

DIRITTO DI FAMIGLIA E AUTONOMIA NEGOZIALE,
UN OSSIMORO APPARENTE: LA QUESTIONE DELLA
AMMISSIBILITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL DIVORZIO

*FAMILY LAW AND PRIVATE AUTONOMY, AN APPARENT
OXYMORON: THE QUESTION OF THE ADMISSIBILITY OF
PRENUPTIAL AGREEMENTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17 bis, diciembre 2022, ISSN: 2386-4567, pp 160-189



Clarissa GOLA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de octubre de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 5 de diciembre de 2022

RESUMEN: Il presente contributo ha lo scopo di analizzare l'istituto dei patti in vista del divorzio in uno con la necessità di superare le argomentazioni che spingono la consolidata giurisprudenza di legittimità a escluderne l'ammissibilità. La privatizzazione del diritto di famiglia conduce a ritenere anacronistica la categorica nullità dell'istituto in esame che appare, al contrario, un utile strumento di incentivo a una soluzione concordata e transattiva della crisi coniugale che soddisfi le esigenze di entrambi i coniugi, senza prescindere da un controllo di liceità e meritevolezza. Una parte del lavoro sarà dedicata al confronto con i modelli predisposti dalle esperienze giuridiche straniere che, al contrario, ammettono pacificamente l'istituto in oggetto.

PALABRAS CLAVE: Patti prematrimoniali; autonomia contrattuale; crisi coniugale.

ABSTRACT: *The present paper aims at analysing the legal institute of the prenuptial agreements together with the necessity to overcome the arguments that have led to a settled case-law that has excluded their admissibility. In light of the privatisation of family law, the absolute nullity of the institute appears anachronistic. Contrariwise, it is a valuable instrument of stimulation towards an agreed and transactional solution of the marital crisis that may satisfy both parties, without disregarding a control over its legality and meritoriousness. Part of the work will be dedicated to the comparison between the models considered by foreign juridical experiences that conversely admit the institute under consideration.*

KEY WORDS: *Prenuptial agreements; private autonomy; marital crisis.*

SUMARIO.- I. AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA.- II. ACCORDI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.- III. INAMMISSIBILITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.- IV. LA VALIDITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO DIVORZIO ANCHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.- V. PROPOSTA DI UN MODELLO LEGISLATIVO DI PATTI PREMATRIMONIALI.- VI. SGUARDO ALL'ESPERIENZA GIURIDICA STRANIERA.- 1. STATI UNITI.- 2. INGHILTERRA.- 3. GERMANIA.- 4. CATALOGNA.- VII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

I. AUTONOMIA PRIVATA E DIRITTO DI FAMIGLIA.

Le significative modifiche che hanno attraversato il diritto di famiglia nell'ultimo decennio e che oggi sono più evidenti portano a ritenere che ci si trovi alle soglie di una nuova stagione, dove l'autoregolamentazione del rapporto familiare segna il definitivo passaggio a un diritto di famiglia "duttile" e adattabile che restituisce strumenti e istituti cuciti sulle esigenze personali. Tuttavia, nel campo della crisi coniugale l'autonomia negoziale, almeno a livello nazionale, fa difficoltà a irrompere, impedendo soluzioni transattive e concordate difficilmente raggiungibili in sede giudiziale.

Durante la vigenza del vecchio codice la dottrina tradizionale riteneva che l'interesse superiore caratterizzante l'istituzione familiare ostacolasse l'esplicazione dell'autonomia negoziale e l'applicazione delle categorie generali del diritto dei contratti¹. A tale visione pubblicistica del diritto di famiglia si contrappose, sin dall'entrata in vigore del Codice del 1942, una lettura in aperto contrasto che confermava l'appartenenza del diritto di famiglia alla materia privatistica e dei relativi atti alla categoria del negozio, seppur con opportuni adattamenti². Tale lettura rivela la scelta politica che, poi, ha ispirato la costante interpretazione della materia in esame, dove la volontà degli effetti prevale sulla visione statalistica, riaffermando la libertà del singolo che riflette l'intera teorica del negozio giuridico³.

Questa posizione ha avuto, negli anni successivi, una costante conferma, sia da parte della dottrina che da parte del legislatore, ampliandosi sempre più le ipotesi nelle quali gli spazi per l'autonomia vengono pacificamente riconosciuti⁴. Irrompe nell'istituto familiare il principio del consenso, introdotto dall'art. 144 c.c., quale tratto innovativo del diritto di famiglia contemporaneo, che riconosce l'accordo

1 CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.

2 SANTORO-PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.

3 ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 2 ss.

4 DE FILIPPIS, B.: *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, Biblioteca del diritto di famiglia, Cedam, Padova, 2014, p. 15.

• Clarissa Gola

Dottoranda di ricerca Università degli Studi di Roma Tre. E-mail: clarissa.gola@uniroma3.it

intercorso tra i coniugi come lo strumento principale per l'organizzazione della vita coniugale. Il consenso da strumento statico di creazione del vincolo matrimoniale diventa uno strumento dinamico per la gestione del rapporto coniugale⁵.

Nonostante l'esplicito riconoscimento, anche a livello legislativo e l'abbandono della tesi statualista, l'affermazione dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia non ha mai avuto carattere assoluto, restando soggetta ad adattamenti e limitazioni richieste dal necessario bilanciamento di interessi contrapposti che impone una esigenza di tipizzazione legale e di predeterminazione di nuclei di disciplina ritenuti indispensabili⁶.

Il principale limite che incontra l'autonomia negoziale in ambito familiare è dettato dall'art. 160 c.c., che impedisce una deroga, da parte dei coniugi, ai diritti e doveri imposti dalla legge per effetto del matrimonio. La disposizione si riferisce indistintamente agli obblighi personali e patrimoniali posti dall'art. 143 c.c. e ss. che devono necessariamente essere contenuti entro una soglia minima, oltrepassata la quale l'effetto tipico del matrimonio verrebbe svuotato, configurandosi la possibilità di una simulazione ex art. 123 c.c.

Sebbene il consenso abbia assunto un rilievo preminente nella fase fisiologica del rapporto coniugale, è nella fase patologica che sprigiona i suoi effetti più dirompenti, di cui sono maggiore espressione l'istituto della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta. Tuttavia, il legislatore non ha rinunciato a imporre un controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'autonomia negoziale in sede di separazione personale, richiedendo, ai fini della produzione degli effetti legali tipici della separazione l'omologazione da parte del giudice ai sensi dell'art. 158 c.c. Nessun rilievo può assumere, dunque, un eventuale accordo di separazione, relativamente all'instaurazione dello status di coniugi legalmente separati, senza l'intervento del giudice prescritto dalla disposizione richiamata. D'altra parte, ciò non impedisce che eventuali accordi non omologati possano vincolare i coniugi, purché rispettino i diritti e i doveri inderogabili previsti dalla legge per effetto del matrimonio (160 c.c.) e non interferiscano con il contenuto degli accordi omologati dal Tribunale, secondo una logica di integrazione del contenuto dell'accordo omologato⁷.

Sebbene vi sia un generale consenso relativamente alla ammissibilità dei patti atipici e a latere dell'accordo di separazione omologato, un problema interpretativo,

5 ROMANO, M., SGROI, M.: "Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti", in AA.VV.: *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*" (a cura di G. OBERTO), Cedam, Padova, 2011, p. 26.

6 OBERTO, G.: "Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative", www.giacomooberto.comibologna2011/relazione_oberto_bologna_8_aprile_2011.htm.

7 Cass. Civ., 10 ottobre 2005, n. 20290.

che è ancora al centro di accesi dibattiti e che mostra un atteggiamento retrogrado della giurisprudenza nazionale, riguarda le convenzioni in vista del futuro divorzio.

