



“GLI ACCORDI DELLA CRISI CONIUGALE” E L’INSOPPRIMIBILE FORZA REGOLATRICE DELL’AUTONOMIA PRIVATA

ILARIA FERLITO

“In questa materia, come in ogni campo del diritto ma forse con più accentuata vivacità, la realtà rispecchiata ‘entra’ nello specchio e ne modella le fibre, ottenendo, a volte con forzature, un adeguamento dello strumento alle evidenze e alle esigenze dell’esperienza”¹

1. Il mutato binomio «famiglia-autonomia privata». – 2. Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale: un travagliato “riconoscimento”. – 3. Sporadici e involuti segnali di apertura. – 4. Prospettive evolutive (e di armonizzazione del diritto di famiglia in ambito europeo).

1. In passato ben poco spazio era stato riservato all’autonomia negoziale dei privati nell’area del diritto di famiglia, considerata sottratta alla libera fruibilità delle parti alla luce di una indisponibilità pressoché totale delle situazioni giuridiche soggettive inerenti ai rapporti familiari. “Secondo l’impostazione legata alla tradizione meno recente la famiglia, come entità originaria, è dominata dalla concezione assorbente dello *status* familiare, che costituisce, di per sé, un concetto radicalmente antagonistico a quello di libertà contrattuale. Questa concezione che nega spazio all’autonomia nell’ambito dei rapporti di famiglia affonda le sue radici più certe nella visione organica e necessaria della comunità familiare di matrice cattolica; ma, anche, in quella dello stato etico che vuole fare della famiglia un *seminarium rei publicae* destinata ad essere, sacrificando totalmente il momento consensuale del rapporto, portatrice ed interprete dei valori istituzionali della comunità statale”².

La famiglia, primaria cellula sociale, nucleo fondamentale della società nazionale, intesa, pertanto, secondo una “*concezionale istituzionale*” della stessa, quale formazione sociale, non già individuale, rivolta al perseguimento di finalità di carattere pubblicistico, portatrice di valore assoluti e trascendenti quelli dei suoi membri, costituiva un momento della dialettica – esemplarmente rappresentata nella formulazione hegeliana –, che “dall’individuo ascende allo Stato” (attesa la sua naturale propensione verso la procreazione della prole, nella quale si incardina il contributo alla costituzione ed alla continuazione del terzo elemento costitutivo di una società giuridicamente elevata a Stato). E, siccome tale, rinveniva allocazione sistematica in una zona intermedia fra il diritto privato e il diritto pubblico, con esclusione sì di ogni rilievo all’autonomia dei soggetti di diritto. Donde la qualificazione degli atti fami-

¹ P. ZATTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), I, Milano, 2002, 5.

² A. ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, I, 1, 1990, 1321-1322.



liari come «atti in senso stretto», “in quanto il privato si limiterebbe a volere l’atto, mentre è la legge a definire e regolare integralmente le conseguenze”³.

Solo con l’avvento della Costituzione repubblicana, e quindi con la conseguente transizione a una “*concezione costituzionale*” della famiglia quest’ultima da istituzione sovraordinata ai singoli componenti approda ad una concezione nuova, fondata sui principi d’uguaglianza e di pari dignità dei coniugi (artt. 3 e 29 Cost.), nell’alveo della quale la posizione del singolo, non più compressa dai valori comunitari, rinviene tutela nella regola della salvaguardia dei diritti fondamentali dell’individuo all’interno delle formazioni sociali, ove, ai sensi dell’art. 2 Cost., si “svolge” e si “dipana” la sua personalità. Già invero, nel 1945, le pagine intitolate a “*L’autonomia privata nel diritto di famiglia*” di Francesco Santoro Passarelli⁴, “nitido nello stile e conclusivo nelle soluzioni”⁵, consentivano, nella costruzione dogmatica e nelle scelte sistematiche, di registrare una inevitabile cesura, una evidente ‘distanza’. Il saggio guarda alla disciplina del diritto di famiglia appena entrata in vigore e, intrecciando un aperto e discorde confronto con la dottrina di Antonio Cicu, conferma l’appartenenza del diritto di famiglia alla materia privatistica e, nell’abbandono della mistica dello statualismo in omaggio alla volontarietà dell’effetto, ferma il senso della collocazione degli atti inerenti alle dinamiche familiari nella categoria del negozio⁶.

Lo sgretolamento del modello *istituzionale*, invero – non è scevra di significato la seguente osservazione ai fini della presente indagine – s’avverte pur bene al di fuori dell’area propriamente riservata alla dichiarazione di volontà, *recte*, nell’emergere, quale riflesso del principio di autoresponsabilità, che del principio di autodeterminazione è correlato logico-giuridico, della tendenza a guadagnare nuovi spazi alla responsabilità extracontrattuale. E altresì nella conseguente rimozione, per esigenze di accentuata intimità, di quelle logiche immunitarie ed esentive⁷ – valida garanzia per la formazione familiare dal rischio di scivolamenti pubblicistici, dal costo tuttavia inaudito, *id est* la riduzione ai margini del contesto do-

³ IBIDEM, *op. cit.*, 1322. Ivi l’A. prefigura, quale lettura che aggiorna il modello interpretativo proprio della dottrina tradizionale, la prospettiva di quanti, senza accedere alla ‘pubblicizzazione della famiglia’, derivano l’indisponibilità delle situazioni giuridiche originate dalla dimensione familiare “dalla natura intrinsecamente e inscindibilmente *collettiva* degli interessi coinvolti” (cfr. C. DONISI, *Limiti all’autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 494 ss.; R. AMAGLIANI, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, Torino, 2005).

⁴ F. SANTORO-PASSARELLI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, 3 ss., raccolto poi nei *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, 381 ss.

⁵ A. ZOPPINI, *L’autonomia privata nel diritto di famiglia sessant’anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 53 ss.

⁶ “Fu così l’avvio ad una riaffermazione e ad un’estensione dell’autonomia privata, come espressione di libertà, dall’individuo alle formazioni sociali intermedie, in prima linea la famiglia”: testualmente, in relazione alla scelta interpretativa compiuta al momento dell’entrata in vigore del codice, F. SANTORO-PASSARELLI, *Cento anni di «Diritto e giurisprudenza»*, in *Dir. giur.*, 1985, 1 ss.

⁷ Nella natura prevalentemente etica degli obblighi matrimoniali, nella “intimità della coesione sociale, che resiste e che soffrirebbe di ogni disciplina estranea” (P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Persona e comunità*, Padova, 1999, vol. III, 3 ss.), piuttosto che nell’esercizio legittimo di un romanistico *jus corrigendi* genitoriale e nella impotenza del principio di eguaglianza al cospetto di un gruppo privato retto da vincoli morali, è rinvenibile la conferma della immunità aquiliana, da sempre presente nell’ordinamento giuridico italiano “per tradizione”, in via di puro fatto. Al riguardo, cfr. G. CIAN, *Introduzione. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI, Padova, 1977, I, 1, 42; G. ALPA, M. BESSONE, V. CARBONE, *Atipicità dell’illecito*, I, *Persone e rapporti familiari*, Milano, 1993, 274; E. CARBONE, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, 1, 83.



mestico del valore della *Gleichbehandlung* –, che per lungo tempo ha sottratto siffatta area del diritto privato dalla soggiacenza al principio del *neminem laedere*⁸.

L'avvento nel corso della “postmodernità novecentesca” di una nuova stagione nella cultura giuridica italiana, che proclama l'accresciuta concezione privatistica dei rapporti familiari, si realizza, poi, a far data dall'introduzione del divorzio e con l'avvento della legge di riforma del diritto di famiglia del 1975 (l. 19 maggio 1975, n. 151), la quale, come noto, ha totalmente dissolto l'indirizzo pubblicistico dominante in materia, aprendo alla autonomia privata spazi di notevole spessore, anche in virtù della spinta culturale volta a completare ed attuare nella legislazione ordinaria l'*input* costituzionale degli artt. 29 e 30 Cost., e ciò con particolare riguardo al riconoscimento, proprio di una concezione democratica, del potere di concordare la regolamentazione giuridica della famiglia.

La caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, nel 1970, apre la via ad un processo di privatizzazione del diritto di famiglia, che trova nella riforma più compiuta definizione: scolorisce, nella disciplina dei rapporti familiari, il primato dell'interesse superiore o pubblico, in favore di quelli personali dei coniugi e dei figli. “L'introduzione del divorzio e della separazione per intollerabilità della convivenza ne sono un segno, in quanto il venimento della comunione materiale e spirituale tra i coniugi giustifica lo scioglimento, o l'allentamento del vincolo, non sussistendo un interesse superiore da far valere a fronte di quello dei coniugi a liberarsi di un rapporto ormai svuotato di significato. All'autonomia dei coniugi appartiene ora la decisione sui modi in cui risolvere la crisi coniugale”⁹. Peraltro, segnali di un mutamento radicale erano già presenti nella decisione della Corte costituzionale del 27 giugno 1973, n. 91, con la quale si era abolito il divieto di donazioni fra coniugi, sì aprendo le porte alla piena legittimità delle attività negoziali operate dai coniugi, insieme ed anche da soli (ciò può desumersi, fra l'altro, dallo stesso art. 144, ult. co., c.c.)¹⁰.

⁸ La famiglia, “di tutte le formazioni sociali certamente la meno penetrabile a controlli sulla vita e sull'ordine interno, quella contrassegnata dal massimo della immunità” (P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Famiglia*, 2006, 2002, 1). Tali coordinate postulano l'apertura nella trama sociale di spazi liberi dal diritto, “piccoli mondi nei quali lo Stato, il giudice, la legge, il regolamento non possono entrare” (P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, 245), ovvero “ipotesi di non diritto”, secondo un celeberrimo indirizzo della sociologia francese (“Definendolo in prima approssimazione, il non diritto è l'assenza di un diritto in un certo numero di rapporti umani, ove il diritto teoricamente tenderebbe ad essere presente”, J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, 1992, a cura di A. DE VITA, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997, 25).

⁹ G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli aspetti economici*, in *Famiglia*, 2001, 243 ss.

¹⁰ La regola dell'art. 144 c.c. “realizza in pieno il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi garantendo una partecipazione paritetica al *menage*, ed è, anzi, l'unica compatibile con il suddetto principio”: così G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 23. Per ripercorrere l'evoluzione dell'autonomia privata in ambito familiare, v., tra i tanti, S. MAINE, *Dallo “status” al contratto*, in *Il diritto privato nella società contemporanea*, a cura di S. RODOTÀ, Bologna, 1971, 211 ss.; V. SCALISI, *Consensus e rapporto nella teoria del matrimonio civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 157 ss.; P. STANZIONE e G. AUTORINO, *Autonomia privata e accordi coniugali*, in *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di F. RUSCELLO, Padova, 2006, 19 ss., ove si suggerisce la necessità di evitare un'acritica trasposizione di norme e categorie create con esclusivo riferimento ai rapporti patrimoniali, pena il rischio che alla privatizzazione del diritto segua la sua mercantizzazione; E. LUCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2013, VI, 77 ss. Per alcuni raffronti comparatistici, cfr. G. AUTORINO STANZIONE, “Autonomia privata” e *Family Relationships Between Legal and De Facto Situations*, in *Rapports Nationaux Italiens au XVIe Congrès International de Droit Comparé – Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law*, Milano, 2002, e *ivi* ulteriori richiami bibliografici.



L'accordo diviene strumento privilegiato per la disciplina dei rapporti familiari, colti nella dimensione sia fisiologica sia patologica, l'indice sintomatologico più significativo di questo processo (anche sociologico) di apertura del diritto di famiglia in senso democratico. L'art. 144 c.c. è da considerarsi, del resto, la principale norma in virtù della quale estendere la negozialità a zone un tempo caratterizzate da potere autoritario e sottomissione.

C'è, insomma, nell'impianto normativo del 1975 il seme evidente di un futuro sviluppo della autonomia, *recte* di una cultura favorevole all'espansione della logica della negozialità nell'assetto degli interessi e nella regolamentazione dei rapporti correlati a tali interessi di natura squisitamente familiari, che puntualmente oggi la dottrina segnala. Si discorre, infatti, sovente di autonomia privata e di potere di disposizione nei rapporti familiari, di contratti della crisi coniugale, di rapporti tra autonomia negoziale e "causa familiare", giungendo le esigenze di determinazioni e predeterminazione della sorte dei rapporti patrimoniali all'interno della famiglia ad indurre scompiglio sinanco nel più "sereno" settore delle successioni (ed il riferimento va non già e solo al movimento d'opinione che vuole l'abolizione del divieto dei patti successori, quanto e piuttosto a quell'idea che ritiene di doversi rivisitare persino la disciplina della successione dei legittimari, adeguandone la fisionomia ai mutamenti socio-economici ed alle nuove esigenze dell'autonomia privata, appunto).

Non va sottaciuta, peraltro, nell'alveo dei segnali vari sintomatici di una svolta culturale e di un rinnovato costume sociale, la notevole espansione dell'opzione a favore del regime patrimoniale della separazione dei beni – scelta favorita vuoi da esigenze fiscali vuoi dalla consapevolezza delle difficoltà operative dei meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime di comunione legale riscontrati in sede di soluzione della crisi familiare, ma dalla quale emerge, di là da tutto, un sostanziale rifiuto del sistema "comunione legale" imposto dalla legge in favore di un recupero della libertà decisionale all'interno della famiglia. Né va, infine, ignorata la presenza di indici normativi orientati alla autonomia più che alla eteronomia: si pensi, in tal senso, all'art. 30, comma 1, della legge 31 maggio 1995, n. 218 sul diritto internazionale privato, il quale affida *apertis verbis* all'autonomia privata dei coniugi una forza derogatoria di una norma di legge («I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali. I coniugi possono tuttavia convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede»)¹¹.

L'affermazione delle discrezionali scelte degli individui, rinviene, pertanto, di là dall'ambito strettamente patrimoniale, un *entourage* applicativo anche nelle dinamiche della famiglia, non più "isola che il mare del diritto può solo lambire ma non penetrare"¹². Ciò è frutto di un'evoluzione del costume e del modo di essere di una nazione che si sono trasfusi nella regolamentazione giuridica dei rapporti civilistici, rinvenendo ogni gestazione che conduce al sorgere di un sistema di regole il proprio *incipit* nei sussulti percepiti e manifestati nel tessuto sociale, sussulti che creano una esigenza di Giustizia cui il legislatore prontamente è tenuto a rispondere a tutela di un principio di ordine pubblico. Il costume sembra influire in maniera sempre più incisiva sugli ordinamenti giuridici che regolano la vita socia-

¹¹ Si veda M. C. ANDRINI, *L'autonomia negoziale dei coniugi nella riforma del diritto internazionale privato con particolare riguardo alla modifica delle convenzioni matrimoniali e dei patti conseguenti alla separazione consensuale*, in *Vita not.*, 1996, 3 ss.

