e di fideiussioni per obbligazioni future e condizionali”.

⁸⁵Come si legge in Cass., sent.3777/1981, la causa di questi accordi sarebbe “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 di un obiettivo di ordine pubblico”. La sentenza richiamata, pur essendo una delle pronunce più risalenti in materia di accordi preventivi di divorzio, chiarisce inequivocabilmente la posizione assunta dalla S. C.. Affermata l'illiceità causale di tali accordi, per le ragioni testualmente citate, si legge ulteriormente: “Quando due coniugi si accordano preventivamente sul regime economico post-divorzio, essi guardano al divorzio non come una semplice *condicio iuris* indipendente dalla loro volontà(...) ma come un fatto, sì dipendente da un accertamento giudiziale ma anche ed in misura non trascurabile dagli assunti e dalle prove offerte dalle parti e quindi dalla loro stessa volontà”.



contengono, generalmente, alcuna statuizione in ordine all'obbligazione di tenere un determinato comportamento processuale diretto ad influire sullo *status* coniugale, ma hanno ad oggetto solamente i rapporti patrimoniali conseguenti alla dismissione dello *status* medesimo. Tali accordi, dunque, non sono necessariamente suscettibili di alterare e di intaccare la "purezza" e la libertà della volontà di *status*⁸⁶. Del resto, - come è stato correttamente notato - dalla normativa vigente in materia di divorzio sembra potersi desumere il principio della piena autonomia ed indipendenza delle questioni concernenti lo *status* rispetto a quelle relative ai rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio⁸⁷.

Per tale ragione, bisogna distinguere l'ipotesi in cui il condizionamento dei comportamenti difensivi delle parti nel giudizio di divorzio integra la causa dell'accordo preventivo dall'ipotesi in cui esso costituisce - tutt'al più - un effetto indiretto dell'accordo, perché - com'è stato avvertito⁸⁸ - il giudizio di invalidità dell'atto negoziale preventivamente intervenuto deve basarsi sull'oggetto e sulla causa dello stesso, non certo sulle sue conseguenze pratiche.

D'altra parte, se la sanzione della nullità potesse essere comminata anche a fronte di un'influenza solo potenziale ed indiretta su diritti indisponibili, allora dovrebbe concludersi per l'illiceità causale di tutte le convenzioni matrimoniali stipulate prima della celebrazione delle nozze *ex art.* 162 c.c., nonché delle donazioni obnuziali *ex art.* 785 c.c., in quanto "sospettabili di influire sul consenso matrimoniale"⁸⁹.

⁸⁶Conforta questa tesi l'osservazione di chi ha instaurato un interessante parallelo tra lo scioglimento del matrimonio e la situazione ad esso antagonista, ovviamente rappresentata dalla celebrazione delle nozze, facendo particolare riferimento alla purezza della volontà matrimoniale. Premettendo che essa non potrebbe subire alcuna compressione, essendo salvaguardata l'assoluta libertà del soggetto in ordine alla celebrazione del matrimonio, si è osservato che l'ordinamento consente che il soggetto sia indotto al matrimonio da motivazioni di carattere patrimoniale, le quali, pur non essendo determinanti del consenso, indubbiamente lo orientano e lo sorreggono. L'originalità e la pertinenza di una simile osservazione deve essere attribuita a G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p. 178.

⁸⁷F. ANGELONI, *ult. op. cit.*, p. 1142. L' A, in particolare, fa riferimento all'art. 4, co. 9, l. 898/1970. Sull'autonomia delle questioni e delle domande concernenti lo *status* rispetto a quelle concernenti i rapporti patrimoniali v. anche dello stesso A. *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., p. 290 e ss.

⁸⁸G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 212.

⁸⁹Quanto alle prime, si tratta di quelle convenzioni con cui i coniugi adottano o modificano il loro regime patrimoniale. Le seconde, invece, sospensivamente condizionate ad un futuro matrimonio, sono attuate mediante negozi unilaterali sia fra gli sposi sia nei confronti degli sposi o di uno di loro, sia in favore dei loro nascituri.

Dall'osservazione riportata nel testo muove G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 192. per affermare l'autonomia concettuale rispetto alla volontà di *status* di quegli accordi caratterizzati dalla "tensione verso la composizione di interessi di natura personale, esistenziale e giuridico-patrimoniale".



Come queste hanno per obiettivo la costruzione delle prospettive matrimoniali, le convenzioni preventive di divorzio svolgono una funzione analoga in relazione alle prospettive postmatrimoniali⁹⁰.

Pertanto, ove gli accordi abbiano ad oggetto lo *status* e, dunque, l'indebita influenza sul comportamento delle parti nell'ambito del giudizio di divorzio, sono sicuramente nulli per illiceità della causa; mentre ove siano tesi a regolamentare l'assetto economico dei rapporti conseguenti al divorzio, essi vanno reputati validi, poiché il condizionamento del comportamento processuale, rilevando eventualmente alla stregua di un motivo⁹¹, costituisce un mero effetto indiretto dell'accordo⁹².