II. ACCORDI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.

I patti in vista della futura crisi coniugale vanno distinti dagli accordi conclusi “in sede” e “in occasione” di separazione e divorzio di cui sopra: i primi hanno ad oggetto una separazione o un divorzio futuri e solo eventuali, mentre quest’ultimi sono stipulati durante la fase di crisi e hanno ad oggetto i diritti patrimoniali, rispettivamente, della separazione o del divorzio. In particolare, questi accordi intervenendo in una fase già patologica del rapporto, non hanno alcuna funzione preventiva e, difatti, si collocano all’interno dell’accordo di separazione consensuale ex art. 158 c.c. o della domanda di divorzio congiunto ai sensi dell’art. 4, comma 16, l. 898/1970. Viceversa, gli accordi preventivi hanno lo scopo di determinare in anticipo le condizioni di una separazione o di un divorzio meramente eventuali, impedendo che le condizioni economiche della crisi formino oggetto di una lite giudiziaria⁸. In particolare, si parla di accordi predivorzili per riferirsi ai patti stipulati tra coniugi nel corso del matrimonio in vista dell’eventuale divorzio e di accordi prematrimoniali per riferirsi ai patti stipulati dai nubendi prima del matrimonio per disciplinare preventivamente la futura e solo eventuale crisi coniugale. In entrambi i casi si è in presenza di accordi volti a disciplinare il fallimento dell’unione coniugale nella prospettiva di consegnare ai coniugi uno strumento utile per conseguire una soluzione concordata della crisi. Si tratta di accordi che vengono stipulati per regolare preliminarmente e attraverso lo strumento contrattuale le conseguenze di una eventuale rottura del matrimonio. Da questo punto di vista, essi svolgono una funzione di tutela e, date le conseguenze patrimoniali che derivano dal divorzio, per come disciplinate dalle legislazioni nazionale, hanno lo scopo di tutelare la parte più abbiente del rapporto, garantendola anche a fronte di matrimoni di interesse⁹. D’altra parte, gli stessi, previo adeguato controllo, potrebbero favorire il coniuge più debole, imponendo all’altra parte determinati obblighi di carattere patrimoniale e comportamenti.

Dal punto di vista storico, già il diritto romano conosceva e regolava una serie di patti che avevano ad oggetto la costituzione della dote e la sua restituzione in caso di divorzio¹⁰ e, in una prospettiva comparatistica, diversi ordinamenti di

8 BUSANI, A.: *I contratti nella famiglia*, Cedam, Padova, 2020, p. 294 ss.

9 DE FILIPPIS, B.: *Convenzioni matrimoniali*, cit., p.23.

10 OBERTO, G.: “Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica”, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, *Foro.it*, 1999, I, c. 1306; *Id.*, “I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali”, *Dir. fam. Pers.*, 2003, p. 535 ss.; MAGAGNA, M.: *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Cedam, Padova, 2002; TALAMANCA, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 148.

common law e di civil law ammettono pacificamente tali tipologie di accordi. Tuttavia, nell'ordinamento italiano la possibilità di concludere detti accordi è largamente frustrata dall'assenza di una disciplina ad hoc e da un atteggiamento riluttante della giurisprudenza.

Nella discussione circa la loro ammissibilità c'è chi evidenzia che la relativa introduzione potrebbe indebolire l'istituto matrimoniale, incoraggiando le coppie coniugate a porre fine al vincolo matrimoniale, senza dover affrontare una dolorosa e spesso sfiante procedura, dall'altra parte, invece, taluni ritengono che la valorizzazione dell'autonomia negoziale, attribuendo certezza e prevedibilità al rapporto, anche nella fase di crisi, possa incentivarne la diffusione, rassicurando i nubendi, quantomeno dal punto di vista patrimoniale. Si sottolinea, poi, la distanza intercorrente tra l'istituto matrimoniale e i rapporti commerciali che impone un trattamento differenziato e, a contrario, si valorizza il profilo economico insito nel rapporto coniugale che non può essere ignorato ma che deve essere adeguatamente regolato.

III. INAMMISSIBILITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO ED EVENTUALE DIVORZIO.

La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria sono concordi nel ritenere tali contratti sul regime economico del divorzio nulli per illiceità della causa, avendo sempre l'effetto e lo scopo di condizionare il comportamento processuale delle parti in un giudizio concernente uno status, in un campo in cui la libertà di scelta e il diritto di difesa devono essere indeclinabilmente garantiti¹¹. Vi è, dunque, il rischio che la finalità economica dell'operazione sia quella, non di disciplinare i rapporti patrimoniali conseguenti alla crisi coniugale, ma quella di realizzare una mercificazione dello status coniugale, contrattualizzando una scelta inviolabile e "personalissima" circa la chiusura o meno del rapporto affettivo, fissando il c.d. prezzo del consenso al divorzio.

La sanzione dell'invalidità, dunque, colpisce tutti gli accordi volti a disciplinare preventivamente le condizioni economiche del fallimento coniugale, quale che sia il loro contenuto. In particolare, la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito la natura indisponibile dell'assegno divorzile prima dell'inizio del relativo giudizio, con la conseguenza che vanno sempre considerati invalidi gli accordi volti a fissare in anticipo la spettanza e l'entità dello stesso. L'accordo in questione, oltre a contrastare con l'ordine pubblico di cui è espressione il principio di indisponibilità dello status, si pone, secondo l'orientamento dominante, in aperto

¹¹ Tra le sentenze che ribadiscono la nullità di tali accordi per illiceità della causa, cfr. Cass. Civ., 11 agosto 1992, n. 9494, *Giurisprudenza Italiana*, n. 6, 1993, p. 11318, con nota di DE MARE, C.; Cass. Civ., 28 ottobre 1994, n. 8912, *Famiglia e Diritto*, n. 1, 1995, p. 14, con nota di UDA, G.

contrasto con l'art. 5 della l. 898/1970 che, fissando i criteri per il riconoscimento e la determinazione di un assegno all'ex coniuge, configura un diritto insuscettibile, anteriormente al giudizio di divorzio, di transazione o rinuncia. Pertanto, non sarebbe possibile impedire in giudizio all'altra parte di provare la verità delle condizioni di fatto alle quali la legge subordina e commisura l'assegno di divorzio¹².

Viene affermata anche l'inefficacia della rinuncia preventiva alla possibilità di richiedere la revisione dell'assegno di divorzio qualora sopravvengano giustificati motivi, per contrasto, per giunta, con l'art. 9 della l. 898/1970 che non consente limitazioni di ordine temporale alla possibilità di revisione del regime fissato con l'assegno¹³. Sono considerati invalidi, inoltre, gli accordi che attribuiscono, per il periodo successivo al divorzio, a favore dell'uno o dell'altro coniuge, il godimento della casa familiare e dei suoi beni mobili, sussistendo anche per tali accordi accessori alla separazione le ragioni di ordine pubblico del divieto, consistenti nell'attitudine dei patti in oggetto a influenzare le determinazioni delle parti in ordine allo status personale¹⁴.

Né, d'altra parte, varrebbe a capovolgere tali conclusioni la possibilità, introdotta dall'art. 4 della l. 74/1987, di proporre congiuntamente domanda di divorzio, dal momento che in questa evenienza le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico riguardano un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire e quindi non semplicemente prefigurare¹⁵.

Altre pronunce hanno destato, poi, non poche perplessità, indice di una giurisprudenza caratterizzata da contraddizioni interne. In particolare, in una pronuncia¹⁶, la Corte di legittimità, pur riaffermando la validità del generale principio della nullità delle intese volte a regolare le condizioni del futuro divorzio, ha riconosciuto il carattere relativo della nullità, attribuendo la facoltà di farla valere solo al coniuge che avrebbe diritto all'assegno, data la funzione esclusivamente assistenziale dello stesso. Tale pronuncia non è rimasta isolata, in altre occasioni¹⁷ la Corte, nell'affermare la nullità dei patti in oggetto, ha attribuito rilievo alla circostanza che essa sia invocata dalla parte debole oppure dalla parte forte, operando il principio della nullità a tutela di chi richiede le prestazioni a fronte delle obiezioni del coniuge onerato, sulla base di accordi che le escluderebbero. Sarebbe la tutela del coniuge economicamente più debole lo scopo sotteso al

12 Cass. Civ., 11 giugno 1981, n. 3777.

13 Cass. Civ., 20 maggio 1985, n. 3080.

14 Cass. Civ., 11 dicembre 1990, 11788; Cass. Civ., 20 settembre 1991, n. 9840.

15 Cass. Civ., 1° marzo 1991, n. 2180.

16 Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, *Corriere giuridico*, 2000, p. 1021, con nota di BALESTRA, L.; *Rivista Notariato*, 2000, 2, p. 1221, con nota di ZANINI, L.; *Giustizia Civile*, 2000, 1, p. 2217, con nota di GIACALONE, G.; *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 1, p. 704, con nota di BARGELLI, E.; *Giustizia Civile*, 2001, 1, p. 457, con nota di GUARINI, G.

