



DIRITTI CONIUGALI E DISPONIBILITÀ PREVENTIVA

FRANCESCA NADDEO

SOMMARIO: 1. Doveri inderogabili e autonomia privata. – 2. Potere di disposizione e funzione determinativa. – 3. Crisi coniugale ed accordi preventivi.

1. Scopo della presente indagine è verificare l'esistenza e i limiti del potere dei coniugi di disporre dei diritti loro attribuiti *ex lege* per effetto del matrimonio prima del perfezionamento delle relative fattispecie costitutive: e dunque prima delle nozze, per le situazioni giuridiche soggettive nascenti dal matrimonio stesso, o anche dopo la celebrazione ma prima della pronuncia giudiziale di nullità, di separazione personale o di divorzio, per quelle conseguenti alla modifica o all'estinzione del rapporto.

Tale verifica presuppone, peraltro, la previa risoluzione della *vexata quaestio* circa la stessa ammissibilità di un'autoregolamentazione delle predette situazioni. Sebbene, infatti, la riforma del diritto di famiglia del 1975 abbia indubitabilmente segnato l'inizio di una parabola ascendente dell'autonomia privata nell'ambito delle relazioni familiari che non sembra ancora destinata ad arrestarsi, tale espansione, con specifico riguardo ai diritti e doveri nascenti dalla legge per effetto del matrimonio, è chiamata a confrontarsi con il dettato dell'art. 160 c.c. che ne sancisce *expressis verbis* l'inderogabilità.

Controverso, com'è noto, è l'ambito di applicazione della predetta disposizione, sia per quanto concerne l'oggetto – che un consistente orientamento dottrinale limita ai soli diritti di natura patrimoniale¹ – sia per quanto riguarda il limite temporale di

¹ Cfr., tra gli altri, G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2002, p. 93; R. SACCO, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992, p. 16 ss.; M. R. MORELLI, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 1994, p. 107; G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale. Tomo primo. Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, p. 600 s.; B. GRASSO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 3, Torino, 1984, p. 377; R. PACIA DEPINGUENTE, *Rapporti personali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 407; S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, p. 103 ss.; M. FERRARI, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 784; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, p. 280 ss., il quale limita addirittura il carattere dell'inderogabilità al solo "nucleo essenziale" del dovere di contribuzione rappresentato dall'obbligazione alimentare, sulla base dell'idea che la *ratio* dell'inderogabilità consista nella "finalità di tutela della vita umana dei familiari", tipica ed esclusiva di tale obbligazione (ma *contra*, G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del ménage*, Padova, 1999, p. 34, che stigmatizza l'identificazione del nucleo essenziale del dovere di contribuzione sancito dall'art. 143 c.c., con l'obbligazione alimentare, di cui l'art. 433 c.c. prevede presupposti e caratteri ben distinti).



operatività del divieto – da alcuni individuato nella cd. fase fisiologica del vincolo coniugale².

Entrambe le interpretazioni restrittive, invero, non convincono. Sotto il primo profilo, sebbene l'art. 160 c.c., sia collocato nel capo del codice relativo al regime patrimoniale della famiglia, deve ritenersi che la regola in esso contenuta abbia una valenza di carattere generale, atta a ricomprendere tanto le situazioni giuridiche soggettive a contenuto economico quanto quelle di natura strettamente esistenziale in titolarità dei coniugi³. Se pure, infatti, si volesse limitare la portata letterale della norma ai soli diritti e doveri patrimoniali, circoscrivendola in particolare agli obblighi di contribuzione sanciti dagli artt. 143, comma 3, 147 e 148 c.c., non ne discenderebbe di certo, come taluno ha sostenuto⁴, la derogabilità dei diritti e doveri personali. A fronte

²Per tutti v. F. ANGELONI, *op. cit.*, p. 274. Plurime sono le argomentazioni addotte a fondamento della tesi sopra esposta. 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, *op. cit.*, p. 602. In secondo luogo, l'A. ritiene che l'ineroperatività 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. Nello stesso senso v. P. ZATTI, *La separazione personale*, Torino, 1988, p. 139, il quale ritiene che l'applicabilità del divieto *ex art.* 160 c.c. alla crisi coniugale sia 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.

³Estendono la portata dell'art. 160 c.c. anche ai diritti e doveri coniugali di natura personale R. TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, IV, *Il diritto di famiglia*, 1, Torino, 1999, p. 119; M. PARADISO, *Sub artt. 143-148*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 1990, p. 215 ss.; A. FINOCCHIARO e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, p. 722; F. CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia – Tomo II: Le convenzioni matrimoniali, Famiglia e impresa*, Milano, 1984, p. 25; F. RUSCELLO, *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, 2000, p. 88 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1987, p. 220; L. RUBINO, *Gli accordi familiari*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, Torino, 1991, p. 1163.

⁴S. ALAGNA, *op. cit.*, p. 103 s., secondo il quale, nell'ambito delle situazioni di natura esistenziale, "i coniugi, in mancanza di uno specifico obbligo dichiarato indisponibile in modo chiaro e non equivoco, sono liberi di operare le scelte ritenute conformi al modo di vita prescelto", purché la decisione avvenga consensualmente. Più restrittiva la posizione di M. FERRARI, *op. cit.*, p. 785, che pone come condizione di liceità della deroga convenzionale la reciprocità dell'impegno, in quanto una eventuale rinuncia unilaterale, da parte di un coniuge, ad uno dei diritti in questione sarebbe "espressione evidente di un forte squilibrio nel rapporto fra i due coniugi", contraria al principio di eguaglianza fra gli stessi costituzionalmente sancito. L'autrice, inoltre, finisce per restringere la derogabilità ai soli diritti/doveri alla fedeltà ed alla coabitazione, in considerazione della "pregnanza" e "globalità del contenuto" degli obblighi di assistenza morale e materiale e di collaborazione nell'interesse della famiglia, che non potrebbero essere esclusi senza inficiare con ciò lo stesso significato del vincolo coniugale. Il potere di deroga, infine, viene negato in presenza di prole, ritenendo in tal caso preminente l'interesse all'unità della famiglia, che potrebbe essere minata da siffatti accordi. Tuttavia, prima ancora che tale ricostruzione, per più versi criticabile, ad essere inaccettabile è la stessa visione di fondo che la ispira, secondo la quale "quando i coniugi con il proprio comune accordo si riconoscono condizioni di convivenza meno costrittive e vessatorie migliorano la propria condizione a mezzo dell'esercizio dell'autonomia ...": quasi che il modello legale di famiglia fosse una sorta di "prigione" da cui evadere



di una gerarchia costituzionale di valori che subordina e funzionalizza le situazioni giuridiche di natura economica a quelle di natura esistenziale, un'interpretazione del dato normativo che abbia come risultato quello di garantire alle seconde una tutela meno incisiva che alle prime è, infatti, palesemente assurda⁵.