Di là da quanto espressamente convenuto nel contratto, peraltro, solo l'analisi dello scopo concreto dell'accordo potrà rivelare se, nel caso specifico, l'intento perseguito dalle parti sia stato esclusivamente quello di dare una preventiva sistemazione ai loro futuri rapporti patrimoniali, oppure sia stato quello di negoziare illecitamente il consenso allo scioglimento del matrimonio⁹³ e la condotta processuale, riuscendo, in tal modo, ad impedire l'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

Va inoltre specificato, al riguardo, che la marcata natura inquisitoria del procedimento di divorzio esclude la "commerciabilità" dello *status* in senso stretto: poiché, infatti, il diritto di chiedere il divorzio è un diritto potestativo, nascente in capo a ciascuno dei coniugi in presenza dei presupposti tassativamente previsti dalla legge, e dovendo il giudice verificare la ricorrenza dei medesimi, anche d'ufficio, indipendentemente dal fatto che i coniugi abbiano presentato un ricorso congiunto⁹⁴, è oltremodo difficile configurare una data attribuzione patrimoniale alla stregua di un corrispettivo, promesso da una parte all'altra, al fine di conseguire la modifica di *status*⁹⁵.

Un'indiretta conferma di tali considerazioni giunge, del resto, dalla stessa giurisprudenza della Corte Suprema in materia di intese fra coniugi preventive

⁹⁰G. DORIA, *ibidem*. Le considerazioni dell'A. sono svolte limitatamente alla materia degli atti traslativi, ma sono suscettibili di essere estese ad ogni tipo di contratto concluso in occasione ed in vista della crisi coniugale.

⁹¹G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 437 e ss. L'A. , sebbene contrario alla validità degli accordi preventivi di divorzio, avverte la necessità di operare la distinzione indicata nel testo, sulla base del diverso grado di rilevanza assunto dal condizionamento del comportamento processuale.

⁹²G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 215.

⁹³*Id.*, *ibidem*.

⁹⁴I requisiti imposti dalla legge sono costituiti dal decorso di tre anni dalla comparizione delle parti innanzi al Presidente del Tribunale per ottenere l'autorizzazione a vivere separati e dal passaggio in giudicato della sentenza di separazione. Inoltre, l'art. 4, co. 16, l. 898/1970 impone al tribunale la verifica dell'esistenza di tali presupposti anche nell'ambito procedimento di divorzio su domanda congiunta.

⁹⁵G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 188 e ss. L' A. ritiene che il contegno processuale, data la sua irrilevanza, non può costituire oggetto di rappresentazione e di disposizione.



all'annullamento del matrimonio. Secondo il costante orientamento dei giudici di legittimità, infatti, i coniugi, in costanza di matrimonio o in fase di separazione, possono validamente stipulare accordi diretti a disciplinare i loro rapporti conseguenti ad un'eventuale declaratoria di invalidità del matrimonio⁹⁶.

L'aperto riconoscimento della validità di tali accordi, subordinato alla necessaria patrimonialità dei "rapporti- oggetto" degli accordi in esame, è giustificato in forza delle peculiarità proprie del giudizio di nullità: da un lato, fortemente inquisitorio tanto da escludere ogni potere negoziale di disposizione dello *status*, dall'altro, teso ad accertare l'esistenza di una causa di invalidità del matrimonio.

In particolare, - è stato osservato⁹⁷- gli accordi preventivi in vista o nell'eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio non sono suscettibili di modificare l'*iter* del procedimento giudiziario: la causa di nullità inerisce strettamente all'atto ed il giudice deve limitarsi solamente ad accertarne l'esistenza, indipendentemente da qualsiasi circostanza e a prescindere dalla volontà dei coniugi⁹⁸.

⁹⁶Nella giurisprudenza di legittimità, assume centrale rilievo la sentenza della Corte di Cassazione, n. 348/1993 in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 605, nella quale la Suprema Corte ha affermato la validità degli accordi patrimoniali tra i coniugi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio, confermandone la qualificazione in termini di transazione, "essendo tali accordi correlati ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto comunque ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità" ed operando una netta differenziazione tra accordi preventivi di divorzio - ritenuti nulli- e gli accordi in esame - ritenuti validi-.

In dottrina, tra tutti, v. D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 92 e ss. e F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, *cit.*, p. 471 e ss.