17 Cass. Civ., 1° dicembre 2000, n. 15349; Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713.

principio dell'indisponibilità preventiva dell'assegno di divorzio. Tuttavia, la dottrina non ha esitato a evidenziare che se la causa è illecita, la nullità non può che colpire l'atto integralmente, il quale non può essere lecito nei confronti di una parte e illecito rispetto all'altra, ponendosi, tale soluzione, addirittura in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, riservando un trattamento differenziato per i due coniugi¹⁸.

La giurisprudenza più recente, invece, ribadisce la nullità assoluta, invocabile anche dal coniuge economicamente più forte, dei patti in previsione della rottura familiare. Quest'ultima abbandona in parte l'argomento in base al quale tali pattuizioni determinerebbero una transazione sullo stesso status coniugale, traducendosi in una sorta di prezzo del consenso, fondando, invece, il proprio orientamento restrittivo su un preciso riferimento normativo costituito dall'art. 160 c.c. e sull'indisponibilità dei diritti sanciti dallo stesso¹⁹. Una volta accantonato l'argomento per cui i patti in vista del futuro divorzio celerebbero un inammissibile commercio sullo status, l'avversione per tali pattuizioni troverebbe un supporto normativo. In particolare, sull'assunto che ex art. 160 c.c. tutti i diritti che derivano dal matrimonio sono indisponibili e che tutti gli effetti del divorzio, tra cui il diritto all'assegno divorzile, sono a loro volta effetti del matrimonio, si afferma l'indisponibilità di tale diritto e, dunque, l'inammissibilità di una pattuizione volta a disporne. Secondo la giurisprudenza più recente, dunque, gli accordi con i quali i coniugi fissano il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, in quanto stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.

Tale argomentazione trova poi ulteriore supporto nella natura assistenziale dell'assegno divorzile, considerata in origine l'unica funzione dell'istituto regolato dall'art. 5, comma 6, l. 898/1970 e ritenuta ora, dopo l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2018, una delle due componenti fondamentali dell'assegno, concorrendo con quella compensativa. Conseguentemente, la Suprema Corte afferma che di tali accordi non possa tenersi conto non solo quando limitino o escludano il diritto del coniuge più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le sue esigenze di vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una siffatta intesa "potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione di cessazione degli effetti civili del matrimonio". La Cassazione, sebbene utilizzi nelle sentenze più recenti una argomentazione più lineare basata su un sillogismo, non si astiene dal riproporre l'argomento storico che fondava la nullità sulla assimilazione di tali patti ad una transazione sullo status coniugale.

18 FINOCCHIARO, M.: "Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa", Nota a Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, *Guida al diritto*, n. 24, 2000, p. 43.

19 RIMINI, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", Nota a Cass. Civ., Ord., 26 agosto 2021, n. 11012, *Famiglia e Diritto*, 2021, 10, p. 885.

Rimane, invece, isolata una pronuncia del Tribunale di Torino del 2012²⁰ che ha assestato il primo colpo alla posizione strenuamente difesa dalla Cassazione circa la nullità dei patti in esame. La sentenza in commento evidenzia l'analogia intercorrente tra gli accordi in vista del futuro divorzio e le convenzioni matrimoniali regolate dall'art. 162 c.c. che sono dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali del cambio di status da celibe e nubile a quello di coniugato. In particolare, l'articolo in esame sollecita i soggetti a stabilire il regime patrimoniale coniugale in relazione alle circostanze e alle loro esigenze di vita, stabilendo espressamente che gli accordi in oggetto possano essere stipulati in ogni tempo (comma 3)²¹. La Corte di merito sottolinea, inoltre, la presenza di referenti normativi nello stesso Codice civile che legittimano l'ammissibilità di attribuzioni patrimoniali in vista di un atto costitutivo di uno status. L'art. 785 c.c., difatti, configura espressamente il matrimonio quale condizione sospensiva delle donazioni effettuate anche dagli sposi tra loro, non si vede perché ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio²².

Il giudice torinese neppure ritiene pertinente il richiamo, effettuato dalla giurisprudenza di legittimità, all'art. 160 c.c., afferente, al contrario, alla fase "fisiologica" del rapporto coniugale e non a quella "patologica", in cui cessano la maggior parte dei diritti e doveri discendenti dal vincolo coniugale. D'altra parte, ritenere, come fa la giurisprudenza prevalente, che il dovere di contribuzione, rimanga inalterato nonostante la pronuncia di divorzio, sembra favorire un ritorno alla tesi del carattere pubblicistico del matrimonio. Si sottolinea, infine, la contrarietà dell'attuale orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte all'evoluzione di tutta la recente normativa nei più svariati settori, dove buona fede e correttezza assurgono a ruolo di principi superiori. Al contrario, nel diritto di famiglia, settore in cui il rapporto intercorrente tra i soggetti dovrebbe essere caratterizzato dal massimo di livello di affidamento, sembra che non possa essere preso in considerazione un accordo di tipo economico. Di conseguenza ben può essere ritenuto valido, anche alla luce della vigente normativa e secondo una interpretazione conforme ai canoni di correttezza e buona fede, un accordo concluso dai coniugi in piena autonomia e libertà che regoli le conseguenze economiche del futuro divorzio.

La ricognizione dei precedenti giurisprudenziali relativi al tema in oggetto non sarebbe esaustiva se non si menzionassero due sentenze della Corte di legittimità in parte dissonanti rispetto al consolidato orientamento restrittivo che hanno affrontato la questione della ammissibilità dei patti in oggetto perché connessa al

20 Tribunale di Torino Sez. VII Ord., 20 aprile 2012.

21 OBERTO, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", nota a Tribunale di Torino, Sez. VII, Ord., 20 aprile 2012, *Famiglia e diritto*, 2012, 8-9, p. 803.

22 OBERTO, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniuga", *Famiglia e diritto*, 2012, 1, p. 69.

thema decidendum. In particolare, in una prima occasione²³, la Corte si è occupata della validità di un contratto stipulato con scrittura privata il giorno prima delle nozze tra due futuri coniugi in vista del loro eventuale divorzio con cui la moglie si impegnava a trasferire al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di un altro immobile adibito a casa coniugale. In tale occasione, i giudici di legittimità, degradando il fallimento del matrimonio da causa genetica ad “evento condizionale” della prestazione, hanno salvato l'accordo, precisando che ove la causa genetica fosse stata individuata nella cessazione del vincolo il patto, traducendosi in una sorta di sanzione dissuasiva volta a condizionare la libertà decisionale degli sposi, sarebbe stato di certo nullo. La corte precisa, invero, che la fattispecie controversa sarebbe, in definitiva, un accordo tra le parti atipico con condizione sospensiva lecita, libera espressione della loro autonomia negoziale e diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., come tale estraneo alla categoria degli accordi prematrimoniali. Tuttavia, la Suprema Corte coglie l'occasione per dare atto delle critiche che la giurisprudenza tradizionale ha ricevuto per non essersi adeguata all'evoluzione del sistema normativo, sempre più orientato a riconoscere ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici²⁴. Nonostante la qualificazione prudente dell'impegno assunto dai coniugi quale contratto atipico sottoposto a condizione sospensiva, l'affermazione segna un interessante cambio di marcia, riflesso di un percorso interpretativo che si affaccia a riconoscere quello che è di fatto lo schema della negoziabilità prematrimoniale e, dunque, lo schema del contratto sottoposto a condizione sospensiva²⁵.