¹² Cfr. A. C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università Catania*, III (1948-1949), Napoli, 1949, 38.



le. Del resto, L. Roussel già nel 1989 aveva denunciato l'attestarsi di «una doppia deistituzionalizzazione: l'una nei comportamenti, l'altra nella stessa legislazione»¹³.

Il diritto di famiglia, in un tempo storicamente brevissimo (nel volgere di una cinquantina d'anni), ha subito una rivoluzione “epocale”: le regole ed il dibattito contemporaneo, abbandonando un'eredità millenaria, negli oltre centocinquanta anni che separano l'oggi dalla unificazione politica e legislativa del Paese (1861), “percorrono vie lungo le quali gli istituti tradizionali non sono solo modificati nella loro funzione o nel loro regime, ma sono ridiscussi nella loro stessa essenza, talvolta nella loro stessa esistenza”¹⁴.

E ciò pare possa dirsi a più forte ragione oggi che è revocato in discussione l'*Idealtypus* di famiglia (famiglia nucleare, convivente, stabile, tendenzialmente monoreddito, asimmetrica nella ripartizione dei ruoli) visualizzato dal legislatore degli anni settanta quale antecedente alla disciplina previgente.

La legge sulla parificazione di tutti i figli (l. n. 219/2012) e il successivo decreto attuativo n. 153/2013 – riforma profonda e comparabile alla generale riscrittura del libro primo del codice civile avvenuta nel 1975 – ha radicalmente mutato la nozione di famiglia legale, ora non necessariamente fondata sul matrimonio, potendo i vincoli giuridici di parentela tra i suoi membri dichiaratamente prescindere da esso. L'affermazione della procreazione quale presupposto esclusivo e sufficiente del rapporto giuridico di parentela (cfr. artt. 74, 258, 315 c.c. post riforma) “consegna definitivamente all'archeologia giuridica le parole che Antonio Cicu poteva scrivere come piana constatazione dell'esistente, osservando che lo stato di figlio naturale «non si collega ad uno stato di famiglia poiché manca il matrimonio unica fonte, nel nostro diritto, della famiglia»¹⁵”¹⁶. Esiste, oggi, invece, un'entità familiare, fondata su uno *status filiationis* unitario e su relazioni di parentela tra il figlio e i gruppi parentali di ciascuno dei genitori, pur in difetto di un rapporto giuridicamente regolato tra i genitori, e sicuramente, pur in difetto sul matrimonio, un tempo architrave della struttura familiare. Si assiste, nel segmento attuale della linea storica, all'accentuazione di un processo di privatizzazione e di pluralizzazione dei modelli familiari secondo una traiettoria indirizzata verso un regime di atipicità da molte parti segnalato e sintetizzato nell'evocativa formula dell'arcipelago familiare¹⁷ (famiglia di fatto, famiglia arcobaleno, famiglia ricomposta o *step families*), sotto l'egida del concetto della formazione sociale, nella esegesi dell'impianto costi-

¹³ L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, 1989, 89-90.

¹⁴ G. AUTORINO, *Adozione e affidamento familiare: nuove definizioni e nuove tensioni*, in www.comparazioneDirittocivile.it (luglio 2016). Sconfinata è la letteratura sulla rifondazione del sistema familiare improntata ai principi costituzionali che esaltano le situazioni reciproche dei singoli componenti il gruppo familiare precedentemente sacrificate a un variamente individuato interesse superiore. Si rinvia per la bibliografia essenziale a: P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Bologna, 1966; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1970, 7 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, spec. 4 ss.; ID., *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, Torino, 2^a ed., 2011, I, 71 ss.; G. AUTORINO STANZIONE e P. STANZIONE, *Sulla concezione della famiglia nell'Italia del XVIII secolo*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, 316 ss.; P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, II ed., Torino, 2009, 324; G. CASTELLANI, A. CORDIANO, G. A. PARINI, M. VIVIRITO PELLEGRINO, *Autonomia della famiglia e controlli*, Napoli, 2017, con *Presentazione* del volume svoltasi il 30 novembre 2017 presso a Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona di P. STANZIONE, *Famiglia, Autonomia e Controlli*, in www.comparazioneDirittocivile.it (Novembre 2017).

¹⁵ A. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, II rist. della 2^a ed. Torino, 1958, 139.

¹⁶ Così M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 585.

¹⁷ F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520; F. D. BUSNELLI, M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 767; V. SCALISI, «Famiglia» e «Famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 23.



tuzionale *primo* logico ed ontologico di ogni comunità umana dove si svolge la personalità di ciascun individuo, e dove si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Del resto, quale ente esplicativo della persona, la famiglia è già di per sé «categoria plurale», in quanto “riflettente il pluralismo insito nella stessa persona umana, quale energia vivente assiologicamente polarizzata e a complessità crescente che concentra dentro di sé tutte le sfere della realtà empiricamente data, e quindi una molteplicità assai vasta e una varietà amplissima di esigenze, bisogni, interessi, da quelli più elementari a quelli di grado via via più elevato di ordine razionale e spirituale. La famiglia, quale funzione della persona, non può non riflettere anch'essa siffatta realtà varia e complessa, molteplice e plurale, e conseguentemente assumere conformazioni e atteggiamenti non traducibili in un unico, ripetitivo e costante modello organizzativo”¹⁸.

Quanto detto, in specie la presenza nel sistema della «famiglia senza matrimonio» ove la negoziabilità privata è *in re ipsa*, comporta la necessaria rivisitazione dell'impianto positivo come emerso e inteso in sede di riforma del 1975; ed obbliga ad una rimediazione del progetto organizzativo della famiglia, ivi compreso la constatazione del mutato ruolo della donna, affrancata da un destino di soggetto deputato esclusivamente alla procreazione ed alle cure domestiche della famiglia ed immessa nelle attività lavorative, ora apportatrice di capitali per la realizzazione dei bisogni comuni ed individuali (e, dunque, non più “soggetto naturalmente debole” della relazione coniugale, su cui era intessuta l'esigenza di un ordine pubblico normativo da tutelare).

Come noto, con la l. 20 maggio 2016 n. 76, il legislatore italiano ha (finalmente!¹⁹) provveduto a colmare una grave lacuna del nostro ordinamento, introducendo una regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, oltre ad una disciplina delle convivenze: ricalcando il modello tedesco della *eingetragene Lebenspartnerschaft*, ha così distinto le coppie *same sex* da quelle eterosessuali ed optato per una soluzione intermedia, ispirata al principio del c.d. doppio binario – da un lato, unioni civili tra persone dello stesso sesso e dall'altro convivenze di fatto tra coppie omo o eterosessuali²⁰.

¹⁸ Così V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, 8 ss.

¹⁹ In merito alla rilevanza giuridica della convivenza *more uxorio* (già prima della legge 76/2016), si riportano le considerazioni di G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico pratico, Vol. I, Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2011, 203 ss., 210 e 214-215: «[l]’attuale scenario normativo (...) sebbene connotato da non pochi richiami espliciti alla convivenza *more uxorio*, si compie ugualmente sullo sfondo di una sostanziale anomia e di un frequente ricorso all’analogia. La sola visuale costante è rappresentata dall’ottica personalistica, dalla quale riguardare l’intera vicenda onde recuperare la centralità dell’individuo in armonia con l’art. 2 Cost.»; «[l]a legislazione ordinaria, nel tempo e senza pretese di organicità, ha finito progressivamente per attribuire rilievo al profilo personale del rapporto di convivenza (...). Sotto altro profilo, non può tuttavia non rilevarsi come gli stessi interventi normativi (...) si siano arrestati ai soli rapporti eterosessuali (...)». Per una ricostruzione più approfondita del fenomeno in esame si rinvia, in particolare, a G. AUTORINO STANZIONE, *La famiglia “non fondata sul matrimonio”*, in AA.VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, Milano, 1988, 847 ss.; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 509 ss.; G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, Vol. V, Torino, 2007, 1 ss.; V. ZAMBRANO, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, diretto da G. AUTORINO STANZIONE, *op. cit.*, 217 ss.

²⁰ Sulla recente legge 20 maggio 2016, n. 76, cfr.: F. CARIMINI, *Le unioni civili: tra la famiglia “tradizionale” e nuovi “modelli di comunione familiare”*, in www.comparazionediritto civile.it (marzo 2018); C. TROISI, *Diritti e doveri delle unioni civili*, in www.comparazionediritto civile.it (marzo 2018); G. RIZZI, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in



Pur con tutte le sue criticità – difficilissimo si mostra il compito di sciogliere questioni interpretative, profilandosi la nuova disciplina costellata di ambiguità e di nodi da districare, – la legge Cirinnà, nel regolare (e “destrutturare”) i rapporti di coppia, possiede quantomeno un pregio: accende i riflettori sulla realtà, sulla realtà multiforme dei nostri tempi. L’emersione di nuove esigenze di tutela da situazioni di fatto che urtano contro la normalità intesa in senso quantitativo, quale scelta della maggioranza, o in senso qualitativo, quale ambito del normato, una volta superato un giudizio di meritevolezza di tutela condotto sulla base dei principi fondamentali dell’ordinamento giuridico, non può condurre allo stravolgimento delle categorie tradizionali; d’altra parte, essa, non può condurre neppure al diniego di giustizia²¹. Non vi sarebbe niente di più pregiudizievole e sostanzialmente “ingiusto”, in specie alla luce del comando proveniente dal combinarsi degli artt. 2 e 3, comma 2, della nostra Costituzione, che l’intervento del legislatore sia ridotto al “*tutto o niente*”. Lo stesso monito probabilmente va rivolto al legislatore comunitario quando, nella ricerca di un modello omogeneo di famiglia europea, incorre nel medesimo rischio di costruire ancora una volta una gabbia in cui la magmatica e ribollente materia familiare in ogni tempo si rifiuta di essere richiusa. Del resto, come il sociologo francese Émile Durkheim scrisse già nel lontano 1888, “*non esiste un modo di essere o di vivere che sia migliore per tutti. La famiglia di oggi non è né più né meno perfetta di quella di una volta, è diversa perchè le circostanze sono diverse*”²².

Di qui – del mutato, sinanco innovato, contesto delle norme sulle famiglie e sulla filiazione si è dovuto giocoforza tener conto, seppur per cenni conoscitivi, in esse venendosi ad inserire gli accordi in esame²³ – il potenziamento della contrattualità con la sua equivalenza delle situazioni giuridiche dei contraenti (e la sua tutela delle singole posizioni fondata su criteri ben diversi da quello tradizionalmente incardinato nel senso del menzionato ordine pubblico normativo)²⁴: l’autonomia negoziale si eleva a baluardo di tutela della volontà dei

Notariato, 2017, 11 ss.; G. AUTORINO, *Le unioni civili in Europa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, n. 12, pt. II (speciale che riporta gli Atti del Convegno di Padova, 7-8 ottobre 2016), 1667 ss.; M. SESTA, *La disciplina dell’unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Fam. e Dir.*, 2016, 10, 884; L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *Giur. civ. comm.*, 2016, 4; V. CARBONE, *Riconosciute le unioni civili tra persone dello stesso sesso e le convivenze di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 848 ss.; R. FADDA, *Le unioni civili e il matrimonio: vincoli a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 10, 1386; P. TRIMARCHI, *La legge sulle unioni civili e la disciplina delle convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 864; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1712; E. QUADRI, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all’interprete*, in *Corriere giur.*, 2016, 7, 893; L. QUERZOLA, *Riflessioni sulla legge in materia di unioni civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, f. 3, 843.

²¹ G. AUTORINO STANZIONE, P. STANZIONE, *Unioni di fatto e patti civili di solidarietà. Prospettive de iure condendo*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. IV, Torino, 2007, 4 ss., parla, al riguardo, di ‘denegata giustizia’.

²² E. DURKHEIM, “*Introduction à la sociologie de la famille*”. *Extrait des Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux*, 10, 1888, 257 à 281.

²³ Significativamente M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, *op. cit.*, 251 ss. evidenzia come la qualificazione di patti cosiddetti “prematrimoniali” non sia del tutto esatta “o perlomeno risulti corrispondente ad una fetta della realtà che può essere presa in considerazione, ma non a tutta la realtà, quella realtà che proprio la legge in questione (sulle unioni civili), con la sua sfuggevolezza ci ricorda, o ci impone, non senza una certa prepotenza, come essere più vasta”. Più opportuno, allora, è il transitare dai patti prematrimoniali agli accordi preventivi della crisi familiare.

²⁴ Si pensi ai contratti di convivenza conclusi tra i conviventi *more uxorio*, attraverso i quali sono disciplinati gli effetti personali e patrimoniali derivanti dai rapporti reciproci (M. R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in F. GRILLINI e M. R. MARELLA, *Stare insieme*, Napoli,



soggetti coinvolti nei rapporti giusfamiliari. In altri termini, la regolamentazione delle situazioni familiari, sia patrimoniali che personali, non più appannaggio esclusivo dell'istituzione pubblica, dell'autorità giudiziaria (in ogni punto e dettaglio), risulta sempre più aperta alla volontà dei privati, da intendersi come preminente nella costruzione dei loro assetti – con il (solo) limite del contrasto con profili indefettibili, di cui costituisce un ripetuto esempio l'interesse dei minori.

Ciò non già nella sola fase fisiologica del rapporto: è ormai diffusa prassi quella di ricorrere, in occasione della *crisi di coppia* (*rectius della famiglia*, derivi la stessa da rapporto di coniugio o unione – ovvero anche a prescindere da detta formalizzazione o da altre analoghe, dovendosi intendere allora per famiglia quella che abbia avuto, per quanto temporaneo, un carattere di stabilità (vedi ancora il comma 36 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016)²⁵ –, alla regolamentazione pattizia²⁶, ad opera delle parti (coniugi, uniti e conviventi), e sempreché tra gli stessi sussista un clima ancora amichevole, dei reciproci rapporti patrimoniali che dalla “frattura” traggono origine²⁷.

L'accordo esprime, del resto, la logica di una negozialità che media le posizioni dei singoli. Non a caso la c.d. mediazione familiare²⁸, quale istituto extraprocessuale conciliativo di

2001, 3 ss.) – ipotesi che presenta una sua autonoma configurazione allorché il contratto di convivenza sia concluso tra omosessuali.