Di controversa interpretazione, la sentenza in esame è stata posta al centro di una disputa dottrinale. Secondo parte della dottrina, (tra tutti, v. M. CASOLA, *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia negoziale dei privati* in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670; v. M. COMPORTI, *op. cit.*, p. 106 e ss.), essa ha costituito un chiaro *revirement* della giurisprudenza di legittimità sul tema, che negli anni precedenti si era, invece, orientata nel senso della nullità degli accordi coniugali in vista della dichiarazione di nullità del matrimonio. Altra parte della dottrina (v. F. ANGELONI, *ult. op. cit.*, p. 492), al contrario, ritiene che la sentenza in esame non abbia realizzato una netta inversione di tendenza, dal momento che l'invalidità degli accordi preventivi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio era stata affermata dai giudici di legittimità esclusivamente in relazione agli "accordi sul comportamento processuale".

In senso critico sulla distinzione operata dalla S.C. tra accordi preventivi in vista della nullità del matrimonio ed accordi preventivi di divorzio v. M. MORETTI, "Accordi ora per allora" e nullità del matrimonio, in *Contratti*, 1993, p. 141. Parla di erroneità della differenza tracciata dalla Corte, M. COMPORTI, *op. cit.*, p. 107. L'affermazione della validità degli accordi preventivi in vista della nullità del matrimonio costituisce, per F. ANGELONI, *ult. op. cit.*, p. 493, la conferma della validità degli accordi preventivi diretti a regolare i rapporti tra ex coniugi divorziati.

⁹⁷ D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 92 e ss.

⁹⁸Molto più ampio appare il potere di condizionamento dell'attività processuale delle parti nel giudizio di nullità matrimoniale dinanzi ai tribunali ecclesiastici, nel quale la decisione del giudizio deriva da un'ampia ricostruzione dei comportamenti dei soggetti e da un'indagine delicata e complessa sul c.d. foro interno.



La natura dichiarativa della sentenza di nullità certamente contribuisce a corroborare quest'impostazione⁹⁹.

In altre parole, detti accordi sono ritenuti validi sulla scorta della considerazione che, in tal caso, non viene in gioco una determinazione delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo coniugale, con la conseguenza che il principio di autonomia negoziale non soffre alcuna compressione per ragioni di ordine pubblico.

Alla luce delle sopraesposte considerazioni, non può omettersi di sottolineare, ancora una volta, l'irragionevolezza della radicale diversità di trattamento fra gli accordi preventivi di annullamento e gli accordi preventivi di divorzio.

Né può farsi a meno di rilevare che il criterio discretivo utilizzato appare davvero poco convincente e l'incongruenza delle posizioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità è lampante: la Corte di Cassazione, trascurando la marcata natura inquisitoria che pure deve ascriversi al giudizio di divorzio¹⁰⁰, ha reputato legittimo riconoscere ai coniugi un certo margine di autonomia in vista dell'annullamento del matrimonio e negarlo in vista del divorzio; accrescendo la discrezionalità dei coniugi là dove è già sufficientemente ampia, restringendola là dove essa appare già fortemente limitata¹⁰¹.

5. Se, in base alle considerazioni *supra* esposte, non dovrebbero esservi ormai dubbi circa l'ammissibilità degli accordi preventivi di divorzio tutte le volte in cui i coniugi si limitino a predeterminare gli effetti economici scaturenti dall'eventuale scioglimento del loro matrimonio, senza vincolarsi a tenere comportamenti processuali potenzialmente idonei ad influire - anche solo indirettamente - sullo *status* coniugale, occorre ancora soffermare l'attenzione sulla struttura degli accordi in questione e sul rapporto tra la causa genetica e i coelementi di efficacia.

In primis, deve prendersi in considerazione l'ipotesi in cui il cd. atto dispositivo di *status* venga considerato dalle parti come oggetto di condizione e non di

⁹⁹D. RUGGIERO, *ibidem*. Su tale rilievo la S. C. in sent. 348/1993 fonda la distinzione tra accordi preventivi di divorzio e accordi preventivi in vista della declaratoria di nullità del matrimonio.

¹⁰⁰Mette in evidenza la labilità della distinzione tra accordi preventivi di divorzio e accordi stipulati in previsione dell'annullamento del matrimonio G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 215. Sostanzialmente l'A., rileva le analogie sussistenti tra il giudizio di nullità e il procedimento di divorzio, facendo leva sull'inquisitorialità che evidentemente li connota. Al pari delle cause di invalidità, anche i presupposti del divorzio sono tassativamente indicati dalla legge e devono essere verificati d'ufficio dal giudice; come altrettanto può verificarsi che le parti, con il loro comportamento processuale, condizionino l'esito dello stesso giudizio di nullità.

¹⁰¹In dottrina si sottolinea l'erroneità della differenza tracciata e la singolarità della giustificazione addotta dalla S. C., considerando che i presupposti del divorzio sono stabiliti *ex lege* e devono essere officiosamente verificati dal giudice, indipendentemente dal fatto che i coniugi abbiano presentato un ricorso congiunto. In tal senso v. M. COMPORATI, *op.cit.*, p.109 e ss.. Cfr. F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, cit., p. 1140 e G. DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, cit., p.122 e ss.



obbligazione. Si è già dimostrata, infatti, la radicale nullità di siffatti accordi ove una parte si obblighi a prestare il proprio consenso al divorzio dietro corrispettivo.