Sotto il secondo aspetto, appare condivisibile l'opinione di chi, pur ammettendo la distinzione fra i diritti e doveri nascenti dal matrimonio *ex art. 143 c.c.* e i diritti e doveri che la legge collega alle situazioni di crisi coniugale, ne sottolinea la sostanziale omogeneità, in quanto entrambe le tipologie hanno come presupposto l'acquisto dello *status* di coniuge, dal quale dipendono tutte le regole che disciplinano lo svolgimento e le vicende del rapporto matrimoniale, inclusa la *cd. crisi*. Tutte le situazioni giuridiche soggettive in discorso, pertanto, devono considerarsi "effetti" del matrimonio e come tali soggette all'inderogabilità di cui all'*art. 160 c.c.*⁶

Anche in tal caso, del resto, l'opposta interpretazione che, negando l'operatività della suddetta norma nella fase patologica, finisce per qualificare i diritti in tal fase nascenti come pienamente disponibili⁷, appare in "singolare contrasto"⁸, oltre che con il principio solidaristico che impronta di sé tutta la disciplina dei rapporti familiari, con la stessa evoluzione normativa in tema di autonomia negoziale, sempre più sensibile alle esigenze di tutela del contraente debole e, in definitiva, di giustizia contrattuale. E se nel diritto dei contratti la regola che demanda alla libera volontà dei privati – purché scevra da patologici condizionamenti – la determinazione dell'assetto contrattuale cede sempre più il passo alla normativa speciale volta a garantire l'effettivo equilibrio delle posizioni, nel diritto di famiglia – ove, più che in ogni altra area del diritto civile, "la logica patrimonialistica deve cedere di fronte all'ineludibile salvaguardia delle istanze della persona"⁹ – la tutela del coniuge "debole" assurge a

consensualmente!

⁵ Cfr., in tal senso, F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 91. Sulla preminenza delle situazioni esistenziali rispetto a quelle patrimoniali si vedano, per tutti, le considerazioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 151 ss.

⁶ E. RUSSO, *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, *Artt. 159 – 166 bis*, Milano, 2004, p. 295 ss. Analogamente, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 45 ss., il quale evidenzia come la regolamentazione della crisi coniugale non possa sfuggire al limite di cui all'*art. 160 c.c.* "perché presuppone pur sempre la persistenza del vincolo matrimoniale".

⁷ Cfr., per tutti, G. OBERTO, *op. cit.*, p. 387 ss.; F. ANGELONI, *op. cit.*, p. 280 ss.; ID., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 1142 ss.. In giurisprudenza, v. Cass., 23/07/1987, n. 6424, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 459, secondo la quale "i rapporti patrimoniali tra i coniugi separati hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata".

⁸ Sono parole di E. QUADRI, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma*, in *Nuova giur. civ. comment.*, 2001, p. 284 ss. Sul punto, sottolinea che è "un'altra sicura tendenza del nostro tempo (...) quella di non abbandonare la parte debole al potere contrattuale della parte forte" C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, p. 17.

⁹ Così C. DONISI, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 532. L'A. sostiene che dietro la progressiva "patrimonializzazione" del diritto di famiglia si celi il gravissimo ed incombente pericolo di una sua "mercantilizzazione".



principio di carattere generale, direttamente ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 29 Cost.¹⁰

Né appare conforme ad un criterio di ragionevolezza limitare tale tutela alla sola fase fisiologica, sulla base dell'argomentazione che in quella patologica, allentandosi o addirittura estinguendosi il vincolo coniugale, non sarebbe più giustificata la deroga alle regole comuni. In tal modo, infatti, si abbandona la parte bisognosa al potere contrattuale del più forte proprio quando l'esigenza di protezione si fa più intensa¹¹.

Di contro, da una lettura assiologicamente orientata del dato normativo emerge come il principio di solidarietà economica possa e debba ritenersi valevole anche nella fase patologica, seppure con i dovuti adeguamenti richiesti dalle vicende del vincolo¹².

E così nella separazione – ove non la si consideri semplice “anticamera” del divorzio¹³ –, non può dubitarsi che l'obbligo al mantenimento del coniuge meno abbiente, sebbene strutturalmente diverso ed autonomo rispetto all'obbligo di contribuzione, ne rappresenti espressione ed adeguamento al venir meno della convivenza. Ma anche quando il vincolo coniugale più non sussiste o addirittura viene ad esser dichiarato come mai esistito, la valenza ultra-attiva della solidarietà coniugale, unitamente al principio di tutela della persona, impone di riconoscere l'inderogabilità degli obblighi di natura patrimoniale finalizzati a garantire al beneficiario un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso.

Pertanto, nonostante le innegabili diversità rispetto alla prestazione alimentare, per quanto concerne in particolare i criteri giudiziali di quantificazione dei diritti in questione, i limiti alla loro disponibilità sono analoghi, dovendosi pertanto ritenere inammissibile sia una rinuncia preventiva da parte del titolare, sia una determinazione convenzionale che vanifichi sostanzialmente la funzione assistenziale della relativa prestazione¹⁴.

Argomenti in contrario alla tesi sostenuta non possono desumersi dalla possibilità riconosciuta all'avente diritto di non proporre la domanda: com'è stato chiarito, infatti, non deve confondersi la disponibilità della norma civile con la disponibilità

¹⁰ Sul significato del principio di ordine pubblico nel diritto di famiglia si rinvia per tutti a V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003, *passim*.

¹¹ V. al riguardo, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi familiare*, cit., p. 52 ss.

¹² Sottolinea come i principi costituzionali di eguaglianza e di solidarietà coniugale che sono a fondamento della disciplina dei rapporti coniugali impongano, a tutela del coniuge “debole”, una considerazione peculiare rispetto alle regole comuni, soprattutto nella definizione della crisi familiare, quando massima è la tensione tra libertà e responsabilità, i valori sul cui equilibrio si fonda il senso stesso dell'esperienza familiare, E. QUADRI, *op. cit.*, *passim*.

¹³ Sull'autonomia funzionale della separazione personale rispetto al divorzio si vedano per tutti P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 510 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, in G. AUTORINO STANZIONE – A. MUSIO, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002, p. 205 ss.

¹⁴ G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 211.



convenzionale del diritto¹⁵. In altri termini, la qualifica di un diritto come indisponibile comporta, sul piano sostanziale, una limitazione legale all'autonomia negoziale del suo titolare ma non sopprime, sul piano processuale, la facoltà del medesimo di agire o meno in giudizio per far valere il diritto stesso.

Infine, nemmeno la pretesa insindacabilità nel merito dell'accordo di separazione e dell'accordo fra i coniugi nella procedura di divorzio su domanda congiunta può essere addotta come indice della disponibilità dei diritti in questione: altro è, infatti, il giudizio sull'opportunità della scelta di separarsi o sull'equità dell'assetto di interessi predisposto dai coniugi – sicuramente precluso al giudice –, altro è la valutazione della liceità e meritevolezza di tutela dell'accordo in rapporto ai principi fondamentali dell'ordinamento e di quelli vigenti nella specifica materia familiare, quali appunto il principio di eguaglianza e di solidarietà¹⁶. Ove, come si è detto, si ritenga che gli obblighi di contribuzione e di mantenimento siano espressivi di questi ultimi principi, non può revocarsi in dubbio l'invalidità del patto con il quale i coniugi convengano l'eliminazione, totale o parziale, del relativo diritto – invalidità che potrà essere rilevata sia in un controllo successivo che dallo stesso giudice della separazione –¹⁷.