²⁵ Non è errato affermare – *de iure condito* e in mancanza di una espressa regolamentazione – che detti accordi possano concernere (di là dalle relazioni di *coniugio*) anche quelle di *unione*, la cui disciplina, del resto, è, nonostante il diverso *nomen* e la mancata assimilazione, fortemente ricalcata, anche per *relatio*, su quella del matrimonio (art. 1, comma 20 della legge 76 del 2016). Più agevole, di converso, risulta la riferibilità di tali patti ai rapporti scaturenti dalle *convivenze*: le stesse, in forza (per scelta dei *partner*) della loro posizione antitetica ai suddetti vincoli, come confermato dall'esplicita possibilità di stipulare “contratti di convivenza” (art. 1, comma 53, della l. 76 del 2016), risultano più libere, e dunque virtualmente più permeabili dall'autonomia privata.

²⁶ E ciò, invero, pure in una fase ancora “fisiologica” del rapporto, oltre che ad esso propedeutica, o comunque ancora non del tutto irredimibile: si intende, infatti, evitare che la regolamentazione intervenga in un momento in cui il matrimonio sia già entrato in piena crisi e sia particolarmente complesso, in presenza di reciproche recriminazioni e rivendicazioni, il compimento di un accordo ed il raggiungimento di un assetto che soddisfi entrambi i coniugi.

²⁷ Il crescente rilievo dell'accordo e “la natura contrattuale di siffatto contrattare, costituente il fondamento ontologico del *menage* familiare (argomentando *ex art.* 144 c.c., in relazione agli artt. 1321 e 1322 c.c.) con particolare riguardo alle decisioni d'ordine patrimoniale)” (così C. VERDE, *Profili evolutivi dell'autonomia negoziale nelle relazioni di tipo “familiare”*, in *www.juscivile.it*, 2014, 2, 52) aprono spazi di riflessione sulla funzione e sulle possibili attribuzioni notarili in una materia, quale quella familiare, sinora attratta dalla mano pubblica. Considerando la duplice funzione postulata dal diritto notarile, *i.e.* di adeguamento della negoziazione tra i privati al sistema di valori presenti nell'ordinamento positivo e, al contempo, spiccatamente “antiprocessuale”, con lo scopo di prevenire le liti e/o di transigerle, si profila opportuna una rivalutazione – e, dunque, un'assegnazione *ex lege* e quindi *de iure condendo* – degli spazi di competenza del Notariato nella materia su cui si riflette.

²⁸ Sulla mediazione familiare, si veda: G. FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale fondata da W. Bigiavi, Separazione e divorzio*, I, Torino 2003, 560 ss.; M. BASILE, *La mediazione nelle controversie coniugali sugli effetti della separazione e del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, I. *Famiglia e matrimonio*, t. 2, Milano 2002, 1483 ss.; M. DOGLIOTTI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia diretto da G. Ferrando, I. Matrimonio, separazione e divorzio* a cura di G. FERRANDO, Bologna 2007, 1064 ss.; ID., *La mediazione familiare: un dibattito ancora attuale*, in *Fam. dir.*, 1996, 766 ss.; L. GAIOOTTI, *Le parole dei figli di coppie divise. I Gruppi di Parola come esperienza sinergica alla mediazione familiare*, in *Minori giustizia*, 2012, 1, 422-430; G. BALLARANI, *La mediazione familiare alla luce dei valori della Costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2012, f. 10, 495-509; M. MAZZUCA, *Note sulla mediazione familiare, tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, f. 3, 711-724; D. D'ADAMO, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, f. 2, 377-398; C. IRTI, *Gestione condivisa della crisi familiare: dalla mediazione familiare alla negoziazione assistita*, in *Dir. fam.*, 2016, f. 2, 665-680.



giustizia informale, si è diffusa fortemente nella prassi dei servizi sociali, con la precipua finalità di attenuare la conflittualità nella crisi della copia e tentare di ripristinare una comunicazione costruttiva, volta alla ricerca di una soluzione concordata, negoziata e condivisa del conflitto, funzionale, in primo luogo, a tutelare il superiore interesse del minore, rendendo realizzabile il progetto educativo della prole.

E in quest'ottica, recente elegia dell'autonomia negoziale e dell'autodeterminazione nel "diritto della nuova famiglia"²⁹ è la legge n. 162 del 2014 di conversione del d.l. 12 settembre 2014 n. 132, recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», la quale individua due nuovi strumenti stragiudiziali di prevenzione e/o composizione della lite alternativi. Le due nuove procedure «semplificate» di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni si affiancano, senza sostituirle, ai procedimenti giurisdizionali di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni e operano al di fuori del processo per il tramite di una negoziazione assistita da avvocati, seguita dal nulla osta o dall'autorizzazione del procuratore della Repubblica, oppure in forza di accordi raggiunti dai coniugi davanti al sindaco nella sua qualità di ufficiale di stato civile (artt. 6 e 12, l. n. 162/2014), per tentare di ridurre un contenimento che, nel settore della crisi coniugale, appare crescere con andamento logaritmico³⁰. E', quindi, consentito ai coniugi, nei limiti e con le modalità previste dalla trama normativa, di raggiungere fuori dal processo ed in forza di un atto di autonomia privata, la separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio oppure lo scioglimento del matrimonio ovvero la modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Sicchè se sino ad oggi, la separazione tra i coniugi, così come lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili delle nozze o la modifica delle condizioni fissate dal giudice o concordate dalle parti in sede di separazione e divorzio richiedevano comunque, pur *inter volentes*, l'intervento del giudice, ora d'esso, per la prima volta nella storia del diritto italiano a far data dalla introduzione del divorzio, pare potersi far a meno³¹.

La negoziazione assistita ha, dal punto di vista dei principi, un effetto dirompente sul diritto della crisi della famiglia. Rivaluta l'autonomia dei coniugi quale fonte e tecnica di composizione della crisi coniugale: l'ordinamento arretra il potere di determinare la sorte della disputa a favore di soluzione private. Consente ai coniugi, sempre tramite un atto di autonomia negoziale assistita, di determinare le condizioni del loro divorzio o della loro separazione senza alcuna forma di controllo giudiziale, essendo solo affidato al Pubblico ministero il compito di rilasciare un "nullaosta", allorquando non ravvisi irregolarità. Infine – aspetto più vicino alla nostra indagine – la convenzione di negoziazione assistita null'altro parrebbe se non un patto relativo al futuro divorzio (o alla futura separazione), nel senso che è un patto con cui le parti si impegnano, al momento della crisi del loro matrimonio, a negoziare le condizioni del futuro divorzio (o della futura separazione)³². Di certo le disposizioni del d.l. n. 132 del 2014 non affermano la validità di tutti i patti con cui le parti de-

²⁹ V. CARBONE, *Crisi della famiglia e principio di solidarietà*, in *Fam. e dir.*, 2012, 12, 1 ss.

³⁰ G. GIAMO, *La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 3, 559 ss.; ID., *Status coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. Breve note comparatistiche in tema di negoziazione assistita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 4, 1515 ss.

³¹ Appare così essersi concretizzata la profezia di *Maine*, secondo cui le società progredite si muovono dallo *status* al contratto. Cfr. H. S. MAINE, *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London 1861, ris. New York 1986, 141.

³² C. RIMINI, *I patti in vista del divorzio: spunti di riflessioni e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1, 207 ss.



terminano in anticipo le condizioni del loro futuro divorzio; tuttavia esse, di là dalle soluzioni ai problemi interpretativi che pongono o dalle loro modalità di applicazione nella prassi, con ogni evidenza sanciscono il trionfo dell'autonomia negoziale e dell'autodeterminazione nella crisi matrimoniale.

Le tappe legislative sinteticamente tracciate “riflettono chiaramente una vicenda sociale segnata dal passaggio da un rapporto coniugale di tipo autoritario, coerente con una società tendenzialmente comunitaria (*Gemeinschaft*) ad uno fondato sull'eguaglianza e sull'accordo, coerente con una comunità contrattualistica (*Gesellschaft*) tipica delle moderne società post-industriali; dalla indissolubilità alla dissolubilità del matrimonio con un semplice atto amministrativo (art. 12, l. n. 162/2014); dalla discriminazione dei figli alla loro parificazione; dal disfavore verso le convivenze *more uxorio* alla tutela delle convivenze tra persone di sesso diverso o anche dello stesso sesso”. Famiglia, matrimonio, divorzio, convivenze sono categorie intimamente storiche, sono essi stessi elementi storici, soggetti al mutamento, da interpretare, come tali, secondo l'evoluzione della società e del costume³³; ciò suggerisce l'esigenza di un ripensamento delle regole di diritto sorte in un diverso contesto normativo e storico-sociale, nella consapevolezza che la dimensione giuridica risulta connaturale alla quotidianità sociale e appartiene alla normalità di questa.

2. Le suggestioni e le sollecitazioni più significative ad un ripensamento complessivo del sistema derivano all'interprete dalle ipotesi di accordi preventivi di separazione e divorzio, conclusi in un momento cronologicamente antecedente all'insorgere della crisi coniugale o prima del matrimonio (secondo il modello, proprio dell'esperienza d'oltre oceano, dei *pre-nuptial agreements*).

La complessa ed insidiosa³⁴ materia degli accordi prematrimoniali in vista di separazione e divorzio ha rappresentato uno dei più considerevoli luoghi di emersione della tendenza alla contrattualizzazione delle relazioni familiari³⁵, ampiamente rilevata dalla dottrina italiana, un terreno fecondo su cui è agevole constatare il ruolo decisivo dell'autonomia privata di ciascuna individualità componente il nucleo familiare. In presenza di un quadro normativo assai deficitario – come noto, alcuna disciplina specifica di queste forme contrattuali è prevista –, la giurisprudenza ha più volte avuto occasione di pronunciarsi circa la validità delle intese raggiunte dalle parti sull'assetto patrimoniale in previsione di un possibile futuro divorzio. Anche in questo caso – come per quello del carattere disponibile o meno del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio – si assiste ad una significativa evoluzione del pensiero dei giudici di legittimità, da concezione più “liberiste” (*recte* più “possibiliste”) a posizioni di assai più rigida chiusura.

A seguito di una serie di aperture nella giurisprudenza degli anni Settanta dello scorso secolo, a partire da una decisione del 1981 la Corte di legittimità comincia ad enucleare spe-

³³ “Se è vero che un'indagine sul tema familiare debba impegnarsi a ricostruire la materia su basi rigorosamente giuridiche, prendendo le mosse dal dato di diritto positivo, essa però non potrà essere avulsa dal contesto sociale e culturale in continuo mutamento nel quale emergono, per dirla con Carbonnier, tali richieste di giustizia”: così M. G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in www.comparazioneDirittoCivile.it (maggio 2013), la quale richiama l'insegnamento di G. AUTORINO STANZIONE, in *Diritto di famiglia*, cit., 1 ss., confluito poi nell'introduzione al trattato *Il diritto di famiglia nella dottrina e giurisprudenza*, cit., XV ss.

³⁴ “Quella dei patti cosiddetti “pre-matrimoniali” è tematica nota per essere particolarmente insidiosa”: così M. AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenze*, in *Riv. not.*, f. 2, 2017, 251 ss.

³⁵ Cfr. M. R. MARELLA, *Gli accordi tra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. Bigiavi*, I, 2, Torino, 153-210.



cifici profili di illegittimità degli accordi in esame, tali da sconsigliarne l'adozione pur a quanti volesse attestarsi sulla tesi della validità delle rinunzie (successive) ai diritti patrimoniali insorgenti dalla scioglimento del vincolo matrimoniale³⁶. Sullo sfondo, ancorato alle ideologie cristiane-cattoliche, permane pervicacemente l'idea che la predisposizione di un piano economico prima del divorzio per opera dei coniugi faciliti senza ombra di dubbio l'abbandono della relazione coniugale e lo scioglimento definitivo di essa – un'idea peraltro condivisa dalle corti americane (ma anche di altre giurisdizioni di *common law*) sino alla recente svolta in favore della libertà contrattuale. Gli accordi preventivi per la disciplina degli effetti del divorzio sono nulli per illiceità della causa, giacché idonei a realizzare un “mercimonio” dello *status* matrimoniale mediante la previsione di un corrispettivo per il consenso allo scioglimento del legame matrimoniale – una commercializzazione del diritto civile che si rispecchia in un'immagine di famiglia “gerarchizzata”, quella del codice del 1942, nella quale il marito è capo ed amministratore dei beni dotali, all'interno di un assetto piramidale volto alla salvaguardia del patrimonio (non già della persona). Si tratterebbe, dunque, di intese volte a condizionare (direttamente o indirettamente) la volontà dei coniugi su scelte di carattere personale inerenti diritti indisponibili correlati al proprio *status*, e la libertà dei comportamenti difensivi degli stessi nei processi di divorzio sia per quanto riguarda gli effetti economici, sia circa la stessa dichiarazione di divorzio in sé³⁷.

Argomentazione costantemente addotta a sostegno della nullità degli accordi proclamata *apertis verbis* delle successive decisioni (l'indirizzo più rigoroso continua nel corso degli anni novanta sino ad oggi, definitivamente consolidandosi con altre pronunce ispirate ai medesimi principi)³⁸, è, vieppiù, la illiceità della causa per contrasto insanabile con l'indisponibilità dell'assegno di divorzio, sul presupposto della natura prevalentemente alimentare di tale diritto, giacché rivolto alla tutela del coniuge economicamente più debole. La giurisprudenza, considerando la sua natura composita, in un primo momento aveva ritenuto che esso fosse disponibile, quantomeno relativamente alle componenti risarcitoria e compensativa³⁹ – conclusione questa, del resto, del tutto condivisa dalla prevalente dottrina che aveva sostenuto la piena disponibilità dell'assegno, argomentando soprattutto dal fatto che l'art. 5, comma 4, della l. divorzio, ammetteva che «su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in un'unica soluzione». Solo in un momento successivo, sempre nella vigenza della l. 898/70, la giurisprudenza segue un itinerario decisamente volto a sottolineare la natura indisponibile dell'assegno con una progressiva svalorizzazione degli elementi posti a fondamento della primitiva soluzione; così quanto in precedenza affermato sulla indisponibilità dell'assegno, peraltro limitato alla componente assistenziale, viene esteso dalla Corte di Cassazione anche al profilo risarcitorio e compensativo dell'assegno.

Alla declaratoria di nullità degli accordi di regolamentazione preventiva della crisi si è sovente giunti richiamando, da ultimo, l'art. 160 c.c., sancente l'indisponibilità dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio: in altri termini, e a prescindere dal condizionamento sul

³⁶ Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1533 ss., con nota di A. TRABUCCHI, *Assegno di divorzio: attribuzione giudiziale e disponibilità degli interessati*, e in *Foro it.*, 1982, I, c. 184 ss.