Sulla scorta di autorevole dottrina, la quale ha dimostrato come anche comportamenti personali non deducibili in obbligazione possano essere dedotti in condizione¹⁰² e tra questi possa annoverarsi anche la volontà di assumere uno *status*¹⁰³, alcuni autori hanno sostenuto che ove il cd. atto dispositivo di *status* non sia oggetto di un impegno a carico del beneficiario della prestazione ma solo evento dedotto in condizione sospensiva dell'efficacia dell'accordo, la garanzia della purezza e della libertà della volontà di *status* rimarrebbe impregiudicata¹⁰⁴. In queste ipotesi, infatti, nessun "aspetto personale"¹⁰⁵ contribuirebbe ad integrare il profilo causale dell'accordo preventivamente intervenuto, scongiurando così il paventato pericolo di illiceità del medesimo.

In particolare, la prestazione patrimoniale promessa agirebbe alla stregua di un "premio" rispetto al fatto di aver tenuto o meno la condotta di carattere personale dedotta in condizione¹⁰⁶.

Tuttavia, sull'influenza che la promessa patrimoniale è suscettibile di esercitare sulla sfera della libertà personale delle parti, bisogna intendersi: può trattarsi solamente di un incoraggiamento e non certo di un condizionamento. È fondamentale, dunque, che la prestazione patrimoniale promessa sotto la condizione dello scioglimento del matrimonio risulti assolutamente inidonea a coartare la libertà dei coniugi nella determinazione del proprio consenso al divorzio.

Si è, al riguardo, tracciata una netta distinzione tra condizione "premierale" - nella quale l'esecuzione della prestazione di carattere personale viene semplicemente "incoraggiata" mediante la promessa di un vantaggio economico - e condizione "penale" - nella quale la gravità delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla mancata

¹⁰² R. SACCO, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1975, p. 497 e ss.

¹⁰³ A. C. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1950, p. 54.

¹⁰⁴ Sull'assunto che un comportamento personale, umano e non economicamente valutabile, non possa costituire oggetto di una valida obbligazione, da una parte, si è sostenuta la nullità dell'accordo con cui le parti considerano le prestazioni non patrimoniali di una di esse come oggetto di obbligazione; dall'altra, si è affermata la piena validità degli accordi in cui il comportamento personale non rileva come oggetto di un *iuris vinculum*, ma come condizione. In tal senso v. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 610.

¹⁰⁵ L'espressione è mutuata da D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 156. L'A. osserva che l'applicabilità della sanzione della "nullità della causa per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume" risulterebbe giustificata solo laddove un determinato comportamento personale sia assunto a "parte integrante della causa", quale oggetto di un preciso obbligo delle parti, giuridicamente vincolante e processualmente azionabile.

¹⁰⁶ A. PAZZAGLIA, *op. cit.*, p. 1030, secondo il quale, a fronte dell'irreversibilità della crisi, lo scioglimento del vincolo coniugale non può non costituire un evento condizionale "positivo" "in grado di incoraggiare (senza obbligare e senza assoggettare a penale) con un premio (promessa patrimoniale) l'esecuzione della prestazione di carattere personale (atto dispositivo di *status*), quale può essere, ad esempio, la prestazione del consenso al divorzio su domanda congiunta."



verificazione dell'evento sortirebbe l'effetto di una vera e propria clausola penale, obbligando praticamente il coniuge al divorzio - ¹⁰⁷.

Quest'ultima, in forza della sua natura manifestamente afflittiva e sanzionatoria, integrerebbe una pesante lesione della libertà personale dei soggetti interessati dall'accordo preventivo, ed in particolare di quel "coniuge debole" su cui grava l'impegno a tenere un determinato comportamento personale, dovendosi dunque ritenere radicalmente nulla per illiceità causale. Nel primo caso, invece, la volontà delle parti non subirebbe alcuna forma di coazione giuridica, dovendosi concludere per l'irrilevanza giuridica dell'influenza *de facto* esercitata sulla spontaneità del volere dalla promessa di un premio¹⁰⁸.

Le insidie potenzialmente nascoste negli ingranaggi del meccanismo condizionale non sono, peraltro, sfuggite all'attenzione ad altra dottrina la quale ha sottolineato come, in materia di libertà personale e precipuamente ove la volontà sia volta ad incidere su uno *status*, l'accertamento della liceità della condizione sia particolarmente delicato. Nonostante la non contrarietà del comportamento dedotto in condizione a norme imperative, ordine pubblico o buon costume, l'illiceità della condizione potrebbe, infatti, derivare dal "fatto di menomare la spontaneità della deliberazione, quando la coscienza sociale ricollegghi ad essa il valore morale del comportamento richiesto"¹⁰⁹.