L'altra decisione²⁶ che mostra una inversione di marcia in materia di negoziabilità in vista del futuro divorzio ha ritenuto “valida ed efficace la clausola, apposta ad un contratto di mutuo concluso tra coniugi, mediante la quale la restituzione della somma ricevuta viene sospensivamente condizionata alla separazione personale”. Qualche mese dopo la Corte torna, dunque, ad affermare la validità di un accordo sospensivamente condizionato all'evento, futuro e incerto, della separazione personale, sull'assunto che non ricorre alcuna norma imperativa che renda tale condizione illecita agli effetti dell'art. 1354, comma 1, c.c., e che osti ai coniugi, prima o durante il matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinarne la restituzione all'evento, meramente eventuale, della separazione coniugale. Si evidenzia, inoltre, come sia fuori luogo il richiamo agli artt. 143 e 160 c.c., relativi alla inderogabilità dei diritti e doveri che sorgono per effetto del matrimonio, perché l'inderogabilità non viene meno per il fatto che

23 Cass. Civ., 21 dicembre 2012, n. 23713.

24 RIMINI, C.: “I patti”, cit., p. 4 ss.

25 DOSI, G.: *Il diritto contrattuale della famiglia*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 36.

26 Cass. Civ., 21 agosto 2013, n. 19304.

uno dei coniugi che abbia ricevuto un prestito si impegni a restituirlo in caso di separazione.

Da ultimo, è utile sottolineare che la giurisprudenza²⁷ non ha potuto ritenere tali pattuizioni contrarie all'ordine pubblico internazionale, e, dunque, con i principi fondamentali dell'ordinamento. In particolare, non contrastano con l'ordine pubblico ex art. 64, lett. g) della legge n. 218/1995 le sentenze straniere di divorzio relative a patti prematrimoniali, poiché due coniugi italiani residenti all'estero possono scegliere un ordinamento straniero al fine di regolare i loro rapporti patrimoniali²⁸.

Gli argomenti utilizzati dalla Cassazione per suffragare l'indirizzo restrittivo in tema di inammissibilità dei patti prematrimoniali sono stati accolti da parte della dottrina che non ha esitato a svilupparli e ampliarli. Alcuni studiosi hanno rilevato che, avendo i patti prematrimoniali ad oggetto gli assegni di una separazione o un divorzio solo eventuali, si realizzi una disposizione di diritti ancora non esistenti nei patrimoni dei coniugi, il che spinge ad interrogarsi circa l'applicabilità dell'art. 1348 c.c. che sancisce il principio di ammissibilità dei negozi aventi per oggetto diritti futuri. Il patto prematrimoniale, inoltre, regolando in via preventiva diritti che potrebbero sorgere anche in un momento lontano rispetto alla stipula dell'accordo, pone la questione di determinare l'efficacia degli stessi relativamente ad eventuali modificazioni patrimoniali che intervengano tra la stipula e il divorzio. Difatti, ove l'intento di tali accordi fosse quello di cristallizzare al momento della loro conclusione le condizioni patrimoniali di un eventuale divorzio, tale funzione andrebbe di certo conciliata con il principio *rebus sic stantibus*, da cui detti patti non possono ritenersi esenti, secondo cui la modificazione delle circostanze fattuali determina la facoltà delle parti di pretendere la revisione delle condizioni. Il principio in esame è insito alle pronunce giurisdizionali relative alle conseguenze economiche del fallimento dell'unione, in quanto dirette a garantire il soddisfacimento delle esigenze primarie di vita del coniuge debole, conseguentemente, il mutamento nel tempo dei presupposti non può non modificare i relativi diritti²⁹. La possibilità di revisione delle statuizioni dell'autorità giudiziaria a seguito di circostanze sopravvenute si considera un principio di ordine pubblico da cui si desume il carattere non definitivo delle statuizioni patrimoniali, ne consegue la nullità di ogni rinuncia preventiva che le parti possono aver espresso a riguardo.

27 Cass. Civ., 28 maggio 2004, n. 10378.

28 DOSI, G.: *Il diritto*, cit., p. 39.

29 ROMANO, M., SGROI M.: "Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale", in AA. VV.: *La famiglia in crisi* (a cura di G. CASSANO, G. OBERTO), Cedam, Padova, 2016, p. 191 ss.

IV. LA VALIDITÀ DEI PATTI IN VISTA DEL FUTURO DIVORZIO ANCHE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO.

Tali ragionamenti sono avversati dalla dottrina più progressista che rimprovera la giurisprudenza di atteggiarsi in antitesi con l'evoluzione normativa che ha attraversato il diritto di famiglia e che attribuisce sempre più spazio all'autonomia negoziale e con le esperienze giuridiche straniere che pacificamente riconoscono l'ammissibilità degli accordi in vista del futuro divorzio.

In primo luogo, si evidenzia come gli accordi in esame non abbiano quale oggetto diretto lo status coniugale, non traducendosi, perciò, in una mercificazione dello stesso. L'accordo in questione non è diretto a obbligare uno dei coniugi a non divorziare, ponendosi così in contrasto con il principio per cui ciascuno dei coniugi è libero di domandare, in qualsiasi momento e a prescindere dal consenso dell'altra parte, lo scioglimento del vincolo, ma è diretto a regolare in anticipo gli effetti patrimoniali di un eventuale divorzio, senza che venga coartata la scelta personale dei coniugi in ordine al mantenimento dello status. Nonostante l'accordo, difatti, rimane salvo il diritto potestativo di ciascun coniuge di domandare separazione e divorzio, salvo l'obbligo di rispettare, in tale evenienza, le pattuizioni patrimoniali concordate anzitempo³⁰.

D'altra parte, a conforto di questa tesi, la dottrina, ha sviluppato un parallelismo con la celebrazione delle nozze, al pari dell'isolata pronuncia del Tribunale di Torino. Si evidenzia come, proprio con riferimento alla volontà matrimoniale che non può subire alcuna compressione, l'ordinamento consente che il soggetto sia indotto al matrimonio da motivazioni di ordine patrimoniali, come nel caso della donazione ex art. 785 c.c., le quali pur non essendo determinanti del consenso, di certo lo orientano. Addirittura, l'ordinamento pare incoraggiare i coniugi, all'atto del matrimonio e in ogni tempo, a determinare le prospettive matrimoniali mediante la stipula di convenzioni matrimoniali idonee alle circostanze e alle esigenze della vita³¹.

Tali argomentazioni conducono ad analizzare la più ampia questione della ammissibilità nell'ordinamento nazionale di disposizioni economiche su aspetti indisponibili dei rapporti umani in quanto afferenti alla sfera personale. È pacifico che determinazioni di questo tipo, in cui l'aspetto personale è preso direttamente in considerazione dalle parti come oggetto di un preciso obbligo, sono nulle per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume. In tale ottica, può allora ritenersi che il divorzio, rispetto all'accordo prematrimoniale, non sia

30 BUSANI, A.: *I contratti*, cit. p. 301.

31 DORIA, G.: *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 178, nota 230.

oggetto dell'obbligo, ma mera condizione di efficacia³². Tuttavia, la qualificazione dell'accordo in vista del futuro divorzio quale negozio sospensivamente condizionato alla cessazione del vincolo non risolve la questione relativa alla ammissibilità, ponendosi l'ulteriore tema della liceità di siffatta condizione, dal momento che l'art. 1354 c.c. sanziona con la nullità il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, ordine pubblico o buon costume. La dottrina contraria all'evoluzione citata, difatti, ritiene che la condizione di divorzio, realizzando indirettamente l'effetto di condizionare le parti circa la scelta sul mantenimento o meno dello status, sia da reputarsi contraria all'ordine pubblico, invalidando così l'intero negozio³³. Tuttavia, è stato obiettato che la possibilità per cui una simile condizione possa influenzare la scelta di proseguire o meno la relazione coniugale non determini l'illiceità del negozio, dal momento che tale condizionamento non si traduce in una coartazione in ordine alla scelta di addivenire al divorzio o meno, che rimane in ogni caso libera e incondizionata. D'altra parte, la condizione di divorzio non configura neanche una ipotesi di condizione meramente potestativa, sanzionata con la nullità dall'art. 1355 c.c. Difatti, pur essendo riconosciuto ad entrambe le parti il diritto di domandare unilateralmente lo scioglimento del vincolo, questo è un evento che consegue all'istaurazione di un procedimento giurisdizionale, il quale, sebbene attivabile unilateralmente, non è assimilabile all'ipotesi in cui gli effetti del negozio dipendano esclusivamente da una mera dichiarazione di volontà di una delle parti.