³⁷ Cass., 5 dicembre 1981, n. 6461, in *Mass. Giur. it.*, 1861, c. 1620.

³⁸ Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1495; Cass., 28 ottobre 1994, n. 8912, in *Fam. e dir.*, 1995, 14; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Dir. Fam. Pers.*, 1996, 931; Cass., 20 dicembre 1995, n. 13017, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1694; Cass., 20 febbraio 1996, n. 1315; Cass., 11 giugno 1997, n. 5244, in *Giur. it.*, 1998, 218; Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Corr. Giur.*, 1998, 513; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810; Cass., 9 maggio 2000, n. 5866; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2076, in *Fam. e dir.*, 2003, 344.

³⁹ Cass., 3 luglio 1980, n. 4223, in *Rep. Foro it.*, 1980, *Matrimonio*, 142.



comportamento e la libertà delle parti di difendersi nel procedimento di divorzio, si ritiene che ogni determinazione presa prima della sentenza che pronuncia lo scioglimento del matrimonio non sarebbe vincolante, per la ragione che gli interessati sarebbero ancora legati dal rapporto fondamentale, il cui contenuto non può non essere sottratto ad ogni contrattazione⁴⁰.

Si innesta lungo la traiettoria sinora delineata la più recente sentenza n. 2224 del 30 gennaio 2017, con la quale la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha riaffermato *apertis verbis* la nullità dell'accordo con cui venga concordato l'assegno di divorzio tra i coniugi preventivamente in sede di separazione, atteso che ogni pattuizione di contenuto patrimoniale in previsione di un futuro ed eventuale divorzio è invalida per illiceità della causa in quanto in contrasto con il principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Sicché, "di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio"⁴¹. Nel caso di specie è stato accolto il ricorso di una donna che intendeva ottenere la riforma della sentenza con cui la Corte d'Appello di Milano aveva statuito che l'ingente somma versata anni prima dal marito, in sede di separazione, doveva essere considerata a titolo di quanto le sarebbe spettato per assegno di mantenimento e assegno divorzile; donde conseguiva che il predetto importo, per la sua rilevanza, assorbiva, per almeno vent'anni, persino la richiesta di un assegno divorzile⁴².

Gli Ermellini hanno altresì precisato come gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile siano nulli per illiceità della causa, "avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo"⁴³. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5, ottavo

⁴⁰ Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810, in *Corr. Giur.*, 2000, 1021; Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *www.altalex.com*.

⁴¹ Così Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *www.altalex.com*.

⁴² Nell'ambito del giudizio di divorzio, la Corte d'appello di Milano aveva riformato la sentenza di primo grado revocando alla moglie l'assegno di mantenimento, dichiarando cessato l'obbligo di mantenimento del figlio maggiore e riducendo il mantenimento del figlio studente. La Corte territoriale aveva posto a fondamento della propria decisione di revoca dell'assegno divorzile, la circostanza, realizzatasi in corso di separazione personale dei coniugi, dell'avvenuto versamento da parte del marito in favore della moglie, della somma di quasi due milioni di euro. Così facendo egli avrebbe inteso corrispondere alla donna quanto le sarebbe spettato a titolo di assegno di mantenimento e di assegno divorzile, dovendosi considerare che il predetto importo, per la sua consistenza, assorbiva, per almeno vent'anni, l'originaria richiesta di un assegno divorzile di 7.000 euro mensili già avanzata. Quanto al figlio maggiorenne studente, non ancora autosufficiente, avendo lo stesso abbandonato gli studi universitari ed essendo alla ricerca di un lavoro, il padre avrebbe dovuto contribuire al suo mantenimento nella misura di 1.500 euro mensili, somma predeterminata sulla base della retribuzione media di un laureato al primo impiego. La Corte suprema ha accolto tutti i motivi di ricorso evidenziando la contrarietà della pronuncia della Corte Milanese a un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato.

⁴³ L'assegno divorzile ha una funzione assistenziale-solidaristica, *id est* serve a evitare che, a causa del divorzio, il coniuge economicamente più debole si trovi in precarie condizioni economiche. Affinché si possa sostenere il diritto all'assegno divorzile il richiedente deve provare quali sono le risorse reddituali e patrimoniali dell'*ex* coniuge, ma anche le rispettive potenzialità economiche e il tenore di vita goduti dai coniugi all'epoca della



comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 – a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell’assegno divorzile può avvenire in un’unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico –, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati “*secundum ius*”, non possono implicare rinuncia all’assegno di divorzio”⁴⁴.

I coniugi, dunque, in sede di separazione non possono accordarsi sull’importo dell’assegno che dovrà essere versato in vista di un futuro ed eventuale divorzio, giacché separazione e divorzio si profilano momenti distinti e separati nell’*iter* di scioglimento del matrimonio, non programmabili in anticipo. Non è corretto, quindi, equiparare e unificare l’assegno di mantenimento nella separazione all’assegno divorzile, stante la diversità dei presupposti per il loro riconoscimento.

Ai sensi dell’art. 5 della legge sul divorzio, l’accertamento del diritto all’assegno divorzile deve essere eseguito verificando l’inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente, raffrontati ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso o quale poteva legittimamente e ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto. La liquidazione in concreto dell’assegno, se il coniuge richiedente non è in grado di mantenere con i propri mezzi il suddetto tenore di vita, va compiuta tenendo conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ognuno e di quello comune, nonché del reddito di entrambi, “valutando tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio (cfr. *ex plurimis*, Cass. civ., 15 maggio 2013, n. 11686)”.

Epperò, tale consolidato (mai esitante da almeno un trentennio) indirizzo giurisprudenziale è stato fortemente avversato in dottrina sulla base di numerose argomentazioni, talora convincenti sul piano logico e sistematico; sinanco aspramente “bollato” da un autorevole civilista italiano di “irragionevolezza” nella sua ritrosia a non ammettere la validità dei contratti stipulati dai coniugi in vista del divorzio⁴⁵ per motivi di ordine pubblico, specie se posto a confronto con altre esperienze straniere dove la regolamentazione in via preventiva delle conseguenze del divorzio viene ritenuta ammissibile. Peraltro, in tempi non recenti – e naturalmente in un periodo in cui poteva discorrersi non già di divorzio, piuttosto di invalidità matrimoniale – Arturo Carlo Jemolo, con la lucidità intellettuale che gli era propria, non esitò ad affermare la liceità degli accordi stipulati in vista dell’annullamento del matrimonio, ricorrendo all’art. 1322 c.c. cpv. ed evidenziando «che siamo in un caso in cui è palese l’interesse tipico del regolamento dei rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche»⁴⁶.

Sembra opportuno sottolineare circa l’asserito condizionamento che le intese in discorso eserciterebbero sul comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e al temuto

convivenza. Ad affermarlo è, da ultimo, il Tribunale di Sassari, nell’ambito di un giudizio di divorzio tra coniugi, con sentenza n. 217 del 12 febbraio 2017 (Trib. Sassari, 12 febbraio 2017, in www.laleggepertutti.it).

⁴⁴ Testualmente, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in www.altalex.com.

⁴⁵ Così F. BUSNELLI, *Prefazione* ad AA.VV., *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell’Unione Europea*, a cura di D. AMRAM e A. D’ANGELO, Padova, 2011, XIX.

⁴⁶ A. C. JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1967, 530.



commercio dello *status* di coniuge, come si tratti di affermazioni sceve di sostegno. E' di tutta evidenza che esiste una volontà del nostro ordinamento diretta a sollecitare il soggetto, all'atto del matrimonio – situazione del tutto speculare a quella ivi considerata – a “costruire” le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze ed alle esigenze di vita, stabilendo espressamente che le convenzioni matrimoniali possano essere stipulate in ogni tempo (art. 162, comma 3, c.c.). Non riesce a comprendersi, dunque, perché ciò non dovrebbe poter avvenire in relazione al divorzio. Peraltro, è lo stesso codice civile che configura espressamente (art. 785 c.c.) il matrimonio (e quindi un fatto costitutivo di uno *status familiae*) alla stregua di una condizione sospensiva della attribuzioni patrimoniali gratuite effettuate in vista della celebrazione delle nozze – chiaro richiamo, questo, alla validità delle clausole “premiali” legate ad un comportamento personale di una delle parti. “Appare pertanto evidente che altro è dedurre ad oggetto del sinallagma negoziale l'impegno a tenere (o a non tenere) un comportamento personale (sposarsi, divorziare, separarsi, domandare l'annullamento del vincolo) e ben altro è prevedere le conseguenze patrimoniali di una scelta di tal genere, laddove il legislatore si preoccupa di scongiurare soltanto il verificarsi della prima situazione, non certo della seconda”⁴⁷. Di là dall'apriorismo del principio, risulta incomprensibile l'argomentazione fondamentale (più volta addotta ed utilizzata dalla giurisprudenza di legittimità nell'*iter* logico diretto a sostenere la nullità dei patti) che essi avrebbero l'effetto di condizionare la condotta processuale del coniuge interessato ad opporsi alla domanda di divorzio: come anche di recente dottrina ha dimostrato, tali preoccupazioni non colgono affatto nel segno. Premesso che non tutti gli accordi con cui le parti predeterminano il futuro contegno processuale sono di per sé illeciti, visto che essi divengono tali solo laddove comportino la violazione del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., ovvero si traducano in un patto con cui le parti intendono perseguire un risultato in frode alla legge, si è evidenziato come ciascun coniuge sia titolare di un diritto potestativo allo scioglimento del vincolo, al quale si contrappone una posizione di mera soggezione dell'altro coniuge. La procedura di divorzio, in presenza dei presupposti richiesti dalla legge, si caratterizza per il relativo automatismo, automatismo che impedisce a ciascun coniuge di opporsi all'iniziativa dell'altro; sicché, “i comportamenti ostruzionistici in seno al processo possono, in questa prospettiva, comportare l'aumento della durata, ma giammai impedire al giudice di pronunciare il venire meno della *communio omnis vitae*”⁴⁸.

L'argomento complesso della (in)disponibilità dei più importanti diritti d'ordine patrimoniale nascenti dalla separazione personale e dallo scioglimento del matrimonio (*i.e.* diritto al mantenimento del coniuge separato *ex* art. 156 c.c. e assegno di divorzio *ex* art. 5, l. div.) evoca dibattiti ampi, talora a fasi e vicende alterne. L'abbandono della rilevanza della colpa quale presupposto per la separazione personale, in una con l'unanime affermazione del carattere assistenziale del mantenimento ha condotto, negli ultimi trenta trent'anni, ad un intenso ripensamento della materia, che, oggi, appare rinvenire nella riforma introduttiva all'affidamento condiviso più conferme che smentite. Per ciò che attiene, più specificamente all'assegno divorzile, il dibattito sulla relativa natura disponibile, che ha caratterizzato la materia in esame sin dall'entrata in vigore della l. div., ha visto passare l'opinione prevalente da una posizione piuttosto possibilista ad una totale chiusura dopo l'entrata in vigore della

⁴⁷ G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del tribunale di Torino*, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, 807.

⁴⁸ F. PINTO, *La separazione consensuale*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da G. FERRANDO, Bologna, 2007, I, 690.



l. n. 74/87, la quale, specificando, da un lato che la corresponsione *una tantum* possa avvenire solo “se ritenuta equa dal tribunale”, ed esaltando, dall’altro, con il famoso inciso “mezzi adeguati”, il carattere assistenziale dell’assegno, ha inciso su entrambi gli argomenti usualmente adottati per desumere il carattere irrinunciabile del diritto. Le timide aperture della Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 1305 del 6 aprile 1977, ove si sanciva la disponibilità dell’assegno di divorzio limitatamente alla sua componente risarcitoria e compensativa, trovavano, dunque, un’inversione di rotta nella giurisprudenza degli anni successivi, fondata sulla discutibile tesi dell’incidenza degli accordi regolativi della separazione sulla libertà della condotta processuale e sulla mercificazione dello *status* coniugale. Epperò la conclusione che fonda il carattere indisponibile dell’assegno di divorzio sulla natura assistenziale del medesimo solleva svariate perplessità. Non pare il carattere assistenziale esoneri l’avente diritto dall’onere della proposizione di una apposita domanda, non essendo determinato tra i coniugi l’assegno *ex officio* – il ché appare incompatibile con la natura indisponibile d’esso. S’aggiunga poi che il beneficiario pur potrebbe, per svariati motivi, accontentarsi di un assegno inferiore rispetto a quello spettantegli per legge, senza che al riguardo il tribunale né il pubblico ministero possano avere alcunché a ridire⁴⁹.

Il classico richiamo, d’ipoi, all’art. 160 c.c., appare del tutto “fuori luogo”: “ritenere che il dovere di contribuzione rimanga inalterato addirittura nonostante la pronuncia di divorzio, significa conservare, per quanto si può, la mistica dell’indissolubilità, favorendo il ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio, come atto al di sopra della volontà dei singoli, in palese contrasto con il pensiero dominante (*rectius*, con la concezione contemporanea di matrimonio), oltre che con la giurisprudenza della stessa Corte di legittimità, che non ha mancato di negare, nella maniera più radicale, che nel nostro ordinamento, possa attribuirsi al matrimonio effetti di tipo ultrattivo”⁵⁰. Del resto, il contesto storico in cui la norma è nata (la storia dell’art. 160 c.c. insegna che essa è erede dell’art. 1379 c.c. 1865, a sua volta mutuata da quell’art. 1388 *Code Napoléon* che non poche polemiche aveva sollevato in sede di lavori preparatori), la sua collocazione “topografica” all’interno di un insieme di articoli (quelli in materia di regime patrimoniale della famiglia) miranti a disciplinare gli effetti d’ordine economico dell’unione coniugale nella sua fase fisiologica, nonché la scelta lessicale del termine «sposi» in luogo di «coniugi» operata dal legislatore sembrano escludere l’operatività ed il “dilagare della disposizione”⁵¹ nonché del relativo “dogma dell’indisponibilità”⁵² in relazione alla fase postmatrimoniale ed alla situazione di crisi coniugale nel suo complesso, separazione compresa.

3. In giurisprudenza (è un diritto, il nostro, del resto, “dal passo lento”!) si sono avventati sporadici e involuti segnali di apertura, tracciando una indolente ma inesorabile evoluzione nel tempo. Anni addietro è stata ammessa la validità, per conformità all’ordine pubblico internazionale, di un accordo stipulato da coniugi statunitensi residenti in Italia,

⁴⁹ Cfr V. CARBONE, *L’assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità. Nota a Cass.*, 4 giugno 1992, n. 857, in *Corr. Giur.*, 1992, 856.