In questa prospettiva, può ipotizzarsi che anche la condizione cd. premiale, essendo diretta ad influire, con la promessa di un vantaggio economico, su una decisione, quale quella di divorziare, che dovrebbe fondarsi esclusivamente sull'interesse di natura esistenziale a risolvere una crisi ormai irreversibile, possa cagionare la nullità del contratto *ex art.* 1354 c.c. ¹¹⁰.

¹⁰⁷ In questo senso, G. OBERTO, *ult. op. cit.* p. 759; D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 160 e ss.; A. PAZZAGLIA, *op. cit.*, p. 1029.

¹⁰⁸ Così D. RUGGIERO, *op. cit.* p. 157.

¹⁰⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, 1950, p. 524; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1904, p. 385; C. M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, p. 518, il quale sottolinea che la condizione può essere sia "illecita in sé", per il fatto dedotto, sia "illecita derivativamente" e cioè, per "l'abusivo condizionamento della persona del contraente". La distinzione tra "condizioni illecite in sé" e "condizioni illecite derivativamente" va attribuita a F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto italiano*, Milano, 1902, p. 78, il quale peraltro ritiene che la nullità per illiceità derivativa si abbia solo quando l'utile sia avvicinato ad un atto "così delicato e puro, che non può stare in questo rapporto, senza essere macchiato dal sospetto di corruzione (amore sessuale, culto religioso)". In termini più generali, osserva come il giudizio di nullità *ex art.* 1354 c.c. vada condotto facendo riferimento non solo all'evento dedotto in condizione, ma alla relazione tra esso e gli effetti contrattuali, U. NATOLI, *Della condizione del contratto*, in *Codice civile, Commentario*, diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, p. 478.

¹¹⁰ Di parere contrario sono G. OBERTO, *ult. op. cit.*, p. 757 e, sulla sua scorta, D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 162, i quali richiamano, a sostegno della tesi della liceità delle condizioni cc.dd. premiali, una serie di dati codicistici, quali in particolare l'art. 785 c.c., in materia di donazioni obnuziali,



Nessun dubbio sembra, invece, sollevare l'ammissibilità del divorzio quale evento condizionale sospensivo degli effetti delle intese preventivamente raggiunte tra i coniugi, ove le parti non deducano in condizione la condotta personale da tenere nel procedimento divorzile, bensì lo scioglimento del matrimonio oggettivamente considerato e sempre purché l'assetto di interessi concordato non sia tale da far ritenere che, nel caso concreto, le parti abbiano voluto "condizionare" la stessa volontà di *status*. Come si è dimostrato in precedenza, infatti, la sola predeterminazione delle conseguenze patrimoniali di un futuro ed eventuale divorzio non sembra suscettibile di spiegare *ex se* alcun effetto sulla spontaneità del comportamento in questione¹¹¹. Si ritiene, peraltro, necessario puntualizzare, al riguardo, che la ricostruzione degli accordi preventivi di divorzio in termini di negozi sospensivamente condizionati all'evento dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio non è del tutto esatta ove ci si riferisca alle intese determinative del contenuto degli obblighi legali nascenti dalle fattispecie in questione.

In tal caso, infatti, la sospensione dell'efficacia, più che dipendere dall'apposizione di una condizione volontaria, deriva dall'attuale inesistenza della situazione giuridica soggettiva oggetto di disposizione¹¹².

e l'art. 636 c.c., in materia di disposizioni *mortis causa* - quest'ultimo nella interpretazione restrittiva fornitane dalla Suprema Corte secondo la quale tale condizione è valida ove "non sia dettata dal fine di impedire le nozze ma preveda per l'istituto un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituto, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio" -. La profonda diversità di tale fattispecie rispetto a quella in cui un coniuge prometta all'altro una prestazione *sub condicione* della prestazione del consenso al divorzio sembra, peraltro, a chi scrive di immediata evidenza: se, infatti, l'intento fosse quello di provvedere alle esigenze dell'ex coniuge connesse alla scelta di vita di divorziare, perché farlo solo se tale scelta provenga da entrambi?

¹¹¹Osserva F. CERRI, *op. cit.*, p. 85, che gli accordi preventivi sulle conseguenze economiche di un eventuale divorzio non incidono né potrebbero incidere direttamente o indirettamente sullo *status*, rappresentando un *posterius* rispetto all'intervento dell'ordinamento giuridico, il solo legittimato a "disporre" dello stato di ciascuno dei coniugi. Alla disponibilità di questi ultimi è rimesso solamente un effetto della modificazione dello *status*, preventivamente e rigorosamente attuatosi in forza della pronuncia giudiziale. Ritengono, invece, inammissibili gli accordi sospensivamente condizionati al divorzio, sulla scorta dell'art. 1354 c.c., G. GABRIELLI, *op. cit.* p. 437 e ss.; V. CARBONE, *op. cit.*, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi(in crisi)*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 150; A. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia - Il divorzio*, vol. III, Milano, 1988, *passim*; E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 344 e ss.