Anche il classico richiamo all'art. 160 c.c., evidentemente l'unico riferimento normativo cui la tesi giurisprudenziale fa richiamo per negare validità a tali pattuizioni, è avversato dalla dottrina. La ritenuta applicabilità di tale disposizione nel campo del divorzio conduce al paradosso di equiparare la fase fisiologica del rapporto coniugale a quella patologica³⁴. La contraddittorietà di tale assunto si coglie già sotto il profilo sistematico dalla collocazione dell'art. 160 c.c. all'interno del Capo VI del Codice in materia di regime patrimoniale della famiglia, volto a disciplinare le conseguenze economiche del vincolo coniugale nella sua fase fisiologica, al contrario, alle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale è dedicato il Capo V.

La diversità tra le due fattispecie è ben sottolineata anche dalla Corte di Cassazione³⁵ che esclude, condivisibilmente, l'applicabilità dell'art. 162 c.c. ai contratti della crisi coniugale, evidenziando come tali pattuizioni non siano

32 JEMOLO, A. C.: "Il matrimonio", in AA. VV.: *Trattato di Diritto Civile* (a cura di F. VASSALLI), Utet, Torino, 1950, p. 54.

33 RUGGIERO, D. G.: *Gli accordi prematrimoniali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 163.

34 MORELLI, M. R.: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova, 1996, p. 61.

35 Cass. Civ., 11 maggio 1984, n. 2887; Cass. Civ., 11 novembre 1992, n. 12110; Cass. Civ., 12 settembre 1997, n. 9034.

riconducibili al paradigma negoziale delle convenzioni matrimoniali³⁶ che, invece, presuppongono il normale svolgimento del rapporto coniugale e afferiscono ad una generalità di beni anche di futura acquisizione, assumendo un carattere programmatico. Al contrario, i contratti della crisi coniugale perseguono un'esigenza di assetto dei rapporti personali e patrimoniali dei coniugi separati, avendo un carattere attributivo. L'obbligazione di mantenimento in sede di separazione personale costituisce una obbligazione differente ed autonoma e non una diversa conformazione del dovere di contribuzione ex art. 143 c.c., pertanto si considera sorta una volta perfezionata la separazione e non al momento della celebrazione del matrimonio³⁷.

Si pone, dunque, la più ampia questione concernente la natura disponibile o meno degli assegni di separazione e divorzio. Sul punto la giurisprudenza maggioritaria ritiene affetto da nullità virtuale ogni atto dispositivo del diritto al mantenimento per violazione della più volte richiamata norma imperativa di cui all'art. 160 c.c. e per la natura alimentare dell'assegno³⁸. Tuttavia, autorevole dottrina evidenzia che il contributo al mantenimento ex art. 156 c.c. non può essere disposto d'ufficio, ma va espressamente richiesto dal coniuge avente diritto sulla base di una sua insindacabile valutazione³⁹. A ciò deve aggiungersi che, in sede di separazione giudiziale, il coniuge al quale non è stata addebitata la separazione non è titolare di un diritto incondizionato all'assegno di mantenimento, dovendo, al contrario, dimostrare l'assenza di adeguati redditi propri. Ne consegue, dunque, che il diritto al mantenimento è subordinato non solo al suo effettivo esercizio in sede giudiziale, attraverso la formulazione di richiesta esplicita da parte del coniuge interessato, ma anche alla prova delle circostanze legittimanti lo stesso. Avuto riguardo alla separazione consensuale, invece, in forza dell'art. 158 c.c. il controllo del tribunale in sede di omologa investe esclusivamente il contributo per il mantenimento della prole e si limita a un controllo di legittimità per quanto attiene ai rapporti tra coniugi. Si può, dunque, ritenere che, avuto riguardo al rapporto intercorrente tra l'accordo e il provvedimento del giudice, si è passati da una concezione che attribuiva all'accordo intercorso tra i coniugi il valore di mero presupposto e alla omologazione funzione costitutiva, riconoscendo al giudice il potere di discostarsi dalle intese raggiunte dalle parti, a una concezione in cui l'omologa svolge solo una funzione di controllo di legalità, ammettendosi un intervento del giudice solo nel caso in cui siano coinvolti gli interessi dei figli⁴⁰.

36 ZOPPINI, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", Nota a Cass. Civ., 23 dicembre 1988, n. 7044, *Giurisprudenza italiana*, 1990, 8-9, p. 1126.

37 OBERTO, G.: "Accordi preventivi", cit., p. 808.

38 Cass. Civ., 21 marzo 1963, n. 690; Cass. Civ., 21 maggio 1984, n. 3115.

39 DE PAOLA, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 191 ss.

40 BARBA, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, p. 413.

Argomento richiamato da dottrina e giurisprudenza a sostegno della tesi della indisponibilità dell'assegno di separazione e divorzio è quello relativo alla necessaria partecipazione del p.m. nei procedimenti di separazione e divorzio. Basti qui rilevare che il pubblico ministero non potrà mai supplire alla carenza della parte nella richiesta dell'assegno di mantenimento o di divorzio, venendo meno, pertanto, ogni possibilità di ricondurre la sua presenza necessaria al carattere indisponibile dei diritti in esame⁴¹.

D'altra parte, non si può non riportare quell'orientamento dottrinale⁴² in forza del quale, nei rapporti tra coniugi, l'unica situazione giuridica patrimoniale di diritto familiare indisponibile è l'obbligazione alimentare ex art. 433 e ss. c.c. che conferma, al contrario, il carattere disponibile del diritto all'assegno di mantenimento.

Con riferimento, invece, al carattere disponibile o meno del diritto all'assegno di divorzio va condotta una breve analisi delle diverse fasi che hanno attraversato tanto la dottrina che la giurisprudenza a partire dall'entrata in vigore della legge sul divorzio. In particolare, fino alla l. 74/1987 la giurisprudenza sul tema ha assunto un atteggiamento ondivago. Da un lato, alcune pronunce hanno affermato la natura disponibile dell'assegno, argomentando sia sulla negazione del carattere esclusivamente assistenziale dello stesso che sulla possibilità dei coniugi di accordarsi sulla corresponsione una tantum⁴³. Dall'altro, non sono mancate sentenze che, soprattutto nella giurisprudenza di merito, qualificando il diritto in esame quale protrazione del diritto al mantenimento, ne hanno riconosciuto la natura indisponibile⁴⁴. Appare degna di nota, poi, la sentenza della Suprema Corte⁴⁵ che, attribuendo diverse funzioni dell'assegno di divorzio (assistenziale, risarcitoria e compensativa), ha sancito la disponibilità dello stesso limitatamente alle componenti risarcitoria e compensativa, al contrario, per quella assistenziale veniva riconosciuto il carattere indisponibile.

La l. 74/1987 è intervenuta sugli argomenti impiegati dalla giurisprudenza per affermare il carattere disponibile dell'assegno di divorzio. In particolare, la normativa ha, da un lato, specificato che la corresponsione di quest'ultimo una tantum possa avvenire solo se ritenuta equa dal tribunale e, dall'altro, ha esaltato e, secondo alcuni, reso esclusivo il carattere assistenziale dell'assegno, aggiungendo

41 OBERTO, G.: "Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte)", *Famiglia e diritto*, 2003, 4, p. 389.

42 COMPORTI, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro.it.*, 1995, 5, p. 115; ANGELONI, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, p. 332 ss.; SESTA, M.: *Lezioni di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1997, p. 150; ANGELONI, F.: *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1999, p. 1090 ss.