⁵⁰ Così, G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 1, 85. Cfr. altresì G. DORIA, *Autonomia privata e “causa” familiare. Accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 73 ss.

⁵¹ L. OLIVERO, *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Torino, 2008, 107 ss.

⁵² P. BERNARDINI FABBRANI, *I patti prematrimoniali: la necessità dell’intervento del legislatore, relazione al Convegno La famiglia nel terzo millennio. Convivenze, patti prematrimoniali, scioglimento consensuale del matrimonio*, Alghero, 6 maggio 2006, 3.



durante il matrimonio e in vista del divorzio⁵³. Una più recente decisione della Suprema Corte, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità delle intese concluse in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, ha rigettato la domanda di nullità di un accordo preventivo sull'ammontare dell'assegno di divorzio, sulla base del pretesto che l'invalidità era stata invocata nella specie non dal coniuge avente diritto all'assegno, bensì dall'altro, che di tale assegno avrebbe potuto essere onerato. La Consulta così perviene, con una operazione ermeneutica contorta e spericolata, al risultato paradossale di trasformare – al di fuori di ogni previsione di legge – la nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, azionabile soltanto dal coniuge avente diritto all'assegno (e quindi economicamente più debole), con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. In altri termini, il Supremo Collegio, nel tentativo di mitigare le conseguenze più inaccettabili di proprie posizioni sbagliate, di addivenire ad un risultato concreto “equo” senza intaccare le impalcature generali concettuali tradizionalmente seguite, non ha esitato, mercé il ricorso ad un sottile distinguo che ricorda la *baarspaltemaschine* di Jheringiana memoria⁵⁴, a violare i più elementari principi dell'ordinamento giuridico⁵⁵.

Senza poi considerare l'erronea e falsa applicazione per opera della Corte dell'art. 3 della Costituzione: non può tacersi ch'esso proclami la pari dignità sociale e l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge senza distinzione, in primo luogo di sesso e come non paia affatto la pronuncia si armonizzi perfettamente con tal precetto, profilandosi piuttosto una ingiustificata disparità di trattamento tra la posizione del coniuge beneficiario dell'assegno (moglie) e quella dell'altro coniuge (marito) che, secondo i criteri dell'art. 5 l. divorzio, potrebbe esserne gravato. Il testo della Cassazione sembra affiorare dalle nebbie del passato e riflettere una concezione dei rapporti tra coniugi del tutto fuori del tempo, che si traduce nell'ossessiva esigenza di protezione del coniuge più debole, – concezione, invero, formata nel periodo dal 1970 al 1975, allorché il potere di scioglimento del vincolo era coesistito con una disciplina dei rapporti familiari che privilegiava la posizione del marito capo della famiglia (normale percettore del reddito e detentore della capacità economica familiare) e l'immagine della donna quale *mater familias*, sfiancata badando alla casa e all'allevamen-

⁵³ Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1985, 579: «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 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».

⁵⁴ G. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il distinguishing finisce nella baarspaltemaschine*, in *Fam. e dir.*, 2013, 4, 324; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 1, 80. *Ivi* la riflessione sul metodo utilizzato dalla Cassazione in tema di accordi preventivi ed il rinvio al «cielo dei concetti giuridici» ed alla meravigliosa «macchina spaccacapelli» su cui il giurista tedesco sovente ironizzava (cfr. R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it., Firenze, 1964, 280).

⁵⁵ Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Famiglia*, 2001, 245, con nota di G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*. Cfr. altresì Cass., 1 dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1592 ss.; Cass., 3 marzo 2006, n. 5302, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, f. 4; e Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. dir.*, 2012, 772 ss., con nota di A. ARCERI, *Gli accordi sul godimento della casa familiare al vaglio della Cassazione*.



to dei figli, abbandonata poi senza sostanze e senza reddito dal cattivo marito che vuol sciogliersi dal vincolo.

Ebbene, l'immagine di una cupa situazione di miseria, in cui la moglie, spossata dalle fatiche, si trova al momento dello scioglimento del matrimonio è quanto mai efficace per manifestare i dubbi e le perplessità dell'interprete innanzi alla reiterata affermazione da parte della giurisprudenza della Corte dell'esigenza (in ogni caso) prioritaria di protezione del coniuge più debole: "la situazione dei coniugi in sede di separazione o di divorzio non può essere pensata unilateralmente, con riguardo alla tutela del coniuge più debole, il quale sia, per definizione la donna. Il coniuge da proteggere non è uno solo, ma sono due. Non si può pensare in termini di un coniuge, ma si deve pensare in termini di due coniugi. La protezione giuridica non è e non può essere unilaterale, ma deve estendersi a tutte le situazioni possibili, a tutti i vari interessi dei coniugi, che alla stregua dei valori emergenti dal sistema siano da considerare meritevoli di tutela (...) Il divorzio è un diritto potestativo. Non è sufficiente apprestare la protezione giuridica al coniuge più debole, ma occorre apprestarla anche a quello più forte economicamente per evitare approfittamenti, ricatti; insomma, occorre rifuggire dalla configurazione del matrimonio (presente più di quanto non si creda) come una vera e propria sistemazione patrimoniale, come acquisizione di un potere che legittima ad una 'spremitura' dell'altro coniuge oltre ogni limite di razionalità e di senso comune"⁵⁶.

Piuttosto allora che optare, ancora una volta, per una posizione di compromesso, divisa tra l'esigenza di salvaguardare nel procedimento di divorzio la libertà di difesa del coniuge interessato ad opporsi alla domanda ed istanze di giustizia sostanziale, dettate, a ragione o a torto, dalla necessità di tutelare il coniuge più debole, la dottrina nell'auspicare l'adozione di un rimedio diverso da quello della nullità dei contratti tra coniugi stipulati in vista della cessazione del *ménage*, invita ad indulgere a soffermarsi ad analizzare, invece e soprattutto, il rapporto esistente tra la tutela dei soggetti c.d. deboli predisposti dalla legge ed il ruolo dell'autonomia privata, da un lato, e tra quest'ultima e l'intervento del giudice, dall'altra.

Non può non riconoscersi all'autonomia negoziale dei coniugi interessati il ruolo di fonte principale delle regole destinate a presiedere alla crisi del matrimonio, in sostituzione o in alternativa alla legge. Peraltro, la stessa disciplina legale degli istituti tipici della risoluzione della crisi, quali la separazione ed il divorzio, pur con innegabili elementi di distinzione, ben si presta ad una lettura sistematica attenta alle logiche confluente, più che alle formali divergenze: di là dal mero ossequio formale a formule che vengono sovente riempite di contenuti diversi, infatti, nella separazione e nel divorzio ciò che sembra assumere un rilievo crescente è la necessità di tener conto della nuova situazione che viene a determinarsi con la cessazione della convivenza⁵⁷. Una volta raggiunto quale punto fermo quello di non confinare nel campo dell'illecito gli accordi patrimoniali stipulati in sede di separazione e divorzio e destinati a regolare i rapporti per il tempo successivo allo scioglimento del matrimonio, urge piuttosto affrontare il problema dei limiti entro i quali possa esplicarsi l'autonomia negoziale coniugale, *i.e.* precisare, in altri termini, i principi e le regole da applicare per esercitare un controllo (ad opera del giudice) su quei patti che derogano o comunque interferiscano con la disciplina legale posta a tutela del coniuge o dei figli minori. Compito, invero, non semplice comportando la scelta d'essi l'esercizio di un equilibrio di complessa realizza-

⁵⁶ E. RUSSO, *Il divorzio "all'americana"; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale*, in *Foro it.*, I, 1319-1331.

⁵⁷ L. ROSSI CARLEO, *Dalla fisiologia alla patologia del matrimonio: analogie e diversità tra nullità, separazione e divorzio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, trattato diretto da G. FERRANDO, vol. I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, Bologna, 2007, 563.



zione, dovendo al più utilizzarsi, da parte del giudice, adattandoli alla specificità del diritto di famiglia, azioni e rimedi del diritto dei contratti per l'esigenza di protezione di interessi inerenti la sfera personale ed esistenziale del soggetto⁵⁸.

Epperò, a dispetto di taluna dottrina più propensa al ricorso di “accordi determinativi di obblighi legali” che allo strumento del contratto e alle sue regole, è da sottolinearsi come il diritto dei contratti non sia affatto “nuovo” nell'affrontare le esigenze di tutela dei soggetti deboli – si tratti di lavoratore, consumatore o categorie svantaggiate altre. Il diritto dei contratti di origine comunitaria ed europea, nella sua evoluzione, ha individuato nuovi ed appropriati strumenti per porre rimedio alle situazioni di squilibrio contrattuale, sempre più aderendo ad un nuovo paradigma che vuol sostituire alla logica degli uguali la considerazione delle condizioni di potere economico in cui le parti versano, “destrutturare l'assioma della neutralità del diritto rispetto ai protagonisti delle transazioni per riconoscere rilevanza alle concrete situazioni di asimmetria di potere che possono configurarsi sul mercato”. Varrebbe, quindi, la pena di coltivare con attenzione la via contrattuale per regolare gli accordi tra i coniugi, non potendo di certo offrire una soluzione soddisfacente per gli squilibri e le dinamiche attualmente presente nel diritto di famiglia l'idea di “rinserrarsi all'interno di un sottosistema chiuso”⁵⁹. Seppure la lettura di pronunce di giudici appartenenti ad ordinamenti vicini appare delineare i contorni d'un quadro dickensiano – si pensi al caso di un matrimonio subordinato alla conclusione di un contratto con cui la donna, già madre di un figlio nato da una pregressa relazione ed, al tempo, in attesa d'un altro figlio dal convivente, aveva rinunciato ad ogni diritto in caso di divorzio⁶⁰ –, il possibile uso distorto dell'autonomia negoziale non giustifica, tuttavia, la possibile preferenza, nel diritto di famiglia, del paternalismo legislativo all'autonomia dei contraenti: il controllo fondato sulla nullità è senz'altro il meno efficiente, sacrificando indistintamente anche accordi garanti di assetti ottimali nell'organizzazione degli interessi familiari; e, al contempo, non assicurando, in ter-

⁵⁸ Il superamento del supposto antagonismo tra contratto e famiglia è registrato da E. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, 60 ss. Al riguardo si veda altresì A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 53 ss, a parer del quale: “nel sistema normativo vigente, la negozialità, e poi la contrattualità, non costituisce un risultato da acquisire, quanto piuttosto un dato da cui occorre prendere le mosse per verificare quale sia il regime di disciplina coerente con l'autoregolamentazione degli interessi in materia familiare (...) Si tratta, allora, di verificare a quali condizioni, e in che limiti, sia possibile ricostruire una disciplina del contratto incidente nell'area degli interessi familiari *coerente* con il coinvolgimento dei valori personalistici ed esistenziali delle parti”.

⁵⁹ I virgolettati sono di M. R. MARELLA, *Gli accordi tra i coniugi fra suggestioni comparatistiche e diritto interno*, in G. FERRANDO (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. Bgiani*, I, 2, Torino, 153.

⁶⁰ V. BVerfG, 6 febbraio 2001, in *NJW*, 2001, 957 ss., ed in *Famiglia*, 2002, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coningali in vista del divorzio e tutela del partner debole*; nonché in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 57, con nota di E. BARGELLI, *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca)*. La fondamentale pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, in base alla quale gli accordi in vista del divorzio devono essere sottoposti ad un penetrante controllo per garantire il rispetto dei principi di cui all'art. 2, comma 1, in collegamento con l'art. 6, comma 4, *Grundgesetz*, impone ai Tribunali di rispettare l'autonomia privata (art. 2, comma 1, GG), allorché l'accordo sia il frutto di una negoziazione tra soggetti in posizione paritaria, e di incidere sul regolamento di interessi laddove, invece, vengano lesi i diritti fondamentali di una delle parti o dei figli – impiegando il diritto costituzionale per “proteggere l'autonomia privata da se stessa” (testualmente, A. FUSARO, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2015, 241). Si veda altresì, nella stessa traiettoria costruttiva, la rilevante pronuncia della Corte costituzionale tedesca del 29 marzo 2001, in *FamRZ*, 2001, 985 ss.



mini di politica del diritto, la promozione dell'eguaglianza morale e giuridica, affatto realizzabile attraverso norme di divieto che limitino l'autonomia individuale⁶¹.

Proprio in questa prospettiva, le resistenze appaiono ancor più ingiustificate: negare tale possibilità, in un momento di divenire storico-giuridico che appare orientato verso parametri di autonomia contrattuale, sarebbe troppo “*tranchant*” e produrrebbe un effetto discriminatorio in un campo, quale quello familiare, che, oggi più che mai, necessita di tutela preventiva e di ampia libertà tra i coniugi stessi anche in vista di una sistemazione patrimoniale dell'assetto familiare conseguente alla crisi (basti pensare alle molteplici applicazioni pratiche di istituti tipici per finalità atipiche, quale, ad esempio, il *trust* o il vincolo di destinazione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645 *ter* c.c., utilizzati quali strumenti di segregazione patrimoniale in vista della crisi familiare e contemplati, a livello operativo, pur negli accordi di separazione omologati innanzi all'autorità giudiziaria competente). Eppure, i giudici di legittimità, ancora una volta, sembrano voler evitare di attaccare frontalmente l'orientamento tradizionale, preferendo aggirarlo (con un ennesimo *escamotage*!) attraverso inediti percorsi argomentativi, i quali, però, espongono al rischio di un utilizzo distorto delle categorie concettuali, nella sentenza del 21 dicembre 2012, n. 23713⁶², ove, si è, sostanzialmente attribuito rilievo ad un patto raggiunto in sede di separazione, sebbene con una chiara valenza divorzile e postdivorzile. Oggetto della controversia era un accordo, stipulato dai nubendi il giorno prima del matrimonio, con il quale si prevedeva che la moglie, in caso di fallimento del matrimonio (separazione o divorzio), avrebbe trasferito al marito un immobile di sua proprietà quale indennizzo delle spese sostenute da quest'ultimo per la ristrutturazione di altro immobile, pur sempre di proprietà della moglie, da adibirsi a casa coniugale; a “saldo” – si prevedeva altresì nella scrittura privata – il marito avrebbe trasferito in favore della moglie un titolo di stato del valore di euro 10.329,14. La ricorrente qualificava l'accordo come prematrimoniale, nullo in quanto tale per la giurisprudenza italiana, giacché diretto a limitare la libertà di agire e difendersi in sede di divorzio, costituendo una sorta di “prezzo del consenso al divorzio”, e perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio. Impugnava, pertanto, la sentenza resa dalla Corte d'Appello di Ancona, che aveva ritenuto valido ed efficace l'accordo, chiedendo ne fosse dichiarata la nullità.