¹¹²Dunque, da "un'esigenza logica della situazione effettuale", non da "un'esigenza assiologica della situazione causale". Si esprime così A. FALZEA, *La condizione*, in *Enc. Giur.*, vol. VII, Roma, 1988, p. 1 e ss., volendo con ciò riferirsi a tutte quelle ipotesi in cui la sospensione dell'efficacia di una fattispecie negoziale non va ricondotta alla sussistenza di un "elemento accidentale" (qual è la condizione), ma all'insussistenza di un "coelemento necessario di efficacia". In particolare, l'A., premessa la distinzione - sotto un profilo puramente strutturale - tra gli *accidentalia* e gli *essentialia* del



Se, in particolare, la *causa negotii* è quella di quantificare il mantenimento del coniuge economicamente più debole, l'efficacia del contratto presuppone necessariamente non solo che si produca il mutamento di *status* ma pure che in quel momento le condizioni delle parti siano tali da far sorgere, in capo al beneficiario, il relativo diritto, poiché altrimenti l'accordo determinativo non potrebbe esplicare la sua funzione.

Al contrario, di negozio sottoposto a condizione sospensiva può correttamente parlarsi qualora le parti non dispongano di diritti connessi alla crisi coniugale ma di situazioni giuridiche soggettive già presenti nella loro sfera giuridica, subordinando l'efficacia dell'atto dispositivo allo scioglimento del vincolo.

E' quanto si verifica appunto nel caso in commento, in cui la moglie si impegna a trasferire al marito un immobile di sua proprietà, con il dichiarato scopo di "indennizzo" delle spese di ristrutturazione della casa coniugale sostenute dalla controparte. Nessun diritto coniugale connesso alla crisi viene, dunque, negoziato, ma si subordina al verificarsi della crisi stessa un'attribuzione traslativa diretta a compensare il beneficiario degli esborsi economici effettuati prima delle nozze. Da questo punto di vista, appare dunque corretta la ricostruzione giuridica della fattispecie effettuata dai giudici in termini di contratto traslativo sospensivamente condizionato al fallimento del matrimonio.

Pienamente condivisibile, inoltre, è l'affermazione della validità del contratto stipulato dai nubendi sulla base della considerazione che il fallimento del matrimonio è stato dedotto come "fattore oggettivo", indipendente dal comportamento delle parti. Come si è avuto modo di dimostrare, infatti, se queste ultime avessero avuto l'intento, celato dietro il meccanismo condizionale, di coartare il comportamento processuale dell'una o dell'altra, si sarebbe dovuto concludere per l'illiceità causale dell'accordo.

E non a caso la Corte d'Appello si è preoccupata, al riguardo, di dimostrare l'assenza di sproporzione tra le prestazioni del contratto. Come la più attenta dottrina ha evidenziato, infatti, una spia della presenza di una condizione "penale" può essere

fatto giuridico, intende ulteriormente distinguere - sotto il profilo funzionale - l'ipotesi in cui la sospensione dell'efficacia dipende dall' "interferenza di un interesse esterno ed incompatibile con il piano degli interessi interni all'atto negoziale", dall'ipotesi sostanzialmente diversa in cui la stessa sospensione deriva dalla circostanza che "la situazione effettuale non può costituirsi", "perché il suo soggetto o il suo oggetto non sono venuti ad esistenza o non sono stati determinati". Riporta la temporanea inefficacia della fattispecie negoziale degli accordi determinativi alla mancanza di un "presupposto di efficacia" piuttosto che alla sussistenza di una *condicio facti* sospensiva G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 319 - 339. Generalmente - osserva l'A. - la modifica dello *status (rectius: il provvedimento giudiziale)* non costituisce un avvenimento espressamente elevato dalle parti a condizione sospensiva di efficacia dell'intesa determinativa preventivamente raggiunta. Di qui il ricorso alla categoria dei presupposti di efficacia; intendendosi per tali quegli elementi estranei alla struttura tipica dell'atto negoziale (non dedotti in *condicio facti* sospensiva) e suscettibili di incidere - per volontà delle parti - sulla produzione degli effetti dell'atto stesso.



costituita dal “carattere eccessivo” della prestazione patrimoniale promessa rispetto alle condizioni patrimoniali e alla capacità reddituale del coniuge promittente¹¹³.