43 Cass. Civ., 10 febbraio 1974, n. 263; Cass. Civ., 12 marzo 1974, n. 662; Cass. Civ., Sez. Un., 9 luglio 1974, n. 2008; Cass. Civ., 25 novembre 1976, n. 4450; Cass. Civ., 2 giugno 1977, n. 2237.

44 Tribunale di Larino, 13 maggio 1972; Tribunale Catania, 5 maggio 1972; Tribunale di Napoli, 28 marzo 1979.

45 Cass. Civ., 6 aprile 1977, n. 1305.

l'inciso relativo ai "mezzi adeguati"⁴⁶. Quest'ultima novità è stata utilizzata dalla giurisprudenza di legittimità al fine di superare quell'indirizzo che faceva leva sulle differenti componenti dell'assegno, per affermarne, al contrario, l'assoluta indisponibilità. Tuttavia, questa conclusione non ha lasciato soddisfatta quella parte della dottrina che ha evidenziato come la natura assistenziale dell'assegno non esoneri la parte dalla proposizione di un'apposita domanda. A ciò si aggiunga che il beneficiario ben potrebbe accontentarsi di un assegno inferiore rispetto a quello a cui avrebbe diritto per legge, senza che il tribunale possa sindacare tale scelta⁴⁷.

Cionondimeno, la Cassazione a Sezione Unite è intervenuta in relazione alla funzione dell'assegno divorzile, innovando radicalmente l'orientamento precedente, per accedere a una lettura composita, in base alla quale l'assegno avrebbe una funzione assistenziale e in pari misura compensativa e perequativa⁴⁸. L'approdo della giurisprudenza di legittimità consente di rispolverare la pronuncia del 1977 che sanciva la disponibilità del diritto all'assegno limitatamente alla sua componente risarcitoria e compensativa, relegando la natura indisponibile alla sola componente assistenziale. Questa inversione di marcia sulla funzione dell'assegno, che consente di considerare il relativo diritto come negoziabile e disponibile, quantomeno in relazione alla sua componente compensativa, è destinata ad incidere sulla questione della validità dei patti in vista del divorzio. Difatti, finché si è affermata la funzione esclusivamente assistenziale dello stesso, la relativa natura indisponibile rappresentava il corollario della consolidata affermazione per cui la parte che ha diritto ad una prestazione di carattere assistenziale è ontologicamente debole e, di conseguenza, non adeguatamente preparata a stipulare, in via preventiva, accordi che abbiano per oggetto il proprio diritto⁴⁹. La Corte, poi, nell'ampia motivazione della pronuncia compie una affermazione che, se dal punto di vista tecnico rappresenta meno di un obiter dictum, per quanto qui ci riguarda, assume un valore funzionale rispetto alla questione dell'ammissibilità dei patti in vista del divorzio. In particolare, con riferimento ai poteri istruttori riconosciuti al giudice nell'accertamento delle capacità patrimoniali e reddituali dei coniugi, la Corte afferma che gli stessi sono attribuiti "nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco"⁵⁰. Tale inciso rinvenibile nella motivazione della sentenza evidenzia la stretta correlazione fra la natura composita e compensativa dell'assegno e la negoziabilità del relativo diritto. L'analisi dell'arresto giurisprudenziale in punto di funzione dell'assegno di divorzio porta

46 MACARIO, F.: "Commento all'art. 10", in AA. VV.: *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (a cura di N. LIPARI), Cedam, Padova, 1988.

47 CARBONE, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", nota a Cass., Civ., 4 giugno 1992, n. 6857, *Corriere Giuridico*, 1992, p. 866; Id., "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)", nota a Cass., Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, *Famiglia e diritto*, 1994, 148 ss.

48 Cass. Civ., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287.

49 RIMINI, C.: "I patti", cit., p. 5.

50 FUSARO, A.: "La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?", *Famiglia e diritto*, 2018, II, p. 1031.

dunque a riconsiderare gli argomenti impiegati dalla giurisprudenza per osteggiare l'ammissibilità dei patti prematrimoniali, la cui tenuta deve essere verificata anche alla luce di tale revirement.

Autorevole dottrina, argomentando sul carattere perfettamente disponibile dei diritti in gioco, critica, difatti, l'eccesso di sindacato da parte della giurisprudenza che manifesta una diffidenza nei confronti della capacità dei privati di regolare da sé i propri interessi, determinando così una eccessiva estensione dei casi di nullità virtuale⁵¹.

L'introduzione della possibilità del divorzio congiunto ex art. 4, comma 16, l. 898/1970 rappresenta un altro argomento impiegato con una certa frequenza dalla dottrina per sostenere l'orientamento restrittivo della giurisprudenza. In particolare, si sottolinea la distanza intercorrente tra la fattispecie regolata dal legislatore attinente a un divorzio che le parti hanno deciso di conseguire e quella di cui si discute che concerne, invece, un divorzio solo prefigurato.

A tal proposito si obietta come non sia agevole comprendere in che modo possa incidere sul carattere disponibile o meno del diritto la circostanza che l'evento generatore, rappresentato dal divorzio, sia inteso come certo, anziché come fattore condizionante l'efficacia dell'accordo. Qualora la preoccupazione del legislatore fosse esclusivamente quella di salvaguardare la libertà del consenso relativamente al mantenimento o meno dello status coniugale, andrebbe bandita ogni contrattazione relativa all'assegno che precedesse la sentenza di divorzio. Pertanto, se lo scopo avuto di mira dal legislatore fosse realmente evitare che trattative di tipo economico possano influenzare la decisione in ordine allo status, non si spiegherebbe l'introduzione dell'istituto del divorzio congiunto, nel quale gli accordi patrimoniali dei coniugi, pacificamente insindacabili, vengono liberamente e necessariamente concordati da quest'ultimi in un momento anteriore alla decisione del Tribunale.

L'ambiguità dell'orientamento restrittivo della giurisprudenza prevalente è confermata, poi, dall'opposta pronuncia in tema di accordi tra coniugi in vista o nella eventualità di una futura pronuncia di nullità del matrimonio⁵². Tali pattuizioni, in quanto correlate ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare la sussistenza o meno di una delle cause di invalidità del matrimonio, sono valide non venendo in gioco una determinazione delle parti in grado di influenzare l'attività processuale. Autorevole dottrina non ha esitato a sottolineare che la differenziazione tra accordi preventivi di divorzio e accordi preventivi di nullità matrimoniale appare illogica dal momento che, dal punto di vista dei possibili accordi

⁵¹ SCHLESINGER, P.: "L'autonomia privata e i suoi limiti", *Giurisprudenza Italiana*, 1999, I, p. 1003.

⁵² Cass. Civ., 13 gennaio 1992, n. 348.

fraudolenti intercorrenti tra i coniugi, il giudizio di nullità matrimoniale e quello di divorzio non differiscono, laddove si escluda ogni possibile condizionamento sulle attività processuali delle parti e la disposizione dello status⁵³.

L'ampliamento dell'area dell'autonomia negoziale all'interno del diritto di famiglia si giustifica, poi, facendo leva sulla circostanza per cui le parti sono i migliori giudici dei propri interessi, dal momento che l'autorità giudiziaria non dispone di tutte le informazioni rilevanti per le stesse, d'altra parte una contrattazione libera e consapevole non può che condurre alla massimizzazione del benessere di entrambi i coniugi⁵⁴. Non si può, difatti, negare che le posizioni assunte durante la fisiologia del rapporto appaiano più razionali rispetto a quelle espresse durante la fase di crisi e che l'accordo prematrimoniale, nel caso specifico, potrebbe essere volto a salvaguardare il coniuge più debole, attribuendo vantaggi che non sarebbero riconosciuti alla luce della attuale giurisprudenza in tema di assegno divorzile⁵⁵.