La Corte di Cassazione, nell'esaminare la vicenda alla luce dei precedenti giurisprudenziali e delle serrate critiche dottrinali, ha ritenuto di qualificare l'impegno negoziale preso dalla moglie nella scrittura privata sottoposta al suo sindacato quale “sorta di *datio in solutum*”, collegata alle spese affrontate dal marito per la sistemazione dell'immobile altro adibito a casa coniugale – non già, dunque, come un patto prematrimoniale nell'accezione del *prenuptial agreement* di diritto anglo-americano, che regola l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante d'esso (es. entità assegno divorzile), bensì come un contratto che deriva dalla libera espressione dell'autonomia negoziale delle parti, caratterizzato da prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, volto a regolare rapporti giuridici patrimoniali ben definiti e circoscritti, nell'ambito del quale si inserisce, sotto forma di elemento accidentale, la fine del rapporto di coniugio.

In quest'ottica, il divorzio è degradato da «causa genetica» a mero «evento sospensivo» della efficacia dell'accordo: secondo la ricostruzione della Corte, la crisi della famiglia non

⁶¹ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Dal divieto del lavoro notturno femminile all'autodeterminazione delle donne*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 569 ss.

⁶² Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. e dir.*, 2012, 772.



costituisce il profilo funzionale quanto una mera condizione dell'accordo, la rilevanza della quale viene ulteriormente chiarita attesa la sua immanenza ad una relazione di stretta solidarietà tra i coniugi nell'ambito della quale – qui il messaggio innovatore della sentenza – «può sicuramente ipotizzarsi i rapporti di dare e 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 dei doveri e dei diritti coniugali». «La Corte di Cassazione sembra intenzionata, in altre parole, a mutare la prospettiva d'indagine: non già la famiglia come nucleo immodificabile, nell'ambito del quale è moralmente disdicevole mantenere separati gli interessi patrimoniali dei coniugi, bensì due soggetti giuridici, uniti tra loro in matrimonio, che (ciononostante) possono interagire tra loro mediante la stipulazione di accordi negoziali. Lo speciale *status* dei coniugi non è più una valida ragione per limitare la loro autonomia negoziale, come interpretazioni più risalenti sembrerebbero talvolta suggerire, ogniqualvolta è stato pacificamente accettato un generico ed illimitato divieto di stipulare accordi al di fuori di quelli espressamente regolati dalla legge. Al contrario, detto *status* si presta a fungere da condizione sospensiva dell'equilibrio contrattuale⁶³ – una condizione lecita (in quanto, in assenza di significativi squilibri tra le prestazioni, è inidonea a condizionare la libertà di volere dei coniugi rispetto alla scelta di divorziare) di un contratto atipico sicuramente diretto a regolare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Non si giunge, dunque, – in relazione alla proclamata illecità della causa degli accordi prematrimoniali –, come sarebbe stato auspicabile, ad asserire che lo spostamento patrimoniale giustificato dallo scioglimento del rapporto coniugale non sia illecito, ed anzi sia meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., limitandosi il giudicante a spostare il problema dal piano della causa a quello della condizione. Epperò, seppur il principio interpretativo recepito nella sentenza in esame possa apparire di sin troppa cauta apertura all'interprete orientato ad un più ampio riconoscimento della libertà contrattuale nell'ambito dei rapporti familiari – non legittimando *tout court*, come avvenuto in una coeva pronuncia di merito rimasta isolata⁶⁴, la possibilità di stipulare contratti aventi causa nello scioglimento del vincolo matrimoniale⁶⁵ –, ad una più attenta disamina circoscrive considerevolmente l'ambito di applicazione del divieto rispetto all'impostazione tradizionale. Conservando soltanto il divieto di stabilire preventivamente l'entità del mantenimento del coniuge e dei figli, e riba-

⁶³ Così I. MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi*, in *Rass. dir. priv.*, 2014, 3, 903.

⁶⁴ Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 8-9, 803 ss., con nota di G. OBERTO, *Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino*.

⁶⁵ Altra rilevante apertura è ben rappresentata dalla sentenza della Cass., 6 febbraio 2009, n. 2997 (in *Fam. e Min.*, 2009, 5, con nota di M. FIORINI, *Gli accordi tra coniugi prima e dopo la crisi*). In una fattispecie concreta che aveva visto due coniugi “separati di fatto” sottoscrivere una scrittura privata per la regolamentazione dei reciproci rapporti economici (e verso i figli), disattesa poi dal marito richiedente la dichiarazione di nullità dell'accordo per effetto della presupposizione (stante la circostanza della trasformazione del procedimento da consensuale a giudiziale), la Suprema Corte ha ordinato fosse dato puntuale adempimento alle prestazioni previste nelle intese raggiunte in precedenza, osservando come “l'interpretazione del contratto e degli atti di autonomia privata” costituisca “attività riservata al giudice di merito”, che, nel caso di specie, aveva già logicamente argomentato. E ha, in conseguenza, riconosciuto rilevanza ai contratti conclusi dai coniugi durante la crisi matrimoniale, volti alla regolamentazione di questioni economiche pur rispetto ai figli maggiorenni, nella misura in cui operino su un piano diverso rispetto alla separazione personale, sotto il profilo e dell'oggetto e della causa (l'accordo stipulato dai coniugi in vista della futura separazione, se interpretato dal giudice di merito quale intesa volta a eliminare possibili controversie su questioni patrimoniali estranee alla separazione, anche riguardanti i rapporti con i figli, è censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale, ovvero per vizi di motivazione”).



deno il principio della relatività della nullità, la Suprema Corte afferma, a noi sembra, in effetti, un principio di libertà contrattuale tra i coniugi quanto più ampio possibile, nei limiti del sistema normativo vigente, ben potendo sì costituire il punto apicale (o nodale) di un percorso interpretativo che, mirando ad un progressivo e più ampio riconoscimento dell'autonomia negoziale pur nel settore del diritto di famiglia – il “meno privato del diritto privato”⁶⁶ – da tempo sembrerebbe suggerire al legislatore un significativo adeguamento della legge al mutato contesto sociale⁶⁷.

Da ultimo, del resto, l'apertura, anche in punto di principio, appare divenire ben più consistente: nella recente sentenza della Suprema Corte del 3 dicembre 2015, n. 24621⁶⁸, si esclude che l'interesse della famiglia sia superiore e trascendente rispetto a quelli coordinati e collegati dei suoi singoli componenti, e si ammette “sempre più frequentemente un'ampia autonomia negoziale, e la logica contrattuale, seppur con qualche cautela”. Sempre nel solco dell'autosufficienza delle pattuizioni dei coniugi assunte a prescindere dall'intervento del giudice, la decisione in oggetto continua affermando poi che la giurisprudenza della Corte è rimasta per lungo tempo orientata per la nullità dei patti, ma che “giurisprudenza più recente ha sostenuto che tali accordi non sarebbero di per sé contrari all'ordine pubblico”. La Cassazione afferma come l'accordo delle parti in sede di separazione o divorzio abbia natura sicuramente negoziale e talora dia vita ad un vero e proprio contratto, e comunque vi siano applicabili alcuni principi propri della relativa disciplina: le parti possono dunque validamente regolare interessi di carattere patrimoniale ai margini del giudizio di separazione.

4. “La sfida per il diritto contemporaneo della famiglia parrebbe quella di demolire la muraglia cinese costruita tra società e diritto durante la modernità giuridica e riscoprire la natura autentica di questo quale ordinamento della società, recuperando quella onticità che lo stalinismo moderno ha per un verso depauperato e per l'altro profondamente alterato”⁶⁹.

In questa prospettiva, si registra, da contraltare alle timide aperture giurisprudenziali, un discreto dinamismo in sede parlamentare: proposte di legge varie sono state avanzate, condivisibili tutte sicuramente per ciò che attiene alla *ratio* che le ha sorrette, benché non poche siano state le perplessità derivanti dall'armamentario normativo predisposto. Ci si intende qui riferire al D.D.L. S/2629 (XVI), d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorra, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011, recante il titolo «Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970 n. 898, in materia di patti prematrimoniali»; al lodevole «Disegno di legge sulla introduzione degli accordi matrimoniali e prematrimoniali»,

⁶⁶ I. TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali»*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1, 273.

⁶⁷ Dopo la Prima Sezione, che con la sua Sentenza n. 23713 del dicembre 2012 aveva ritenuto validi gli accordi “traslativi” di una proprietà immobiliare tra coniugi, come “*datio in solutum*” rispetto alle spese affrontate da uno in favore dell'altro, per la ristrutturazione della “casa coniugale” considerando, anche in questo caso, come il “caso della separazione personale” fosse un mero “evento sospensivo” e come tale condizione lecita, anche la Terza Sezione del Supremo Collegio con sentenza del 21 agosto 2013 n. 19304 arriva a prevedere la liceità di quegli accordi economici tra i coniugi che pur richiamandosi al momento separativo, non lo prevedano come “causa genetica” dell'obbligo di una prestazione economica tra gli stessi, ma lo considerino come elemento, verificatosi il quale, la “condizione sospensiva” cessa di avere la sua efficacia e l'obbligazione può legittimamente essere richiesta e posta in essere.

⁶⁸ In *CNN Notizie, Segnalazioni Novità Giurisprudenziali*, del 18 dicembre 2015, con nota di F. TRESKA, *La Cassazione consolida il suo orientamento sugli accordi transattivi sottoscritti dai coniugi in corso di separazione, sostenendo l'efficacia degli stessi anche se non omologati dal giudice*.

⁶⁹ Così M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 3, 609.



presentato dall'A.M.I. (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani) il 20 luglio 2011; nonché, alla proposta elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino, pregna dei vantaggi propri di un prodotto predisposto da esperti pienamente consapevoli di molte delle implicazioni che la delicata operazione di inserimento di una novellazione normativa nel senso auspicato comporta. La tendenza comune è quella di procedere con un'anticipazione e velocizzazione degli effetti della crisi coniugale, nel perseguimento dell'obiettivo "di risolvere l'annoso problema dei tempi del processo di separazione e divorzio", deflazionare il carico di lavoro della magistratura, ridurre i costi e disincentivare le separazioni⁷⁰. E' fuori dubbio – benché emerga chiaramente una preoccupazione di fondo, *i.e.* la derivazione dalla ammissibilità e dalla costruzione di un siffatto istituto di una spinta incontrollata verso la disgregazione del vincolo coniugale, già esposto alle macchinazioni della postmodernità – che gli accordi regolatori di un momento così delicato siano idonei ad apportare il beneficio di una maggiore certezza sulle posizioni giuridiche di base, circostanza che, per l'appunto, ben potrebbe stimolare una drastica riduzione dell'utilizzo dello strumento processuale e del diritto sostanziale per scopi altri ed ulteriori rispetto a quanto istituzionalmente previsto, in analogia a quanto di recente sostenuto dalla dottrina ed accolto pur dalla giurisprudenza rispetto alla tematica dell'abuso del diritto.

Dalle aperture della giurisprudenza di legittimità si è evinto, peraltro, il tentativo di un allineamento ai sistemi *nordamericani*, ove, al termine di un'evoluzione storica non scevra di contraddizioni, nella quale un ruolo centrale ha giocato l'introduzione della regola del divorzio senza colpa (c.d. *no fault divorce*), tale genere di accordi (i c.dd. *prenuptial agreements in contemplation of divorce*) si è assai diffuso. Considerati i singoli Stati della Federazione, la disciplina delle esaminande intese è assai eterogenea, difettando una specifica legislazione a livello federale. Purtuttavia, sono stati elaborati progetti di uniformazione della materia, concretizzati all'interno dello *Uniform Premarital Agreement Act (U.P.A.A.)*⁷¹ del 1983 e dei *Principles of the Law of Family Dissolution*, redatti dall'*American Law Institute* e pubblicati nel 2002⁷².

Nell'esperienza giuridica britannica a lungo l'assenza di regole sull'attribuzione della proprietà in costanza di matrimonio analoghe a quelle che in altri paesi prescrivono il regime della comunione dei beni ("con la conseguenza che al matrimonio si applicano le ordinarie regole sulla proprietà dei beni, che prevedono la titolarità esclusiva in capo a chi acquista, indipendentemente dal suo stato di coniugato o meno"⁷³), nonché l'ampia portata dei poteri attribuiti al giudice in sede di definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi nei casi di nullità del matrimonio, divorzio e rottura di una convivenza (con un residuo esiguo spazio per l'autonomia negoziale), avevano costituito fecondo *humus* per l'insorgere dell'idea che gli accordi prematrimoniali, giacché volti in qualche modo a favorire il divorzio, fossero *against public policy and void*. Abbandonato l'atteggiamento statalista, secondo il quale alla giurisdizione nazionale spetta la competenza esclusiva a decidere in merito alle questioni di maggiore rilievo, incluse quelle attinenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi, solo con

⁷⁰ Presentazione del D.D.L. n. 2629, nel sito <http://www.senato.it>.

⁷¹ Redatto dalla *Uniform Conference of Commission on Uniform State Laws* e pubblicato nel 1983.

⁷² G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 71; ID., *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, cit., 141 ss.; E. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, cit., 544; A. FUSARO, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, cit., 478 ss.; A. LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali, status dei convivenzi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 10, 917 ss.

⁷³ V. DE VELLIS, V. TAGLIAFERRI, *I patti prematrimoniali*, in *Officina del Diritto. Famiglia e successioni*, 2015, 3, 14.



Pormai notissimo caso con profili di internazionalità *Radmacher vs Granatino*, nel 2009, la *Court of Appeals*, per mano di *Lord Justice Mathew Thorpe*, ha letteralmente demolito ogni limite al riconoscimento pur nell'ordinamento inglese degli *ante-nuptial contracts*, superando così definitivamente le resistenze emerse nel corso di tutto il Novecento (*Hyman v. Hyman*, 1929; *Miller v. Miller*, 2006; *Ella v. Ella*, 2007). La Corte Suprema del Regno Unito nel 2010 ha confermato la decisione d'appello, sancendo in via definitiva la validità degli accordi *de quibus* e la regola secondo cui “*The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement*”⁷⁴. Del resto, i giudici d'oltre Manica sembrano oggi assai più restii d'un tempo a procedere ad una allocazione e divisione del patrimonio accumulato durante la convivenza o alla previsione di assegni o attribuzioni patrimoniali d'altro genere in presenza di precisi accordi, i quali vengono intesi come *evidence of the parties intentions*, di cui la Corte non può non tener conto.