Nella stessa ottica, i giudici di merito osservano che un eventuale squilibrio tra le prestazioni avrebbe rivelato il rischio - scongiurato nel caso di specie - che la funzione solutoria tipica della *datio in solutum*, configurandosi alla stregua di una “causa formalmente apparente”, potesse nascondere la “causa reale ed effettiva” del negozio, sicuramente illecita perché diretta ad istituire “una sorta di abnorme penale per il caso di scioglimento del matrimonio, ossia una prestazione patrimoniale destinata ad avere effetto dissuasivo o penalizzante in caso di iniziativa intesa a determinare lo scioglimento del matrimonio”.

L'equilibrio tra le rispettive prestazioni e controprestazioni viene, dunque, reputato indice significativo della ininfluenza dell'evento condizionale a livello causale, poiché le prestazioni promesse appaiono insuscettibili di alterare la libertà decisionale degli sposi.

Quel che, invece, desta serie perplessità, nella qualificazione operata dalla Corte di merito ed avallata dalla Cassazione, è il riferimento alla *datio in solutum* quale causa dell'accordo in questione.

Nel pensiero dei giudicanti, la funzione del contratto è quella di estinguere l'obbligo alla restituzione delle somme versate dall'uno per la ristrutturazione di un immobile di proprietà dell'altra - sorto prima del matrimonio - mediante una prestazione in luogo dell'adempimento, rappresentata dal trasferimento di altro immobile. Ora, se il contratto fosse stato destinato ad avere effetto immediato, non vi sarebbero stati dubbi di sorta sull'esattezza di tale inquadramento giuridico.

La subordinazione degli effetti allo scioglimento del vincolo, peraltro, appare fattore idoneo ad arricchire il profilo causale: e non perché il divorzio stesso entri a far parte della causa genetica - come già chiarito -, ma perché è, già a monte, la contrazione del matrimonio, presupposta dalle parti, all'atto dell'accordo, ad incidere significativamente sulla funzione del vincolo obbligatorio in questione. Dal momento delle nozze, infatti, l'operatività del principio solidaristico comporta la riconducibilità degli esborsi economici affrontati dal futuro marito all'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia, dal momento che l'immobile ristrutturato non era ad uso esclusivo della moglie, bensì era destinato a residenza familiare. Questa è la ragione - intuiva dai giudicanti - per cui nessun obbligo di restituzione incombe *manente matrimonio*.

¹¹³ L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *Giur. sist. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, II, 2, Torino, 1991, p. 1170 e ss., la quale sottolinea che la valutazione in ordine all'eccessiva sproporzione tra l'impegno patrimoniale assunto e le condizioni economiche dei coniugi deve farsi caso per caso, al fine di verificare se l'un coniuge abbia voluto effettivamente condizionare il consenso dell'altro; analogamente, G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 754. Dello stesso A. cfr. *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, cit., p. 321 e ss.



Eppure, essi non portano il ragionamento alle logiche conseguenze, limitandosi ad asserire che i “rapporti di dare ed avere”, sospesi durante il *menage*, riprendano piena effettività nella fase successiva. Sembra, piuttosto, a chi scrive che anche in tal fase il discorso non possa prescindere dall’operatività del principio solidaristico, imponendo di inquadrare la prestazione dedotta in contratto nel più ampio quadro del riequilibrio delle condizioni economiche tra le parti conseguenti allo scioglimento del vincolo coniugale. In altri termini, all’accordo sembra potersi attribuire quella funzione “compensativa” che si è detto caratterizzare molte delle intese atipiche stipulate in fase di separazione e divorzio.

Funzione che, del resto, è prevista dalla legge con riferimento all’assegno divorzile laddove, tra i criteri di commisurazione dello stesso, enuncia il “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune” (art. 5, co. 6, l. n. 898/70).

In effetti, dunque, l’accordo siglato dai nubendi è giustificato dall’intento delle parti di dare adeguata regolamentazione al singolare intreccio dei complessi e delicati rapporti familiari - personali e patrimoniali - scaturenti dalla “infinita gamma di interessi che vengono necessariamente in rilievo durante il momento patologico del rapporto familiare”¹¹⁴. Proprio la peculiare situazione temporale in previsione della quale l’accordo è stato concluso sembra integrarne e qualificarne il relativo profilo causale¹¹⁵: non è, infatti, rinvenibile un’intenzione tipica assolutamente prevalente che caratterizzi in via esclusiva il trasferimento patrimoniale programmato e che consenta di ricondurlo ad un determinato “tipo” contrattuale.

Questa stessa causa - ha osservato autorevole dottrina, particolarmente accorta alle dinamiche familiari¹¹⁶ - rappresentando di per sé “la ragione giuridica economica” degli accordi della crisi coniugale, non deve affatto essere confusa con le “ragioni peculiari di un determinato atto di attribuzione patrimoniale, qualunque sia il loro grado di oggettivizzazione”, potendo costituire “la sola funzione giuridica di un atto di attribuzione patrimoniale”.