Inoltre, non c'è chi non esita a rilevare che il contesto italiano attuale consta di alcuni elementi idonei a dimostrare una tendenza favorevole al maggiore sviluppo dell'autonomia negoziale nel settore del diritto familiare. Il varo dell'istituto del patto di famiglia è sintomo della volontà del legislatore di inserire, in un settore che si è per anni collocato ai confini del diritto privato lambendo il settore pubblicistico, un "moltiplicatore di negoziabilità endofamiliare"⁵⁶. D'altra parte, sulla base di tali considerazioni, non può ritenersi che l'atteggiamento paternalistico del legislatore nel diritto di famiglia sia giustificato dal rischio di un uso distorto dell'autonomia negoziale ai danni della parte più debole. Il controllo da parte dell'ordinamento deve essere effettuato non attraverso una preclusione assoluta a monte, mediante la sanzione della nullità delle pattuizioni in oggetto, ma con una verifica a valle che precluda le intese immeritevoli perché inique, senza sacrificare indistintamente anche le scelte delle parti che garantiscano una allocazione ottimale delle risorse, non raggiungibile in sede contenziosa⁵⁷.

V. PROPOSTA DI UN MODELLO LEGISLATIVO DI PATTI PREMATRIMONIALI.

Sulla base di tali considerazioni è possibile raggiungere sulla questione della ammissibilità dei patti in vista del futuro divorzio una conclusione differente rispetto a quella sposata dall'orientamento prevalente. I patti in oggetto, difatti, a determinate condizioni, possono rappresentare uno strumento duttile in grado di

53 ROMANO, M., SGROI, M.: "Gli accordi preventivi", cit., p. 49.

54 LAS CASAS, A.: "Accordi prematrimoniali in vista del divorzio: le prospettive italiane di riforma e le questioni dal punto di vista del diritto comparato", *Politica del diritto*, 2020, 3, p. 432.

55 SALANITRO, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3, p. 645.

56 OBERTO, G.: *Il patto di famiglia*, Cedam, Padova, 2006, p. 7.

57 ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata", cit., p. 227.

contemperare l'autonomia negoziale in ambito familiare con le particolari esigenze connesse alla natura dei diritti in gioco.

In questa prospettiva, occorre prendere atto dell'unica norma che espressamente si occupa della rinuncia del coniuge a diritti patrimoniali conseguenti al divorzio: l'art. 5, comma 8, l. 898/1970. Da tale disposizione si ricava che nessuna rinuncia definitiva a qualsiasi domanda su diritti patrimoniali conseguenti al divorzio è possibile se non effettuata in sede di divorzio e confermata dalla valutazione di equità compiuta dal tribunale. Pertanto, qualsiasi riflessione sulla validità dei patti prematrimoniali deve rispettare questi limiti, senza che ciò determini l'invalidità aprioristica di tali patti. Dall'interpretazione della disposizione in commento si desume che soltanto l'accordo con cui le parti stabiliscono la corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno, raggiunto in sede di divorzio e previa valutazione di equità da parte del tribunale, ha l'effetto di impedire pretese future di ordine economico anche al mutare della situazione di fatto. Ne consegue che qualsiasi accordo sui diritti originati dal divorzio, compreso quello all'assegno, è soggetto alla clausola generale *rebus sic stantibus*, potendo essere modificato al mutare delle circostanze che ne costituiscono i presupposti di fatto. L'art. 160 non deve essere interpretato quale dogma assoluto che comporta la nullità di tali intese, neanche qualora abbiano ad oggetto l'assegno divorzile, tuttavia dall'art. 5, comma 8, della succitata legge si ricava il potere del giudice di valutare l'equità dell'accordo e di considerare inefficaci gli accordi manifestamente iniqui. Tale valutazione, al di fuori di quella da effettuarsi ai sensi della disposizione in commento, deve essere effettuata dal Tribunale *ex post*, solo allorché uno dei due coniugi, dopo aver concluso l'accordo, formuli pretese incompatibili con esso. Se, dunque, si ammette tale controllo di equità e si assume che al pari di ogni accordo sia soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, ne consegue che i presupposti di fatto che hanno indotto i coniugi alla stipula debbano essere chiari ed espressi nell'accordo stesso. Soltanto una piena trasparenza pone il Tribunale in condizione di poterne valutare l'equità e l'opportunità di eventuali mutamenti al cambiare dei presupposti di fatto sussistenti al momento dell'accordo. Si evidenzia, dunque, la necessità che l'accordo sia accompagnato da una piena disclosure sulla situazione patrimoniale e reddituale dei coniugi che permetta al giudice di compiere le valutazioni menzionate. Infine, dall'art. 6 del d.l. n. 132/2014 che disciplina la convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati per le soluzioni consensuali di separazione o di scioglimento del matrimonio, si ricava la necessità che i coniugi siano assistiti da un proprio legale indipendente nella stipula del contratto patrimoniale, rilevando una analoga esigenza di tutela.

Sulla base di tale interpretazione evolutiva, il giudice dovrà considerare vincolante il patto con cui i coniugi, all'esito di una negoziazione durante la quale ciascuno è stato assistito da un legale di fiducia, determinino le condizioni

economiche dell'eventuale futuro divorzio. A fronte di una domanda giudiziale con cui uno dei coniugi avanzi pretese contrastanti con il contenuto dell'accordo il giudice potrà dichiararne l'inefficacia nel caso in cui esso produca effetti iniqui, non realizzando le funzioni riconosciute all'assegno dalla pronuncia delle Sezioni Unite. Evidentemente il controllo giudiziale sarà tanto più intenso quanto più le determinazioni contenute nell'accordo si pongano in contrasto con la componente assistenziale dell'assegno, lasciando il coniuge più debole privo di mezzi che gli consentano di condurre una vita dignitosa⁵⁸.

D'altra parte, tale impostazione è confermata dall'analisi dei tratti essenziali delle discipline degli ordinamenti stranieri che riconoscono la vincolatività di tali accordi a condizione che siano garantiti specifici e adeguati controlli e interventi giudiziali. Tanto nel diritto anglosassone che in quello tedesco è previsto, seppur in diversi termini, un sindacato di merito al momento della crisi, in cui è oggetto di valutazione l'equilibrio dell'accordo raggiunto anche alla luce delle sopravvenienze intervenute.

Tuttavia, la disciplina prevista dal Codice civile in materia contrattualistica appare ai più inadatta a regolare la questione delle sopravvenienze rispetto agli accordi prematrimoniali, prendendo in considerazione solo le ipotesi in cui le sopravvenienze determinino variazioni quantitative e/o qualitative di una delle prestazioni. Le sopravvenienze che assumono rilievo in tali accordi non si riferiscono però a variazioni in sé delle prestazioni, ma ad aspetti esterni delle stesse, tra cui le condizioni economiche delle parti e, dopo il revirement della Cassazione in tema di funzione dell'assegno divorzile, i contributi che i singoli partner hanno apportato al ménage familiare. In assenza di una disciplina ad hoc, gli interpreti sarebbero costretti a fare ricorso a istituti dall'incerta tenuta quali la buona fede, l'abuso del diritto, la presupposizione e il difetto funzionale della causa⁵⁹.

È, dunque, auspicabile da più parti la previsione di una specifica disciplina che permetta di superare tali criticità e che risintonizzi l'ordinamento italiano alle esperienze giuridiche straniere.

Tale riflessione ha assunto un rinnovato interesse in considerazione della recente proposta di riforma (di iniziativa governativa) contenuta nel disegno di legge presentato al Senato il 19 marzo 2019, con la quale, nel quadro di una più ampia riforma del Codice civile in diversi settori, si aspirerebbe anche a inserire una disciplina ad hoc dei patti in vista del futuro divorzio. Precedentemente era stata già presentata un'altra proposta di legge (P. d. l. C. 244, presentata alla Camera

58 RIMINI, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Famiglia e diritto*, 2018, 11, p. 1041.

59 SALANITRO, U.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 645.

dei deputati il 23 marzo 2018), di iniziativa parlamentare, dedicata alla materia della contrattazione patrimoniale e specificatamente diretta a riconoscerne, in via legislativa, la vincolatività⁶⁰. Da tali proposte di riforma si evince la sempre più estesa valorizzazione della autonomia negoziale in materia familiare.