A fronte degli evidenti collegamenti, nel testo della menzionata pronuncia, tra i sistemi di *Civil Law* e quelli di Paesi altri, è interessante evidenziare come il diritto inglese abbia anche (e, forse, soprattutto) da questi ricevuto e fatto proprie influenze rilevanti.

Pur nei sistemi dell'Europa continentale – ove, poiché appartenenti alla tradizione di *Civil Law*, regole sostanziali sui rapporti patrimoniali tra coniugi difficilmente mancano e il giudice non svolge alcun ruolo nella distribuzione delle risorse accumulate in famiglia, se non decidendo sulle istanze in tema di alimenti e mantenimento –, infatti, è dato riscontrare, seppur in un variegato quadro, in una danza delle diverse culture⁷⁵, taluni atteggiamenti di riconoscimento della piena validità delle intese di carattere preventivo.

L'esperienza precodicistica francese aveva posto ampia enfasi sull'appartenenza delle convenzioni matrimoniali alla categoria contrattuale, sì valorizzando, in conseguenza, l'aspetto dell'autonomia coniugale: la dottrina d'oltralpe del XVIII secolo sosteneva, infatti, la possibilità per le parti di inserire qualsivoglia clausola, con il solo limite delle “*bonnes mœurs*”. Del resto, già nelle fonti giustinianee ampia libertà veniva riconosciuta nella stipulazione dei *pacta nuptialia*, come ricorda il noto brocardo “*Omnia pacta doctalia, quae sunt contra legem, serventur intacta*” – talché era dato poter riscontrare un'ampia casistica, dalle convenzioni volte ad escludere il regime di comunione nelle regioni ove questo era previsto come legale, a quelle in cui tale regime, invece, veniva introdotto, dalle clausole sulla liquidazione preventiva di diritti patrimoniali della moglie sui beni in comunione, a quelle sulla espressa esclusione di alcuni cespiti⁷⁶. Parimenti, sin negli studi prepadanetistici, nell'ordinamento te-

⁷⁴ V. www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed68527.

⁷⁵ J. BREIDENBACH, I. ZUKRIGL, *Danza delle culture: identità culturale in un mondo globalizzato*, Torino, 2000.

⁷⁶ In Francia, il *Conseil Supérieur du Notariat*, nell'elogiare i pregi e le utilità dell'accordo prematrimoniale, simbolicamente qualifica lo stesso quale “*dîner à la carte*”: “*The marital regime establishes the rules that apply between the spouses, both during the marriage and afterwards, in the event of separation, divorce or death. To whom does the house belong? Who needs to maintain it? Or sell it? Who should pay the debts? If either spouse dies, will the children be able to claim their share? During a divorce, how will the assets be divided? For all these questions, French law allows you to choose from among a wide range of options. You can either agree to the fixed menu, so to speak, or you can pay a slight surcharge and dine à la carte. If you decide to go with the menu, there are no choices to make and nothing to plan for. Your marriage will be governed by the basic marital regime in French law: communauté de biens réduite aux acquêts, which means that everything you purchase after the marriage is jointly owned, even if you paid for it yourself. This is not a bad system, but it may prove unsuitable or incomplete in your case. When you dine à la carte, on the other hand, you decide on the marital regime you want and adapt it to your needs. A notaire, a member of the only profession authorised to prepare pre-nuptial agreements, will explain the various options available to you. He or she can draw up a customised marital regime based on the decisions you make. French law provides for great flexibility in property arrangements within marriage. For example, if you choose complete separation of property (séparation de biens) as*



desco – quadro normativo ricco di consuetudini locali – era emerso il *favor* (anche da parte dei giudici) verso la definizione in via contrattuale dei rapporti patrimoniali tra coniugi, accanto agli istituti di derivazione romanistica, quali la dote. Così in Germania⁷⁷, sulla scorta di una radicata tradizione storica (concezione protestante del matrimonio e introduzione del divorzio da epoca più remota), pur non rinvenendosi nella legislazione teutonica specifiche regole dedicate ai contratti prematrimoniali, da sempre si registra la disponibilità preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale, quale manifestazione dell'autonomia privata in materia di convenzioni matrimoniali sancita dal par. 1408 BGB. I futuri coniugi, con atto pubblico davanti al notaio, possono stipulare convenzioni (*Eheverträge*) per predeterminare gli obblighi di mantenimento postdivorzili, dettare i criteri da adottare per la determinazione del *nachehelicher Unterhalt*, compreso financo la totale esclusione dell'assegno stesso o la negazione di ogni altra forma di liquidazione delle aspettative pensionistiche conseguente allo scioglimento del regime legale della *Zugewinnngemeinschaft* (comunione degli incrementi). Si ha, tuttavia, cura di evitare una tale disponibilità contrattuale ingeneri soluzioni squilibrate, mediante un controllo compiuto dal giudice⁷⁸, adottando i criteri di effettività attraverso il par. 138, c. 1, BGB – notoriamente sancite l'invalidità del contratto contrario al buon costume, quale ricorre laddove l'accordo sfoci in un assetto asimmetrico, – e di buona fede, vincolante l'esecuzione del contratto secondo il par. 242 BGB: così sono stati disapprovati e dichiarati invalidi gli accordi laddove sia emerso l'approfittamento dell'inesperienza o della labilità psichica, qualora la rinuncia al mantenimento appariva barattata con l'affidamento dei figli, o allorquando un coniuge risultava pesantemente penalizzato, come in presenza di rinunce unilaterali volte ad escludere la tutela minima essenziale apprestata dalla disciplina divorzile.

Significativo si profila, dipoi, anche il raffronto con l'esperienza spagnola⁷⁹ del *Codi de família* catalano, il quale, disciplinando il contenuto dei *capítols matrimonials*, dispone all'art.

your marital regime, nothing is held jointly. It's each spouse for him – or herself – almost like being single again! Neither your opportunities nor your risks are shared. But you can add a small degree of joint ownership (to cover your car or certain pieces of furniture, for example). Or you can go further and choose a regime with much broader joint ownership. You can even choose to place all of your assets under joint ownership. Another option is to adopt for what is known as participation aux acquêts, which combines separation of property and joint ownership. Under this arrangement, any assets purchased during the marriage remain separate but become jointly owned once the marriage ends. Regardless of the regime you choose, you can have personalised provisions inserted in the pre-nuptial settlement. For example, if one spouse dies, the surviving spouse can be authorised to select one asset in preference to the other heirs. We often forget that pre-nuptial agreements are not reserved for the wealthy. They simplify our daily lives and make it easier to manage important business. They allay our anxieties during those inevitable times in the life of every family. And under French law you have the option of changing your agreement in the future if need be. Find out?

⁷⁷ “In Germany prenuptial agreements are common. They allow on a broad basis to exclude financial welfare for the other spouse in the case of a divorce. This corresponds with the importance of the freedom of contract in German law. Spouses who have signed such a contract and have to face a divorce procedure are fully aware that they will not be granted any financial support in German jurisdiction. They therefore try to get another jurisdiction involved, where prenuptial agreements are declared null and void (case which was to read in press: Barbara Becker, wife of ex-tennis pro Boris Becker filed in Florida where the family had a holiday flat)”: Study to inform a subsequent Impact Assessment on the Commission proposal on jurisdiction and applicable law in divorce matters DRAFT FINAL REPORT to the European Commission DG Justice, Freedom and Security EPEC April 2006.

⁷⁸ Del resto, la Corte costituzionale tedesca ha confermato la piena conciliabilità tra la tutela dell'autonomia contrattuale e il controllo giudiziario sui contratti prematrimoniali: BVerfG, 6 giugno 2001, in *FamRZ*, 2001, 343 (pubblicata altresì in *Família*, 2002, II, 203 ss., con nota di P. GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del partner debole*); E. BARGELLI, *Limiti dell'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca, Riv. Dir. Civ.*, 2003, II, 57.

⁷⁹ Cfr. M. PAZ GARCIA RUBIO, *Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia, Jornadas de Dret Català a Tossa*, 2004.



15: «*En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial*» (Nelle capitolazioni patrimoniali si può stabilire il regime economico matrimoniale, convenire eredità, fare donazioni e stabilire le stipule e patti leciti che si reputino convenienti, anche in previsione di una rottura del matrimonio).

Il *divorce estate planning* è, peraltro, citato dagli studiosi dei Paesi Bassi quale paradigma di accordo preventivo per il caso di scioglimento del matrimonio⁸⁰.

Viepiù. La contemporanea presenza di due strumenti che permettono alle parti di scegliere, seppur nell'ambito delineato dalla normativa europea, sia la legge applicabile alla separazione e al divorzio sia la legge applicabile all'assegno di separazione o di divorzio (qualificate in ambito europeo come obbligazioni alimentari) – Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (Roma III)⁸¹ e Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla competenza in materia di obbligazioni alimentari⁸² – rappresenta una nuova frontiera nel diritto di famiglia che avvicina l'Europa alla disciplina già presente in altri paesi terzi; ed apre, dunque, ineluttabilmente, la questione degli accordi prematrimoniali.

Invero, il confronto con gli ordinamenti altri non può prescindere dal contenuto di un documento vincolante per tutti gli Stati membri della Comunità europea, quale la “Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”⁸³, nel cui Preambolo si profila l’impegno della Unione di “porre la persona al centro della sua azione”, e nel “rafforzare la tutela dei diritti fondamentali”, e nel “promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile”, “nel rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell’ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale”. La Carta sancisce all’art. 7 il diritto al rispetto della vita privata e familiare (e nel successivo art. 9 il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia). Ribadisce nell’art. 23 – accanto al principio di non discriminazione per motivi di “sesso, razza, colore della pelle o l’origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali” ex art. 21 – l’eguaglianza di genere, stabilendo che “la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occu-

⁸⁰ G. VAN DER BURGH, J. E. DOEK, *Netherlands, Int. Encyclopaedia of Laws*, Vol. 3 – *Family and Succession Law*, 1999, par. 308 ss.

⁸¹ Si veda, in generale, *ex multis*, sul punto: P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 1435 ss.; B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011; F. POCAR, *Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2011, 297 ss. Il primo caso di applicazione in Italia del Regolamento si è avuto con la sentenza del 18 dicembre 2012 n. 2063 del Tribunale di Treviso, il quale ha dichiarato lo scioglimento del matrimonio fra un cittadino italiano ed una cittadina messicana sulla base delle legge messicana oggetto di accordo fra le parti ex art. 5 del regolamento (UE) n. 1259/2010.

⁸² Su quest'ultimo regolamento si rimanda a L. QUERZOLA, *Il Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla competenza in materia di obbligazioni alimentari*, in M. TARUFFO, V. VARANO, *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011, 141 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, *Il Regolamento CE n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, 805 ss e A. PANCALDI, *La disciplina processualcivile delle obbligazioni alimentari alla luce del nuovo regolamento (CE) n. 4/2009*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1352 ss.

⁸³ Il riferimento è alla Carta di Nizza 2000/C 364/01, pubblicata sulla GUCE del 18 dicembre 2000.



pazione, di lavoro e di retribuzione”, e altresì prevedendo l’impiego di politiche positive funzionali a favorire il genere che non goda di idonea rappresentanza. Riserva altresì “protezione partecipativa” ai minori, cui viene riconosciuto il diritto di esprimere liberamente la propria opinione e, in specie nelle situazioni di rottura del vincolo coniugale, il diritto a mantenere con regolarità rapporti significativi e contatti diretti con entrambi i genitori, con il solo limite della non contrarietà al suo stesso interesse, “superiore e preminente” (ex art. 24 della Carta).

Essa vincola gli Stati aderenti alla Comunità europea alla piena applicazione, nell’ambito dei diversi ordinamenti, dei principi in essa contenuti – principi talvolta eterogenei, segni dell’evoluzione del diritto di famiglia, che pongono i sistemi giuridici e i giuristi di fronte all’esigenza di individuare parametri per riordinare le categorie dogmatiche tradizionali. Eppure, in un panorama giuridico così differenziato sotto il profilo dei c.d. *family agreements* ed in particolare delle intese regolanti la fase patologica del matrimonio, la possibilità di giungere alla definizione della c.d. *better rule*, ovvero della regola che, in un’ottica di ingegneria sociale e politica del diritto future, possa rappresentare il “migliore modello” in ambito europeo, appare quanto mai remota. Nel “teatro europeo” dove il principio della libera circolazione delle merci e delle persone è considerato cardine dello sviluppo comunitario, le differenze di qualificazione e di disciplina tra i vari stati membri appaiono, ad oggi, ancora difficilmente superabili; appare ancora di ardua soluzione l’individuazione di una disciplina uniforme per tutte le forme di famiglia.

Orientare gli operatori del diritto ed indirizzare gli Stati membri verso una progressiva e sempre minor ingerenza nell’ambito familiare allo scopo di valorizzare l’autonomia negoziale delle parti si profila essere la possibile strada da percorrere verso l’armonizzazione, temperando l’autoregolamentazione con le esigenze di tutela dei soggetti deboli, da individuarsi di volta in volta sulla base della fattispecie concreta. Ciò emerge dai risultati e dalle ricerche della *Commission on European Family Law* (CEFL), istituita nel settembre 2001 a Utrecht⁸⁴, composta da esperti ed accademici di famiglia e diritto comparato provenienti da tutti gli Stati dell’Unione europea, la quale, nel tentativo di individuare e formulare principi del diritto di famiglia europeo idonei per l’armonizzazione del diritto di famiglia nella comunità, ha sottolineato la tendenza verso una “sdrammatizzazione” del fenomeno divorzio (pur permanendo un adeguato livello di tutela verso i figli ed il coniuge più vulnerabile) ed incontestato favore verso forme consensuali di divorzio; ed ha (soprattutto) valorizzato il ruolo della libera negoziazione dei coniugi, i quali devono preferibilmente giungere alla conclusione di un “*agreement*” e laddove necessario adire un giudice (*competent authority*) per la risoluzione di questioni relative al mantenimento ed alla relazione con la prole.

E’ evidente l’attuale rinnovata vitalità delineata per l’autonomia negoziale in ambito familiare – materia che di per sé ben si presta a molteplici piani di lettura, sincronici e diacronici, all’interno della stimolante dialettica tra il *nomos* al di fuori del soggetto e quello autoprodotta, tra la norma superiore ottrita e quella nata dagli scambi e dalle relazioni, che utilizza il diritto per conferire forma alla libertà stessa di decidere l’*an* ed il *quomodo*. Del pari, manifesta “è l’intrinseca idoneità di tale principio a superare i confini tradizionali dei classici rapporti contrattuali a contenuto economico sino a ricomprendere nella propria sfera con-

⁸⁴ Il manifesto è rappresentato dal volume collettaneo K. BOELE-WOELKI (a cura di), *Perspective for the unification and harmonization of family law in Europe*, Oxford-New York, 2003.



cettuale e operativa anche gli accordi in cui l'interesse familiare sia organicamente compenetrato rispetto a quello patrimoniale, tanto da caratterizzarne in concreto la causa”⁸⁵.