Tuttavia, l'impossibilità di limitare o escludere, tramite autoregolamento, i diritti e doveri nascenti dal matrimonio non comporta la completa negazione dell'autonomia privata in tale settore. Com'è stato osservato, infatti, i concetti di inderogabilità e di indisponibilità non coincidono, potendosi configurare degli atti di esercizio del potere di disposizione che non si traducano in una deroga alla situazione giuridica soggettiva che ne costituisce oggetto.

Occorre, al riguardo, partire dalla considerazione che se “per negozio di disposizione in senso tecnico si intende qualsiasi negozio che produca direttamente

¹⁵ E. RUSSO, *Il divorzio all'americana; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1319 ss., il quale spiega come la prima sia un carattere coesenziale a tutte le norme civili nel senso che l'attuazione dei diritti soggettivi civili è sfornita di azione pubblica ed è rimessa totalmente all'iniziativa del titolare dell'interesse protetto (principio della domanda/principio dell'onere della prova/principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato). Quando, invece, la legge parla di inderogabilità o indisponibilità di un diritto intende porre un limite all'autonomia negoziale delle parti, fermo restando che le stesse restano arbitre della facoltà insindacabile di agire o meno in giudizio per far valere i propri diritti.

¹⁶ Cfr., tra gli altri, G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, p. 198 ss.; P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione personale dei coniugi*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, III, 2, Torino, 1982, p. 139 ss.; G. PIGNATARO, *Forme di separazione personale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da Autorino Stanzone, vol. II, *La separazione. Il divorzio*, Torino, 2005, p. 64 ss.

¹⁷ Il rilievo è di E. RUSSO, *Il divorzio all'americana*, cit., c. 1322 ss. Siffatta conclusione, del resto, è suffragata anche dall'esperienza di sistemi giuridici vicini al nostro nei quali è espressamente previsto il potere del giudice di rifiutare l'omologazione dell'accordo di divorzio ove esso sia “gravemente pregiudizievole” per uno dei coniugi (art. 90 c.c. spagnolo) o “sembri preservare insufficientemente” i suoi interessi (art. 1088 ss. nouv. Code proc. civ. francese).



una modificazione in senso lato su un diritto”¹⁸, a questa categoria possono ricondursi tutte le fattispecie che producono una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico.

Con riferimento alle situazioni familiari, è chiaramente escluso che l'autonomia privata possa incidere sulla nascita o sulla fine dei relativi rapporti, escludendone o procrastinandone l'acquisto, oppure estinguendone la titolarità tramite la rinuncia o il trasferimento ad altri¹⁹. Se, tuttavia, si incentra l'attenzione sulla terza categoria di effetti giuridici, rappresentata dalle vicende modificative del rapporto, e si considera che in essa va fatta rientrare anche la modifica della sua disciplina, può ipotizzarsi la configurabilità di un'autoregolamentazione dello svolgimento del vincolo coniugale che non si ponga in termini di deroga ai diritti e doveri contemplati dalla legge ma piuttosto di attuazione e specificazione del contenuto e delle modalità di esercizio degli stessi in sintonia con le finalità ordinamentali²⁰.

Con riguardo all'obbligo di contribuzione, ad esempio, un margine di operatività del potere di disposizione del correlativo diritto può riconoscersi nella determinazione del *quantum* della prestazione in base al parametro di riferimento dato dai “bisogni della famiglia”: concetto essenzialmente relativo che, al di là di un *minimum* costituito da quanto è indispensabile per la sopravvivenza del nucleo familiare, a sua volta richiede di essere individuato sulla base delle circostanze di fatto e di altri parametri variabili, tra i quali la dottrina annovera appunto la stessa autonomia coniugale, “cui è rimessa, in definitiva, la determinazione del concreto tenore di vita della famiglia”²¹.

Tale discorso vale, *mutatis mutandis*, anche per tutti gli altri obblighi coniugali inderogabili a contenuto patrimoniale, i quali pertanto possono dirsi caratterizzati da una indisponibilità “relativa” che non impedisce un sia pur limitato ruolo dell'autonomia privata nella loro determinazione in base alle circostanze concrete.

2. Una volta definito l'ambito di operatività dell'autonomia privata in rapporto alle situazioni giuridiche soggettive – ed in particolare, a quelle di contenuto

¹⁸ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 401 s.; nello stesso senso, P. PERLINGIERI – P. FEMIA, *Dinamica delle situazioni soggettive*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 80.

¹⁹ G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, cit., p. 148 s.; T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2004, p. 63; M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 1997, p. 154 s.; N. ONGARO, *Le invalidità del matrimonio*, in AA.VV., *Separazione divorzio annullamento del matrimonio*, Torino, 1999, p. 76; M. SESTA, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, p. 89; M. MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia. Trattato*, diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 425.

²⁰ Per più approfondite considerazioni sul punto sia lecito rinviare a F. NADDEO, *Il governo della famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da Autorino Stanzone, vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2° ed., 2011, p. 571 ss. e all'ulteriore bibliografia ivi citata.

²¹ M. PARADISO, *op. cit.*, p. 85 s.; analogamente, A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1977, p. 636; G. CATTANEO, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, p. 43.



patrimoniale – nascenti dalla legge per effetto del matrimonio, occorre qualificare la natura degli accordi determinativi di tali obblighi legali inderogabili. Desta perplessità, al riguardo la tesi che li ricostruisce come negozi di accertamento, con funzione ricognitiva, cioè, dell’obbligazione legale²². *In primis*, seppure si volesse ammettere la teorica configurabilità di una così controversa categoria negoziale²³, non potrebbe non convenirsi, infatti, che la sua sfera di operatività dovrebbe essere circoscritta alle sole situazioni disponibili²⁴.

Inoltre, la dipendenza dell’accordo determinativo dai presupposti contemplati dalla legge porterebbe alle estreme conseguenze di ritenere prevalente la legge sulla disciplina pattizia anche quando quest’ultima stabilisse un trattamento più favorevole per il soggetto tutelato. Di contro, dottrina e giurisprudenza sono sufficientemente concordi nel ritenere, in linea generale, lecita e meritevole di tutela – in considerazione della rispondenza dell’accordo all’interesse protetto dalla legge – la cd. deroga *in melius* rispetto a quella che sarebbe stata la determinazione in base ai criteri legali²⁵.

Problemi particolari suscita del resto la su esposta qualifica ove si tratti di accordi preventivi: come autorevole dottrina ha sottolineato, infatti, un negozio ricognitivo di un’obbligazione legale la cui nascita ed entità è, al momento della stipula,

²² Cfr., tra gli altri, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 51 s.;

²³ Si rinvia, in merito, alle considerazioni di A. CATRICALÀ, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 5 ss. ed alle ulteriori indicazioni bibliografiche ivi riportate.

²⁴ Sull’oggetto del negozio di accertamento v. per tutti, nell’ambito della dottrina favorevole alla sua configurabilità, M. GIORGIANNI, voce *Accertamento, (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227 ss.