Del resto, è la Corte di Cassazione stessa a parlare di una “sorta” di *datio in solutum* e a qualificare l’accordo alla stregua di un contratto atipico *ex art. 1322 c.c.*, “libera espressione dell’autonomia negoziale dei coniugi”. Il che dimostra come la ricostruzione del profilo causale dell’accordo operata dalla Corte di Appello di Ancona - e mossa probabilmente dall’unico intento di ricercare un valido appiglio

¹¹⁴ G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 301.

¹¹⁵ Nei termini *supra* chiariti può, al riguardo, asserirsi che tale accordo sia sorretto da una “causa familiare”. Cfr., in linea generale, G. DORIA, *ult. op. cit.*, p. 304. Tale “causa familiare” va rintracciata nell’intenzione delle parti di dare adeguata regolamentazione alla “sintesi assolutamente fusa ed indissolubile” di tutte le ragioni personali e patrimoniali che caratterizzano i rapporti familiari che sorgono in occasione della crisi coniugale.

¹¹⁶ *Id.*, *ult. op. cit.*, p. 303.



normativo su cui fondare la validità dell'accordo stipulato *ante nuptias*, disconoscendone, al tempo stesso, la sua "prematrimonialità" - sia apparsa insufficiente a cogliere le peculiarità del caso concreto.

Eppure, i giudici di legittimità non ne prendono nettamente le distanze, rimanendo ancorati alla funzione solutoria, nel mal celato intento di depurare la funzione del contratto da ogni connessione con il matrimonio e con il divorzio ed evitare così di ricadere nel campo minato degli accordi preventivi sulla crisi coniugale¹¹⁷. In sostanza, essi non hanno voluto interrogarsi sul reale fondamento normativo della tesi contraria alla validità degli accordi preventivi né hanno considerato l'opportunità di un *revirement*, ma hanno preferito, con un artificioso sforzo interpretativo, eludere il problema.

Viceversa, il riconoscimento, nel caso concreto, di una "causa familiare" a sorreggere l'accordo stipulato dai nubendi, avrebbe potuto costituire occasione per ripensare la tratizia ricostruzione giuridica dei *prenuptial agreements in contemplation of divorce*, senza operare aprioristiche e dogmatiche esclusioni, ma piuttosto ampliandone il profilo funzionale alla regolamentazione di tutti i rapporti familiari connessi alla crisi familiare¹¹⁸ e, al contempo, ancorandone l'ammissibilità alla liceità e meritevolezza in concreto degli interessi regolati.

Così la Corte avrebbe potuto attuare una coraggiosa inversione di tendenza, liberandosi definitivamente dei retaggi di una concezione sostanzialmente pubblicistica delle situazioni familiari, ormai superata. L'abbandono del tradizionale ed aprioristico atteggiamento di chiusura avrebbe consentito di operare un'attenta comparazione tra la reale essenza degli accordi patrimoniali preventivi ed i principi generali del diritto di famiglia, cogliendo, al contempo, i pregi insiti nell'esercizio di un potere di disposizione preventiva adeguatamente ricostruito e previamente depurato da ogni rischio di prevaricazione.

Invece, gli accordi preventivi di divorzio e, quindi, gli accordi prematrimoniali sulle conseguenze economiche di un futuro ed eventuale divorzio continuano ad essere avversati dalla giurisprudenza di legittimità¹¹⁹.

¹¹⁷Di "spericolata manovra" volta, da un lato, a ribadire in astratto il granitico orientamento seguito sul tema degli accordi in vista della crisi coniugale, dall'altro, a sottrarre dal novero degli stessi l'accordo del caso di specie, parla G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione*, cit., p. 321. Nello stesso senso anche E. SMANIOTTO, *op. cit.* p. 221 e B. GRAZZINI, *op. cit.*, p. 442.

¹¹⁸Che la prematrimonialità di un contratto della crisi coniugale sia data unicamente dal suo essere concepito in vista del divorzio e, dunque, "in contemplation of divorce", "laddove la contemplation va intesa - e non potrebbe essere altrimenti - proprio alla stregua di una condizione", è opinione di G. OBERTO, *ibidem*.

¹¹⁹Costituisce un coraggioso ma isolato precedente giurisprudenziale la sentenza del 20 Aprile 2012 del Tribunale di Torino, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, p. 803. Accolta dalla dottrina come la prima "picconata" alla posizione tradizionalmente assunta e strenuamente difesa dalla Cassazione, essa costituisce un'importante apertura agli accordi prematrimoniali, nella misura in cui afferma che "l'accordo concluso sui profili patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione ed in vista del divorzio non contrasta né con l'ordine pubblico né con l'art. 160 c.c."



Ancora una volta, nonostante le buone premesse, solo “molto rumore per nulla”¹²⁰!

¹²⁰L'affermazione è di L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, nota a Cass., sent. 8109/2000, in *Fam. e dir.*, 2000, I, p. 431.