Ne consegue, ineluttabile corollario di tali osservazioni, la necessità di una più attenta indagine e di un più acuta individuazione della autentica, concreta motivazione sottesa alla volontà stipulatoria di una intesa in vista della crisi coniugale – di là ed a prescindere dalla già menzionata finalità di predeterminare le conseguenze patrimoniali della interruzione della vita coniugale ed arginare così gli effetti in sede contenziosa.

Invero, la *ratio* sembra potersi ravvisare nel tentativo di voler evitare che la fase di negoziazione in esame avvenga nel momento complesso di apertura di una crisi, nel quale particolarmente arduo potrebbe rivelarsi il raggiungimento di un assetto soddisfacente per entrambi i coniugi. Esigenze simili si ripercuotono pur sul settore di diritto civile delle successioni per causa di morte, sì alimentando l'abolizione del divieto dei patti successori, in specie a seguito di interventi legislativi di rilievo, i quali, seppur la costituzionalizzazione del diritto civile, *id est* la lettura della disciplina del codice civile alla luce dei principi costituzionali, abbia appena sfiorato le successioni *mortis causa*⁸⁶, le quali “si sono mosse su un terreno del tutto sfalzato rispetto a quello che ha caratterizzato l'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza nell'ultimo mezzo secolo”⁸⁷, non sono mancati. Basti pensare alla l. 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del d.l. 14 marzo n. 35, che ha riformato gli articoli 561 e 563, disciplinanti gli effetti dell'azione di riduzione rispetto ai pesi e alle ipoteche e quelli dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione⁸⁸; alla l. 23 febbraio 2006, n. 51, che ha introdotto nel libro VI del codice civile l'art. 2654 disciplinante la trascrizione degli atti di destinazione; e, infine, alla l. 14 febbraio 2006, n. 55, che ha previsto una deroga espressa al divieto dei patti successori, per effetto dell'introduzione degli articoli 768 *bis* e seguenti, e con essi, dell'istituto del “patto di famiglia”⁸⁹.

Tre interventi legislativi, tutti, nel loro insieme e nelle diverse rispettive collocazioni, significativi ed idonei a determinare una vera e propria rivoluzione del sistema della trasmissione per causa di morte della proprietà e nella tolemaica centralità in esso del testamento come fonte negoziale regolatrice della successione – sebbene solo il terzo, ammettendo una regolamentazione contrattuale della vicenda successoria, vada ad incidere formalmente sulla regola legale posta dall'art. 458 c.c. – da sempre, assistita dalla massima sanzione ordinamentale della nullità, in una con l'art. 557, comma 2, c.c., principale ostacolo alla regola-

⁸⁵ F. SACCARO, *Accordi prematrimoniali: i limiti previsti dall'ordinamento giuridico italiano* (9 marzo 2015), in www.altalex.com.

⁸⁶ N. LIPARI, *Prospettive della libertà di disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, f. 3, 799 ss.

⁸⁷ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Il testamento*, I, *Profilo negoziale dell'atto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, 5.

⁸⁸ M. IEVA, *Retroattività reale dell'azione di riduzione e tutela dell'avente causa dal donatario tra presente e futuro*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998, 399 ss.

⁸⁹ Primo, in ordine di tempo, intervento del legislatore, nel senso di un'attenuazione della tutela dei legittimari e dell'introduzione di deroghe al divieto dei patti successori istitutivi, è la riforma delle società di capitali (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), la quale ha introdotto regole per il trasferimento delle partecipazioni societarie in funzione successoria nell'ambito del più generale problema dei vincoli convenzionali alla circolazione delle partecipazioni societarie. La letteratura in materia di clausole limitative della libera trasferibilità di azioni e partecipazioni è particolarmente vasta; possono, tuttavia, in tale sede, ricordarsi: C. ANGELICI, *Note minime su «La libertà contrattuale e i rapporti societari»*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 403 ss.; M. IEVA, *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni societarie: profili generali e clausole di predisposizione successoria*, in *CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studi e materiali, suppl. 1/2004, Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 236 ss.



mentazione contrattuale delle vicende successorie⁹⁰. Il legislatore vuole circoscrivere la provenienza della delazione ereditaria alla fonte legale e alla fonte testamentaria (come previsto dall'art. 457 c.c.), con esclusione della fonte convenzionale, ch  altrimenti, se potesse stipularsi un contratto avente ad oggetto una delazione ereditaria, l'irrevocabilit  degli effetti negoziali si scontrerebbe con la natura revocabile del testamento e, pi  latamente, con il principio di assoluta libert  testamentaria (e di conservazione dell'integrit  dei diritti del soggetto autore della delazione successoria sino all'ultimo istante di vita, secondo un'ottica squisitamente individualistica e dominicale della propriet )⁹¹.

E' stata auspicata, del resto, l'introduzione pur nell'ordinamento italiano della possibilit  di un ridimensionamento del patto successorio rinunciativo, il che implicherebbe una modifica del menzionato art. 557, comma 2, c.c., attualmente statuente l'impossibilit  per i legittimari, i loro eredi o gli aventi causa di « rinunziare a questo diritto, finch  vive il donante, n  con dichiarazione espressa, n  prestando il loro assenso alla donazione». Invero, la ragione fondamentale a sostegno del divieto di siffatto patto (oltre che del divieto del patto dispositivo) – tutela del soggetto destinatario della delazione successoria nella duplice dimensione di tutela rafforzata dell'obbligatoriet  della devoluzione, per l'erede necessario, con valenza di ordine pubblico, e di tutela comunque legale a pena di nullit , per l'erede eventuale, al quale si vieta di negoziare la *spes hereditatis* –, appare non aver senso d'essere in un sistema che vuol ridurre l'assolutezza dell'intangibilit  della legittima, *recte* in un mondo del diritto successorio che non ruota pi  solo attorno alla preoccupazione di salvaguardare a oltranza l'aspettativa di diritto del legittimario, in una visione di trasmissione statica della propriet , ma prende in considerazione e tutela anche valori diversi, legati alla circolazione dei beni immobili e dei beni produttivi⁹² (libero mercato e salvezza degli scambi)⁹³.

⁹⁰ “Attraverso l'art. 1322 c.c. il divieto dei patti successori potrebbe essere eluso. Infatti, la stipula di un contratto atipico produttivo di effetti immediatamente traslativi dei diritti sui beni, tra il titolare del patrimonio e gli eredi, introdurrebbe una nuova modalit  di delazione dell'eredit . Anche in tal caso sarebbe fondamentale e necessaria la verifica sulla meritevolezza dell'operazione espressa nello stesso art. 1322 c.c., su cui comunque dottrina e giurisprudenza manifestano posizioni divergenti”: testualmente, F. SACCARO, *Accordi prematrimoniali: i limiti previsti dall'ordinamento giuridico italiano* (9 marzo 2015), in www.altalex.com.

⁹¹ Una diversa ed antitetica linea di sviluppo del diritto successorio (giacch  di ampliamento della tutela dei legittimari) pu  desumersi dalla riforma della filiazione (l. n. 219 del 2012 e d.lgs. n. 54 del 2013), la quale, portando a completamento un percorso iniziato dalla Corte costituzionale e proseguito dalla riforma del diritto di famiglia del 1975,   approdata alla unit  dello stato giuridico della filiazione. Essa ha modificato diverse norme riguardanti il diritto successorio ma ci  che nella presente analisi interessa   senza dubbio l'ampliamento del novero dei legittimari: in virt  del rapporto di parentela che s'instaura tra il figlio e i suoi ascendenti,   da ritenersi che nell'art 565 c.c., norma che definisce le categorie dei successibili, siano ora ricompresi gli ascendenti naturali, dovendosi intendere eliminato il riferimento ai soli ascendenti legittimi contenuto nella norma; la linea retta   percorsa dalla successione, quindi, non solo nel verso discendente ma anche in quello ascendente, e ci  accade in virt  dell'inserimento pieno nel quadro della parentela (art. 74 c.c. novellato) e non per un'espressa estensione normativa ai figli naturali di effetti giuridici che altrimenti si produrrebbero solo nei confronti dei figli legittimi. Per un approfondimento sul punto, cfr. M. SESTA, *L'unit  dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2013, 3, 239 ss., in specie par. 7; ID., *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 1 ss. Nella medesima tendenza si colloca la legge 20 maggio 2016 n. 76, che estende l'applicazione delle norme sui legittimari alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Si rinvia, *ex multis*, a G. BONILINI, *La successione mortis causa della persona “unita civilmente” e del convivente di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 980 ss.

⁹² Rivedere la disciplina dei patti successori non deve essere considerato un tab , caratterizzato dai dogmi della sacralit  ed immodificabilit . In tal senso, A. A. DOLMETTA, *Patti successori istitutivi. Mandato post mortem. Contratto di mantenimento*, in *Vita not.*, 2011, 1, 453 ss.



In una “società liquida”⁹⁴ dai confini e dalle identità fluide, ove famiglia e diritto sono destinati ad essere strutture in progressiva e convulsa evoluzione – tant’è che nel volgere di un solo anno sono state approvate la legge sul Divorzio breve (l. 6 maggio 2015 n. 55) e, al fine di rinvenire un punto di equilibrio tra le esigenze di attenzione sociale per simili fenomeni e quelle di autonomia e libertà a garanzia degli interessi coinvolti, la regolamentazione sulle Unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze (l. 20 maggio 2016, n. 76) –, allora, un altro tabù giuridico potrebbe presto capitolare.

Lo sguardo, vigile – edotto della feconda utilità degli accordi prematrimoniali, idonei a mantenere un rapporto di solidarietà e di reciproco sostegno nel momento più critico della patologia del matrimonio, rimanendo del tutto estranea agli stessi la funzione di favorire lo scioglimento del matrimonio – è rivolto al nuovo disegno di legge (n. 2669/2014), presentato il 15 ottobre 2014 dai deputati Alessia Morani e Luca d’Alessandro e approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 23 febbraio 2012, in materia di scioglimento del matrimonio e comunione tra i coniugi. In particolare, alla proposta di introdurre l’art 162 *bis* del codice civile⁹⁵, contenente la possibilità di stipulare, a pena di nullità, mediante atto pubblico redatto da un notaio alla presenza di due testimoni o mediante convenzione di negoziazione assistita, accordi prematrimoniali sulla regolamentazione della eventuale separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio. Questi avrebbero ad oggetto le conseguenze patrimoniali in caso di separazione o divorzio, ovvero la previsione delle modalità e delle entità di mantenimento futuro, la permanenza nella casa di proprietà di uno a beneficio dell’ex coniuge per il tempo a trovare una nuova sistemazione o la rinuncia del futuro coniuge al mantenimento dell’altro, fatti salvi i diritti agli alimenti di cui all’art 433 c.c.; onde, vertendo su diritti disponibili, secondo i promotori, non andrebbero a confliggere con i principi fissati dall’ordinamento (in specie, con il principio della inderogabilità di diritti e dei doveri scaturenti dal matrimonio sanciti dall’art 160 c.c.), in quanto rientranti nella libertà negoziale delle parti.

Restiamo in attesa che il suo *iter* si compia – in fondo “*Aspettare è ancora un’occupazione. È non aspettar niente che è terribile*”⁹⁶ –, consci che il riconoscimento ai coniugi di una più ampia autonomia negoziale nel determinare anticipatamente il loro futuro patrimoniale in vista di una crisi coniugale si ponga in linea con le ultime tendenze giurisprudenziali della Suprema Corte che, nonostante confermino la nullità dei patti stessi, hanno manifestato una

⁹³ A maggior riprova di quanto detto, appare doveroso citare il recente regolamento U.E. n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla «*competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo*». Essa presenta un contenuto potenzialmente esplosivo, potendo, a partire dal 2015, trovar cittadinanza sia i “temuti” patti successori (come espressamente consentito dal regolamento n. 650/2012 all’art. 25), sia la diseredazione (quest’ultima prevista testualmente all’art. 23, comma 2, lett. d dello stesso regolamento) in un sistema giuridico, quale il nostro, da sempre refrattario ad essi ed impermeabile ad ogni istanza di riforma. Per un approfondimento tematico, si veda: F. MAIDA, *Certificato successorio europeo: ai notai la competenza al rilascio*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, f. 1, 201 ss.; T. BALLARINO, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, 4, 1116; F. PADOVINI, *Il certificato successorio europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, f. 3, 729 ss.

⁹⁴ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma, 2006; ID., *Modus vivendi: inferno e utopia del mondo liquido*, trad. it. di S. D’AMICO, Roma, 2008.

⁹⁵ Oltre all’introduzione dell’art 162 *bis* c.c., la proposta di legge prevede l’inserimento, dopo l’art 6 della legge sul divorzio (n. 8989/70), dell’art 6 *bis*, che sancisce che il Tribunale adito nel pronunciare la sentenza di divorzio, dispone in conformità degli accordi prematrimoniali di cui all’art 162 *bis* c.c.

⁹⁶ C. PAVESE, *Il mestiere di vivere. Diario (1935-1950)*, Torino, 2000.



tendenza ad ammorbidire il divieto della legge interpretando in un senso di maggiore apertura la normativa attuale. E altrettanto certi, però, che la diffusione e la piena ammissibilità degli accordi in vista della separazione e del divorzio, se auspicabili, debbano essere supportate di necessità dall'introduzione di una disciplina ben articolata, in armonia con il resto delle norme applicabili – ché il rischio di antinomie e lacune finirebbe altrimenti per determinare l'aumento del numero di contenziosi, portando al tradimento dello scopo deflattivo sotteso. Si tratta di realizzare, con tutte le risorse esaminate in termini di ricostruzioni dottrinali e di portato giurisprudenziale, invero non sempre all'altezza dei primi, un sistema coerente di norme ed istituti, pensati per fornire soluzioni in armonia con il sistema nel suo complesso – ciò senza forzature meramente acceleratorie e di pronto utilizzo in un dinamismo difficilmente controllabile, e senza scorciatoie che nulla hanno a che fare con la complessità del pensiero giuridico. Del resto, anche in un sistema di *common law*, quali gli Stati Uniti d'America, terra d'elezione dei *prenuptial agreements*, incline da tempo all'utilizzo degli accordi in vista del divorzio pur in via preventiva, è stato adottato nel 1983 l'*Uniform Premarital Act* in ventisei stati, avvertendosi la necessità, stringente, di introdurre una regolamentazione omogenea ed adeguata in materia.