²⁵ In giurisprudenza, già Cass., sent. n. 2270/1993, in *Corr. giur.*, 1993, p. 821, afferma testualmente: “Quando è di matematica evidenza la maggiore vantaggiosità della pattuizione in rapporto all’interesse protetto dalla norma (...) il disconoscimento della volontà liberamente manifestata dalle parti provocherebbe un inutile sacrificio dell’interesse protetto dalla norma; un sacrificio che risponderebbe ad una vecchia concezione del controllo pubblico del diritto privato e che non terrebbe conto dei valori di autodeterminazione e di negozialità che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando”. In dottrina, cfr., tra gli altri, A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, c. 1331; E. RUSSO, *Il divorzio all’americana*, cit., c. 1319 ss., il quale rileva che l’unico rigoroso limite cui deve soggiacere la determinazione convenzionale è rappresentato dal “*minimum inderogabile*” di tutela giuridica; dopodiché, tutte le volte in cui l’autonomia privata non deroga il “parametro minimo legale”, non può dubitarsi della meritevolezza di tutela di un’attività determinativa volta a regolare gli interessi e i diritti dei coniugi in maniera più rispondente alle proprie, specifiche esigenze personali. Ciò premesso, lo stesso A., con specifico riferimento alla determinazione *in melius* dell’assegno divorzile, osserva ulteriormente che, quando l’autonomia privata rispetta, anche per equivalente, il contenuto assistenziale dell’assegno, non vi è ragione di considerare illecita la manifestazione di autonomia; al contrario, “essa si sostituisce totalmente alla determinazione legale operata dal giudice, la quale può sempre essere richiesta qualora le circostanze dimostrino l’insufficienza della determinazione convenzionale rispetto al parametro minimo legale”. Sul punto cfr. anche G. AUTORINO STANZIONE, *L’autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 212, la quale richiama ad implicito avallo della tesi la pronuncia della Corte cost. n. 87/1995 in cui il Giudice delle leggi, pur negando la rilevanza nei confronti dei terzi di accordi stragiudiziali tra coniugi attuativi di diritti “per il cui esercizio la legge predispone lo strumento del processo”, ne afferma peraltro la piena efficacia tra le parti.



assolutamente incerta, sarebbe radicalmente nullo per impossibilità o indeterminatezza dell'oggetto²⁶.

Tali problemi, invece, non si pongono se si accoglie la tesi per cui la funzione determinativa è distinta ed autonoma da quella di mero accertamento, prescindendo pertanto dalla verità delle situazioni accertate e dal reale contenuto del rapporto di fonte legale²⁷. Ciò non toglie, tuttavia, che l'inderogabilità dell'obbligo oggetto della pattuizione incida sulla vincolatività della stessa, condizionandola a due presupposti: dal punto di vista genetico, che l'accordo non comporti, nella sostanza, l'abrogazione dell'obbligo legale; dal punto di vista funzionale, che circostanze sopravvenute non rendano l'assetto di interessi programmato non più rispondente agli interessi tutelati dalla legge nel caso di specie. Dal combinato disposto degli artt. 440 c.c., in materia di alimenti, 155 c.c., in tema di mantenimento del coniuge separato e 9 l. n. 898/70, in merito all'assegno divorzile, emerge infatti un principio fondamentale di ordine pubblico, valevole non solo nei confronti delle determinazioni giudiziali ma anche di quelle convenzionali, in base al quale le prestazioni economiche di natura assistenziale vanno adeguate alle mutate circostanze di fatto²⁸.

Poiché, dunque, la sottoposizione dell'accordo determinativo alla clausola *rebus sic stantibus* deve ritenersi costituire il “riflesso dell'inderogabilità dell'obbligo legale

²⁶C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, cit., p. 203. In senso parzialmente analogo T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 46 ss., il quale restringe tale conclusione ai soli accordi stipulati in vista di una crisi solo ipotetica – che tra l'altro, se stipulati precedentemente o contestualmente alla celebrazione del matrimonio, vengono dall'autore sospettati di inficiare la stessa serietà del consenso alle nozze –. È invece ammessa la validità di accordi conclusi al momento della separazione ed in vista del divorzio, “o al momento in cui la crisi si profila o anche contestualmente alla riconciliazione ove i coniugi vogliano regolamentare gli effetti futuri di una eventuale nuova crisi”, se peraltro l'accertamento è compiuto “sulla base dei presupposti esistenti al momento della stipulazione dell'accordo, con possibilità di revisione ove al momento della crisi essi risultino modificati”.

²⁷Così G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare*, Milano, 1996, p. 163; ma v. già E. RUSSO, *Gli atti determinativi del contenuto di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Vita not.*, 1983, p. 11, ed ora in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 221 ss., al quale si deve la prima teorizzazione della categoria dei negozi determinativi degli obblighi legali; cfr., inoltre, Id., *Il divorzio all'americana*, cit., c. 1319 ss. Mettono in evidenza gli inconvenienti derivanti dal ricorso alla figura del negozio di accertamento G. CECCHERINI, *I contratti tra coniugi in vista della cessazione del “ménage”*, Padova, 1999, p. 107 e F. CERRI, *Accordi prematrimoniali*, Milano, 2011, p. 90. In particolare, quest'ultimo A. ha osservato che l'*empasse* principale alla riconduzione delle intese sul regime economico post-matrimoniale nell'alveo del negozio di accertamento risiede proprio nella labile efficacia che contraddistingue tale figura negoziale, “dal momento che in ogni tempo può essere dimostrato un rapporto giuridico fondamentale diverso rispetto a quanto accertato”.

²⁸G. DORIA, *op. cit.*, p. 168 ss. secondo il quale la *ratio* giustificatrice della sottoposizione dell'attività negoziale determinativa alla clausola *rebus sic stantibus* risiede nel fatto che “l'interesse tutelato dalla legge attraverso il riconoscimento del diritto agli alimenti e del diritto al mantenimento postula la necessaria modificabilità del regolamento convenzionale qualora quest'ultimo, per effetto di accadimenti sopravvenuti all'accordo determinativo, non sia più adeguato agli interessi che si intendevano soddisfare”. In particolare, l'attività determinativa del contenuto dell'obbligazione alimentare e del contenuto dell'obbligazione di mantenimento nella separazione e nel divorzio subisce l'incidenza di fattori esterni e sopravvenuti rispetto alla programmazione negoziale, nella misura in cui tali fattori ne rendano necessario un adeguamento, in ragione della preservazione degli interessi sottesi all'inderogabilità dell'obbligo legale.



rispetto al quale si svolge l'attività determinativa delle parti”²⁹, un accordo determinativo che ne escluda l'operatività deve ritenersi radicalmente nullo.

La cd. efficacia debole degli accordi determinativi non è incompatibile, del resto, con la loro qualifica contrattuale, poiché le regole generali in materia di contratto non possono essere automaticamente trasposte agli atti di autonomia “familiare”, in virtù della specialità della materia e degli interessi tutelati.

3. Alla luce delle predette considerazioni, si può ora tentare di dare al problema della disponibilità in via preventiva dei diritti coniugali patrimoniali una soluzione coerente e soprattutto unitaria, sottoponendo a vaglio critico gli attuali orientamenti giurisprudenziali che, in materia di accordi connessi alla crisi coniugale, giungono invece a conclusioni diverse e tra loro contraddittorie.

Com'è noto, infatti, gli accordi preventivi di divorzio vengono decisamente osteggiati dalle Corti che li bollano di nullità per illiceità causale, con una serie di argomentazioni delle quali alcune sono manifestamente infondate, altre superabili attraverso una corretta ricostruzione del potere di disposizione in via preventiva.

Si asserisce, *in primis*, che tali pattuizioni, condizionando direttamente o indirettamente il comportamento processuale delle parti nel successivo procedimento di divorzio, comporterebbero una violazione del diritto alla difesa ed un conseguente “commercio di *status*”³⁰.

Altra causa di illiceità degli accordi suddetti viene individuata nella contrarietà al principio di indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, che sarebbe ricavabile tra l'altro dall'art. 160 c.c.³¹.

Si adduce, infine, a sostegno della radicale nullità delle pattuizioni preventive, l'impossibilità di sottoporre al controllo giudiziale di equità la liquidazione *una tantum*

²⁹Id., *ibidem*.

³⁰Una simile argomentazione, costantemente ribadita in numerose altre pronunce, è stata per la prima volta esposta da Cass., n. 3777/1981, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1159. Tale pronuncia, benché risalente, chiarisce inequivocabilmente la posizione assunta dalla Suprema Corte in merito alla validità degli accordi preventivi di divorzio. Ad avviso dei Giudici di Legittimità, detti accordi sono nulli per illiceità della causa: essi sortirebbero l'effetto di condizionare il comportamento processuale, inducendo “a seconda dei casi il contraente economicamente più debole a non difendersi nel giudizio di divorzio, pur di percepire, al più presto possibile, un vantaggio economico che il suo stato di inferiorità economica fa apparire più vistoso ai suoi occhi, facendogli con ciò stesso sottovalutare il bene del matrimonio, ovvero il contraente effettivamente più motivato al divorzio - perché più ottimista e più desideroso di rifarsi una vita - a subire anche odiosi ricatti concedendo sul piano economico molto più del giusto”.

³¹Sempre in Cass., n. 3777/1981, cit. In dottrina, attestandosi sulla medesima posizione assunta dalla Corte, affermano la nullità degli accordi preventivi di divorzio per contrarietà alla “norma imperativa” posta dall'art. 160 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 E. DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.*, I, 1993, p. 345 - 346.



dell'assegno divorzile che, invece, è indispensabile affinché il regolamento di interessi fissato dalle parti possa essere definitivo³².

Partendo proprio da quest'ultima argomentazione, può sicuramente convenirsi, alla luce delle considerazioni su esposte, sull'illiceità di una pattuizione con la quale i coniugi escludano il potere di revisione in via giudiziale dell'accordo per il caso di mutamento delle circostanze di fatto nel tempo intercorso tra la sua stipula e l'avvio del procedimento divorzile³³. E tuttavia, non si concorda sul fatto che una siffatta volontà delle parti sia *in re ipsa* nella stipula di un accordo preventivo, ritenendosi piuttosto che essa debba essere ricostruita caso per caso secondo le ordinarie regole ermeneutiche.

Inoltre, quand'anche risultasse che le parti abbiano inteso attribuire all'assetto di interessi predisposto carattere di definitività, può ipotizzarsi, in applicazione del principio di conservazione del contratto espresso nell'art. 1419 c.c., la salvezza del regolamento contrattuale “integrato” in via giudiziale con la clausola *rebus sic stantibus*, ammettendo pertanto il potere di ciascuno dei coniugi di chiedere la revisione della determinazione convenzionale nell'ambito dello stesso procedimento di scioglimento del matrimonio se le condizioni patrimoniali delle parti siano sensibilmente mutate nel periodo di tempo intercorrente tra la stipula dell'accordo e la pronuncia di divorzio.

Quanto all'argomentazione che fa leva sull'indisponibilità assoluta dell'assegno divorzile per sostenere la radicale nullità degli accordi preventivi, è evidente la sua

³²In tal senso Cass., n. 13128/1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1239. *Contra*, F. ANGELONI, *Autonomia privata*, cit., p. 431 e più recentemente, ID., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*, cit., p. 1146, per il quale la tesi che argomenta l'inammissibilità degli accordi preventivi di divorzio dalla presunta impossibilità di effettuare, al momento della loro stipulazione, il controllo giudiziale di equità relativamente alla liquidazione *una tantum* dell'assegno di divorzio non può affatto costituire un ostacolo all'affermazione della validità degli accordi, poiché il controllo di equità della corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile vale esclusivamente nell'ambito dell'ordinario procedimento contenzioso, non anche nel corso del procedimento di divorzio su domanda congiunta e neppure per quanto concerne gli accordi dei coniugi definiti in via preventiva e stragiudiziale. Anche G. CECCHERINI, *op. cit.*, p. 144, ritiene che l'accordo diretto a liquidare (in via preventiva) l'assegno divorzile in un'unica soluzione sia pienamente valido ed efficace tra le parti, a prescindere dalla valutazione di equità. Di diverso avviso è, invece, G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 213 s., per la quale la norma dettata dall'art. 5, co. 8, l. 898/1970 deve ritenersi applicabile anche al procedimento di divorzio su domanda congiunta e dunque la determinazione della liquidazione *una tantum* dell'assegno divorzile è sempre subordinata alla garanzia del controllo equitativo del giudice, risultando incomprensibile come una pattuizione di identico contenuto possa incontrare limiti diversi a seconda del contesto negoziale in cui risulta essere inserita. Ciò non implica, peraltro, che gli accordi preventivi di divorzio vadano considerati nulli, poiché la sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus* dei patti tra coniugi volti a regolamentare i rispettivi rapporti patrimoniali post-coniugali – sia che vengano stipulati contestualmente, successivamente o precedentemente alla sentenza di divorzio – è la regola; sicché, nell'ipotesi in cui, nell'intervallo di tempo intercorrente tra la stipula dell'accordo e la pronuncia della sentenza di divorzio, dovesse verificarsi un mutamento delle condizioni patrimoniali delle parti, “non vi è ragione di escludere che ciascuno dei coniugi possa chiedere la revisione della determinazione convenzionale nell'ambito dello stesso procedimento di scioglimento del matrimonio”.

³³ Cfr., per tutti, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 45 ss., il quale sottolinea come l'effetto preclusivo non possa operare nemmeno a danno del solo obbligato.



contraddittorietà rispetto all'orientamento della stessa giurisprudenza in merito alla relativa disponibilità del medesimo assegno nel contesto del procedimento di scioglimento del matrimonio³⁴. Nel momento in cui si ammette la sottoponibilità al vaglio del giudice anche degli accordi preventivi, la distinzione, operata dalla Corte, tra pattuizioni relative ad “un divorzio che le parti hanno già deciso di conseguire” e pattuizioni inerenti un divorzio che esse hanno “semplicemente prefigurato”³⁵ è *ictu oculi* priva di giuridico fondamento.

Com'è stato efficacemente sottolineato, infatti, “l'inderogabilità di un determinato nucleo di interessi (...) prescinde, *sub specie iuris*, dal momento in cui le parti regolano tali interessi”. Pertanto, la questione della validità degli accordi con i quali i coniugi dispongono dei diritti patrimoniali connessi alla crisi coniugale va risolta sulla base di criteri “del tutto identici ed indipendenti dalla circostanza che l'attività negoziale sia intervenuta precedentemente ovvero contestualmente all'avvio dei relativi procedimenti”³⁶.

Né può invocarsi a sostegno della nullità – come pure ha fatto la giurisprudenza³⁷ –, un preteso divieto di rinuncia a diritti futuri: a prescindere dall'erroneità della qualifica aprioristica dell'atto di esercizio del potere di disposizione in termini di abdicazione, tale potere, alla stregua del principio generale di cui all'art. 1348 c.c., salvo espresso ed eccezionale divieto (come ad es. quello di cui all'art. 458 c.c.), non è assolutamente pregiudicato dall'attuale inesistenza dei rapporti cui inerisce³⁸.

Per quanto riguarda, infine, la pretesa illiceità causale degli accordi preventivi in ragione dell'effetto di condizionamento del comportamento delle parti nel giudizio di

³⁴Sul punto, per una più approfondita ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla natura e alla disponibilità dell'assegno divorzile, si consenta il rinvio a F. NADDEO – J. VITERALE, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata*, in www.comparazionedirittocivile.it, p. 13 ss.

³⁵Distinzione teorizzata da Cass., sent. n. 9494/1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1495, per controbattere all'opposta tesi secondo la quale gli accordi di carattere preventivo sarebbero stati implicitamente riconosciuti dal legislatore mediante l'introduzione del procedimento su domanda congiunta ex art. 4, 13 co., l. 898/1970. *Contra*, sottolinea come la disponibilità o indisponibilità di un diritto non possa in alcun modo dipendere dal grado di certezza del suo evento generatore A. PAZZAGLIA, *op. cit.*, p. 1023, il quale osserva, tra l'altro, che se l'obiettivo del legislatore fosse davvero quello di garantire l'“incommerciabilità” di *status*, allora andrebbero ritenuti inammissibili non solo gli accordi conclusi un anno prima ma anche, “anzi a maggior ragione” quelli conclusi un istante prima di presentare la richiesta congiunta. In modo ancor più netto, cfr. G. OBERTO, *op. cit.*, p. 762.

³⁶G. DORIA, *op. cit.*, p. 192. L'A. specifica che “la valutazione di tale attività negoziale implica l'indagine sulla natura dell'atto e sulla natura degli interessi e delle norme che riguardano specificamente l'atto stesso: indagine che non subisce l'incidenza derivante dalla fase temporale in cui l'atto si colloca”.

³⁷App. Milano, 22/01/1980, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 881. In dottrina, l'inammissibilità di una rinuncia a diritti futuri 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.

³⁸In linea generale, sulla rinunciabilità dei diritti futuri, cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, II, Torino, 1993, p. 288. Con specifico riguardo agli accordi preventivi di divorzio, v. G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 215; E. DALMOTTO, *op. cit.*, c. 346.



status, occorre operare una fondamentale distinzione tra l'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto proprio lo *status* – come nel caso in cui l'attribuzione patrimoniale sia collegata sinallagmaticamente alla promessa di controparte di tenere un dato comportamento nell'ambito del giudizio di separazione o divorzio – da quella in cui l'influenza sui comportamenti processuali delle parti costituisca solo un effetto eventuale ed indiretto dell'accordo. Se è certa, nel primo caso, la nullità del relativo contratto per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, non altrettanto è a dirsi nel secondo, poiché il giudizio di invalidità non va effettuato sulle conseguenze pratiche, bensì sull'oggetto e sulla causa dell'atto³⁹.

D'altronde, com'è stato notato, se fosse sufficiente ad invalidare il contratto una influenza meramente potenziale e indiretta su diritti indisponibili, si dovrebbe concludere per l'illiceità causale di tutte le convenzioni matrimoniali stipulate prima del matrimonio, nonché delle donazioni obnuziali, “in quanto sospettabili di influire sul consenso matrimoniale”⁴⁰. Di contro, solo la concreta verifica dell'esistenza di un nesso sinallagmatico tra prestazioni patrimoniali e consenso allo scioglimento del vincolo potrà condurre alla declaratoria della nullità dell'atto⁴¹.

³⁹ Lo evidenziano, tra gli altri, M. COMPORI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro. it.*, 1995, V, 6, c. 110; G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 215; G. DORIA, *op. cit.*, p. 178 ss., che esclude il rischio della “commerciabilità dello *status*” argomentando anche dall'irrelevanza del contegno processuale ai fini della modifica di *status*; D. RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, p. 149, il quale sottolinea come, in presenza dei presupposti di legge, lo scioglimento del vincolo matrimoniale sia oggetto di un diritto potestativo di ciascun coniuge; E. RUSSO, *Il divorzio all'americana*, cit., c. 1319; F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio*, cit., p. 1137 ss., il quale osserva che dalla normativa vigente in materia di divorzio (in particolare dall'art. 4, co. 9, l. 898/1970), è desumibile il principio della piena autonomia ed indipendenza delle questioni concernenti lo *status* rispetto a quelle relative ai rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio. Anche G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 695, sebbene contrario alla validità degli accordi preventivi, rileva che “lo scopo soggettivamente perseguito dagli sposi che concordano in prevenzione l'assetto economico che conseguirebbe dall'eventuale scioglimento del matrimonio non si identifica affatto con la causa dell'accordo, se di quest'ultima si tiene ferma la nozione oggettiva generalmente adottata dalla stessa giurisprudenza: uno scopo soggettivo ed eventuale, è semmai, motivo dell'accordo, che deve – per provocare nullità, ove illecito – venire provato in concreto, non già presumersi e deve inoltre essere comune alle parti ed il solo determinante”.

⁴⁰ Conclusione ovviamente “incompatibile con le previsioni espresse dalla legge”, come evidenzia G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 695. Il parallelismo tra lo scioglimento del matrimonio e la situazione ad esso antagonista, rappresentata dalla celebrazione delle nozze, è osservato anche da G. DORIA, *op. cit.*, p. 178 ss., Analogamente, nella più recente giurisprudenza di merito, Trib. Torino, 20.4.2012, in *Fam. e dir.*, 2012, p. 803, in cui si è coraggiosamente affermato: “Non appare agevole comprendere perché mai le intese preventive di divorzio dovrebbero essere nulle – perché dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di *status* – mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di *status* che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali stipulate prima delle nozze, siano invece perfettamente valide”. (...) Se, dunque, il nostro ordinamento “sollecita, per così dire, il soggetto a costruire le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipula delle convenzioni prematrimoniali”, (...) non si riesce ragionevolmente a spiegare per quale motivo ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio”.

⁴¹ G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 215, la quale conclude che “sarà, dunque, *quaestio facti* l'individuazione, caso per caso, dello scopo dell'accordo per verificare se l'intento delle parti sia esclusivamente quello di regolare in via preventiva i loro rapporti



Del resto, se l'attenzione si sposta sugli accordi fra coniugi stipulati in previsione dell'annullamento del matrimonio ed aventi ad oggetto i diritti patrimoniali di cui agli artt. 129 e 129 *bis* c.c., è la stessa giurisprudenza di legittimità ad ammetterne, stavolta, la validità, in base alla considerazione che essi, a differenza degli accordi preventivi di divorzio, sono 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 dello *status*⁴².

La labilità della distinzione è, peraltro, palese, ove si pensi, da un lato, che anche l'esito del giudizio di nullità può essere condizionato dal comportamento processuale delle parti, soprattutto se esso riguardi un matrimonio concordatario (si pensi per tutte alla costituzione convenzionale di una causa di invalidità quale la simulazione), e, d'altro lato, che anche la pronuncia di scioglimento del vincolo coniugale richiede la verifica d'ufficio dei presupposti tassativamente previsti dalla legge⁴³.

patrimoniali conseguenti all'eventuale divorzio, oppure di negoziare illecitamente il consenso allo scioglimento del matrimonio". Analogamente, A. E. EMILIOZZI, *Autonomia contrattuale e invalidità del matrimonio*, Milano, 2001, p. 12. Secondo B. GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale tra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*, in *Nuova giur. civ. comment.*, 2013, p. 442, poiché gli accordi preventivi di divorzio assai di rado hanno ad oggetto in modo diretto lo *status* coniugale e dunque il problema è stabilire se e quando debba inferirsi un'illecita influenza indiretta, il rischio di una tale influenza può ritenersi scongiurato tutte le volte in cui l'atto dispositivo di stato non sia inteso dalle parti quale oggetto di un *iuris vinculum* ma rimanga considerato a livello di mera condizione di efficacia. Per la configurazione degli accordi preventivi di divorzio alla stregua di negozi sospensivamente condizionati all'evento dello scioglimento del matrimonio v. anche F. CERRI, *op. cit.*, p. 85; G. OBERTO, *op. cit.*, p. 610; D. RUGGIERO, *op. cit.*, p. 160 ss.; A. PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vit. not.*, 2001, n. 2, p. 1029. Per una più approfondita indagine sulla struttura degli accordi preventivi di divorzio e sul rapporto tra la causa genetica e i coelementi di efficacia sia lecito rinviare a F. NADDEO – J. VITERALE, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁴² Così Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 605. Nella giurisprudenza di legittimità tale pronuncia assume centrale rilievo: affermata la validità degli accordi patrimoniali tra i coniugi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio, la Suprema Corte ha confermato la loro qualificazione in termini di transazione, operandone, inoltre, una netta differenziazione rispetto agli accordi preventivi di divorzio, ritenuti nulli perché idonei ad incidere sullo *status* coniugale. Di controversa interpretazione, la sentenza in esame è stata posta al centro di una disputa dottrina. Secondo parte della dottrina (tra gli altri, 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; M. COMPORTE, *op. cit.*, c. 106 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 (F. ANGELONI, *Autonomia privata*, 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" (ma sull'erroneità della differenza tracciata dalla Corte v. M. COMPORTE, *op. cit.*, p. 112).

⁴³ In senso critico sulla distinzione operata dalla S.C. tra accordi preventivi in vista della nullità del matrimonio ed accordi preventivi di divorzio, v., *ex plurimis*, M. MORETTI, "Accordi ora per allora" e nullità del matrimonio, in *Contratti*, 1993, p. 141; F. ANGELONI, *Autonomia privata*, cit., p. 433; M. COMPORTE, *op. cit.*, p. 112; G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 215, i quali, tra l'altro, rimarcano la natura inquisitoria che pure deve ascrivere al procedimento di divorzio. In giurisprudenza, considerato il trattamento riservato agli accordi preventivi di divorzio, trova "assai singolare che invece siano stati ritenuti validi gli accordi in vista di una dichiarazione di nullità del matrimonio", Cass.,



E' necessario, pertanto, superare anche in tal caso qualsiasi impostazione aprioristica nello studio della tematica e procedere, viceversa, ad un'indagine in concreto sull'oggetto di tali patti per verificare se essi, sotto la veste di regolamentazione convenzionale delle conseguenze economiche derivanti dall'invalidità del matrimonio, mascherino in realtà un atto dispositivo dello *status* – e come tali siano nulli – o piuttosto siano volti a regolamentare i diritti di cui agli artt. 129 e 129 *bis* c.c. – nel qual caso è opportuno ancora una volta sottolineare che la soluzione del problema inerente ai limiti del potere di disposizione delle situazioni giuridiche soggettive in discorso “prescinde dalla collocazione temporale in cui si esplica l'autonomia negoziale dei coniugi”⁴⁴, per incentrarsi sulla natura dei diritti patrimoniali riconosciuti nelle due fattispecie.

In particolare, data la natura di mantenimento dell'obbligo statuito dalla prima delle disposizioni citate, varrà il medesimo discorso già effettuato in merito agli obblighi di mantenimento nella separazione personale e nel divorzio. Quanto, invece, all'ipotesi prevista dall'art. 129 *bis*, ove si convenga con chi vi individua una fattispecie di responsabilità extracontrattuale e qualifica la convenzione preventiva con funzione forfetaria come patto di esonero da responsabilità, un limite alla disponibilità preventiva è dato dall'art. 1229 c.c. che prevede la radicale invalidità del patto nel caso in cui il responsabile abbia agito con dolo o colpa grave⁴⁵.

L'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità nei confronti degli accordi preventivi di divorzio appare viepiù ingiustificato ove lo si confronti con l'orientamento ormai consolidato della stessa Corte Suprema in materia di accordi di separazione antecedenti all'avvio del procedimento giudiziale e non sottoposti ad omologazione nell'ambito dello stesso. Di essi, com'è noto, si afferma infatti la validità purché si pongano in una posizione di “non interferenza” rispetto all'accordo di separazione omologato o di “conclamata e incontestabile maggior rispondenza” rispetto all'interesse tutelato dalla legge⁴⁶: criterio, quest'ultimo, a ragione

sent. n. 23713/2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 864, la quale ha ritenuto lecito e meritevole di tutela un accordo con il quale, prima del matrimonio, la futura moglie si era impegnata 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. Al di là del rilievo evidenziato, peraltro, tale pronuncia si astiene dal prendere posizione contro il consolidato orientamento giurisprudenziale contrario alla validità degli accordi preventivi di divorzio, poiché ritiene il contratto concluso nel caso di specie estraneo 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”. Per un commento analitico alla sentenza *supra* richiamata, sia lecito rinviare a F. NADDEO – J. VITERALE, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴ E. A. EMILIOZZI, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁵ *Id.*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁶ Così, Cass., sent., n. 657/1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 712 ss.; nello stesso senso, tra le altre, Cass., sent., n. 7470/1992, consultabile nel sito www.leggiditalia.it/Cassazione_Civile; Cass., sent. n. 2270/1993, *cit.*; Cass., sent. n. 6424/1987, consultabile nel sito www.leggiditalia.it/Cassazione_Civile; Cass., sent. n. 14791/2000, consultabile nel sito www.foroitaliano.it/banche - dati on line/Cassazione civile e, da ultimo, Cass., sent., n.16767/2012, consultabile nel sito www.leggiditalia.it/Cassazione_Civile, in cui la



stigmatizzato dalla dottrina come di mera creazione pretoria⁴⁷, ma che, peraltro, acquista giuridico fondamento se riferito non al rapporto tra patti antecedenti ed accordo di separazione omologato, bensì tra i primi e una successiva determinazione giudiziale. Se, infatti, le parti procedono ad una separazione consensuale, disponendo, nell'accordo di separazione omologato, degli stessi diritti oggetto del precedente patto in maniera difforme, dovrebbe dedursi, in base alle comuni regole ermeneutiche, che esse abbiano inteso consensualmente sciogliere quest'ultimo. Qualora, invece, l'accordo antecedente venga seguito da una separazione giudiziale, sembra coerente con la *ratio legis* sottesa alla previsione dei diritti in questione che la determinazione convenzionale *in melius* prevalga su quella, pur successiva, effettuata dal giudice.

Del resto, anche in materia di accordi preventivi di divorzio la giurisprudenza ha intuito tale principio, laddove ha distinto tra l'ipotesi in cui il patto venga invocato dall'obbligato per paralizzare o ridimensionare la domanda diretta a ottenere l'assegno divorzile e quella in cui l'obbligato stesso, al contrario, agisca per la declaratoria di nullità dell'accordo più favorevole al beneficiario, affermando che in quest'ultimo caso verrebbe a mancare la *ratio* di tutela del coniuge più debole che giustifica la nullità⁴⁸.

Suprema Corte, affermata la validità delle intese coniugali stipulate in previsione della separazione nei limiti stabiliti dal principio di "non interferenza", ha, altresì, riconosciuto in capo al giudice il potere di disattendere le medesime qualora esse si pongano in contrasto con "interessi pubblicistici". La possibilità per i coniugi di regolamentare i loro rapporti patrimoniali in vista o in concomitanza di una separazione, nonché di integrare e modificare successivamente l'accordo omologato, senza sottoporre a controllo preventivo il loro accordo – oggi riconosciuta, seppur entro limiti ben definiti, come una delle forme più immediate di espressione dell'autonomia negoziale nell'ambito della crisi matrimoniale –, in un passato non troppo remoto era invece molto discussa: v. per tutti, sul punto, M. COMPORI, *op. cit.*, p. 107 ss., al quale si rinvia per una ricostruzione in senso critico delle "oscillazioni" della giurisprudenza.

⁴⁷ Cfr., tra gli altri, G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., p. 368 ss.; F. Angeloni, *op. cit.*, p. 252 ss.

⁴⁸ Con sent. n. 8109/2000 (in *Foro it.*, 2001, I, c. 1318), la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla validità di una scrittura privata stipulata in sede di separazione di fatto (quindi perfezionata antecedentemente al divorzio e poi parzialmente trasfusa nel verbale di separazione consensuale) e diretta a regolare le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale, ha respinto il ricorso del marito volto ad ottenere una sentenza dichiarativa della nullità del patto contenuto nella medesima scrittura privata, in virtù del quale egli si era obbligato ad effettuare un'erogazione mensile a favore della moglie "a tacitazione d'ogni pretesa economica di quest'ultima vita natural durante". Ribadito il principio in base al quale gli accordi conclusi in previsione dello scioglimento del matrimonio sono nulli per illiceità della causa, se n'è affermata, peraltro, la sua inapplicabilità al caso di specie per due concorrenti ordini di motivi. In primo luogo tale principio – si legge nella sentenza – è stato affermato in fattispecie nelle quali gli accordi preventivi erano invocati per paralizzare o ridimensionare la domanda diretta ad ottenere l'assegno di divorzio e non (come nel caso di specie) per il conseguimento ad opera del coniuge istante di una pronuncia di accertamento negativo del suo dovere di corrispondere l'assegno divorzile. In secondo luogo, l'accertamento negativo richiesto dall'istante non ha ad oggetto l'esistenza del fatto costitutivo del diritto alla corresponsione dell'assegno, bensì la validità e l'efficacia di un accordo concretamente posto in essere. In dottrina, considerazioni critiche sulla sentenza in questione sono espresse da G. AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., p. 216; E. RUSSO, *Il divorzio all'americana*, cit., p. ; F. ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo*, cit., p. 1150; M. GUARINI, *La Cassazione conferma la nullità dei patti anteriori al divorzio*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 457 ss.; L. BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Fam. e dir.*, 2000, I, p. 431.



Tale ricostruzione, peraltro, non è assolutamente sostenibile in un ordinamento giuridico come il nostro nel quale la nullità, per regola generale, può essere fatta valere da chiunque, mentre la c.d. nullità relativa, dichiarabile dal giudice solo su richiesta della parte a cui tutela essa è disposta, deve essere espressamente prevista dalla legge⁴⁹.

Pertanto, se si riconosce che gli accordi preventivi aventi ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile possano essere invocati dal beneficiario qualora siano più vantaggiosi rispetto alla determinazione giudiziale, non si può, al contempo, rimanere arroccati sulla posizione dell'illiceità causale degli stessi ma occorre riconoscerne la validità ogni qualvolta – a prescindere dal fattore temporale della loro conclusione – non derogino al relativo diritto ma piuttosto ne garantiscano una più compiuta realizzazione.

E' opportuno, peraltro, puntualizzare che il giudizio circa la liceità e meritevolezza di tutela della determinazione *in melius* non può prescindere dalla valutazione concreta anche della posizione debitoria, onde evitare il rischio che un eccesso di tutela dell'interesse del coniuge "debole" comporti la lesione di diritti parimenti indisponibili della controparte. La determinazione preventiva, cioè, non può in tal caso avere effetto preclusivo nemmeno a danno dell'obbligato⁵⁰.

Una siffatta ricostruzione del potere di disposizione preventiva dei diritti patrimoniali connessi allo *status* di coniuge non soddisfa forse "le esigenze di certezza di cui le parti sono normalmente portatrici", poiché l'effetto principale della stipulazione sarà, in sostanza, quello di invertire l'onere della prova circa lo stato di bisogno, ponendolo a carico di quella delle parti che adduce il mutamento della situazione pregressa⁵¹. E tuttavia ciò, lungi dal destituire gli accordi preventivi di qualsiasi utilità pratica, conferisce loro la funzione più consona al ruolo che l'autonomia privata è chiamata a svolgere nell'ambito dei rapporti familiari ed in particolare nel cd. diritto della crisi.

Il pregio della determinazione preventiva, infatti – depurata dai rischi di prevaricazione e sopraffazione inevitabilmente collegati alla negazione di un potere giudiziale di supervisione e di controllo – è quello di consentire alle parti la ricerca di un assetto di interessi tendenzialmente soddisfacente per entrambe in un contesto temporale "sereno", in cui la mera eventualità della crisi priva la contrattazione degli acuti conflitti che normalmente si creano tra coniugi quando essa è invece in atto.

Il monito, peraltro, è che non si cada mai nell'errore di confondere il mezzo con il fine, obliterando che il potere di autoregolamentazione concesso ai privati è,

⁴⁹ Come nota G. AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 216.

⁵⁰ Sul punto, E. RUSSO, *Il divorzio all'americana*, cit., c. 1333 s., precisa che la protezione giuridica non è e non può essere unilaterale: è necessario accordarla in misura adeguata tanto al coniuge più debole quanto al coniuge economicamente più forte, al fine evitare spiacevoli ricatti ed ingiusti approfittamenti; di guisa che l'accordo negoziale sulle condizioni del divorzio possa costituire non soltanto "un garantirsi di poter sciogliere il vincolo con poco ma anche un garantirsi contro la potestativa volontà dell'altro coniuge"; analogamente, T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 50 s.

⁵¹ T. AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., p. 50 s.



soprattutto in tale ambito, strumento di realizzazione della persona e dei suoi diritti inviolabili nella comunità familiare e non principio assoluto o valore dotato di autoreferenzialità.