L'accordo, così come previsto dalla riforma, può intervenire tra coniugi o tra nubendi nonché tra i partner dell'unione civile e tra coloro che hanno intenzione di assumere tale status, dalla previsione sono esclusi consapevolmente i conviventi more uxorio e coloro che intendano intraprendere la convivenza. La ratio della riforma in oggetto è quella di sopperire a una lacuna dell'ordinamento nazionale e di allinearsi agli ordinamenti che già conoscono e disciplinano i preuptial agreements, anche al fine di evitare il fenomeno della c.d. shopping law agevolato dall'art. 30 della l. 218 del 1995 e dalla considerazione che le suddette intese, anche alla luce della giurisprudenza interna, non si pongano astrattamente in contrasto con l'ordine pubblico internazionale.

La riforma, poi, si sofferma sui limiti che la riconosciuta autonomia contrattuale incontrerebbe in sede di formulazione degli accordi in oggetto, ponendo, accanto ai noti limiti costituiti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume, quello del rispetto dei diritti fondamentali della persona. In ordine a tale ultimo riferimento, parte della dottrina ha ritenuto di potervi ricomprendere i diritti connessi agli obblighi di solidarietà post-coniugale.

Prospettare una riforma che aspiri a riconoscere validità ai patti in vista del divorzio significa, inoltre, tenere presenti non solo le disposizioni del Codice civile, ma anche le legislazioni speciali, tra cui la disciplina della negoziazione assistita, quella relativa alle unioni civili e il codice di rito, imponendosi un coordinamento tra le stesse e una sistematizzazione di tutta la materia attinente alla crisi coniugale⁶¹.

VI. SGUARDO ALL'ESPERIENZA GIURIDICA STRANIERA.

I. Stati Uniti.

Gli Stati Uniti costituiscono il Paese pioniere del riconoscimento della vincolatività dei preuptial agreements e rappresentano un fulgido esempio di sistema in cui tali accordi, inizialmente bocciati dalle corti, hanno acquisito piena validità quale strumento per la regolazione convenzionale delle conseguenze economiche del divorzio⁶², sia sotto il profilo delle prestazioni eventualmente

60 LAS CASAS, A.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 419.

61 AMAGLIANI, R.: "Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del Codice civile", *I Contratti*, 2019, 6, p. 601.

62 BIX, B.: "Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage", *William and Mary Law Review*, 1998, p. 150 ss.

dovute in funzione di mantenimento, sia sotto il profilo della distribuzione tra i coniugi dei beni qualificabili come facenti parte del patrimonio comune. Con specifico riferimento a questi ultimi, nel caso in cui si viva in uno dei community property states (California, Arizona, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Texas, Washington), in assenza di un diverso accordo tra i coniugi, la legge dispone che i beni accumulati durante il matrimonio e caduti in comunione vengano divisi in parti uguali, al contrario, negli equitable distribution states il patrimonio viene distribuito con ampio margine di discrezionalità da parte delle corti in base ad alcuni parametri a noi familiari: la capacità di reddito, il contributo dato dai singoli coniugi alla formazione del patrimonio comune e di ciascuno, età, salute e durata del matrimonio. Conseguentemente, stipulare un accordo in vista del futuro divorzio significa evitare che terze parti decidano sulla distribuzione del patrimonio comune e, dunque, evitare, nel primo caso, che i beni accumulati durante il matrimonio siano automaticamente attribuiti all'altro e, nel secondo caso, ripararsi da incertezze nella divisione del patrimonio⁶³. Evidentemente, i patti in vista del futuro divorzio non possono essere analizzati come fenomeno uniforme nel contesto degli Stati Uniti, dovendosi tenere in debito conto il contesto normativo su cui gli stessi vanno ad incidere e, in certa misura, derogare e che, sotto il profilo della disciplina, ogni ordinamento ha le sue regole specifiche.

In realtà, negli ultimi decenni è iniziato un processo di uniformazione della disciplina della materia in esame, concretizzatosi nell'Uniform Premarital Agreement Act (UPAA) del 1983 e nei Principles of the Law of Family Dissolution ad opera dell'American Law Institute nel 2002. Si tratta di due atti che contengono regole e principi che perseguono lo scopo di uniformare le legislazioni dei vari Stati.

L'UPAA individua una serie di regole volte ad assicurare un controllo sia procedurale che sostanziale nella stipula delle intese in oggetto. In particolare, i principali concetti su cui ruota il documento che si esamina sono quello di fair e reasonable disclosure, inteso quale dichiarazione fedele sulla propria situazione patrimoniale, e quello di iniquità, da valutarsi sia con riferimento al momento della stipula che con riferimento a quello della sua esecuzione, il quale costituisce il principale limite alla vincolatività degli accordi prematrimoniali⁶⁴. In particolare, l'originario squilibrio sostanziale dell'accordo rileva e legittima la parte a chiedere che venga dichiarato unenforceable solo se accompagnato da un difetto della volontà o informazione.

Per quanto concerne, invece, l'iniquità delle disposizioni dell'accordo derivante da circostanze sopravvenute rispetto al momento della conclusione dello stesso,

63 MUREDEN, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano", *Famiglia e Diritto*, 2005, 5, p. 543 e ss.

64 DOSI, G.: *Il diritto*, cit., p.63.

si prevede che il giudice possa ordinare prestazioni di carattere patrimoniale, non previste dall'accordo, solo qualora il coniuge debole si trovi in condizioni di difficoltà tali da legittimare l'accesso ai programmi di assistenza pubblica⁶⁵. Anche l'ordinamento americano, dunque, accoglie il principio della permanenza del dovere di solidarietà coniugale nonostante la rottura del vincolo, indipendentemente dal tenore delle pattuizioni.

L'UPAA predispose un sistema di cautele minime che poi sono state rinforzate in sede di adozione dai singoli stati, sia attraverso un'interpretazione più rigorosa delle regole del documento in esame, sia mediante l'adozione di leggi statali. Alcune legislazioni richiedono ai coniugi l'assistenza di un legale competente in materia durante la stipula e la necessità di un adeguato lasso di tempo utile alla riflessione tra il momento in cui l'accordo viene proposto per la prima volta e quello in cui viene concluso. In altre legislazioni, invece, lo squilibrio sostanziale è sufficiente a invalidare il patto, senza necessità che si dimostri l'esistenza di un vizio procedurale, essendo lo squilibrio dell'assetto convenzionale idoneo a far presumere l'assenza di una piena informazione precontrattuale.

Nella prassi si ammette anche un sindacato delle corti quando l'accordo, originariamente equo, sia divenuto squilibrato al momento del divorzio a causa di circostanze sopravvenute. In particolare, si fa riferimento all'ipotesi in cui l'attuazione del rapporto matrimoniale abbia accresciuto le disparità economiche tra il coniuge che si sia dedicato maggiormente all'attività lavorativa, incrementando la propria capacità reddituale, e quello che abbia assunto su di sé la cura delle incombenze familiari⁶⁶.

2. Inghilterra.

Più travagliata e ancora in fase di sviluppo appare la situazione del Regno Unito in materia di accordi in vista del futuro divorzio. Le corti inglesi hanno adottato un atteggiamento più diffidente rispetto alla vincolatività di queste intese, sia per il carattere statalista dell'ordinamento anglosassone che ambisce ad attribuire alla giurisdizione nazionale la competenza esclusiva a decidere in merito alle questioni più rilevanti, tra cui quelle relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi, sia per l'assenza di una normativa che regoli specificatamente l'attribuzione della proprietà in costanza di matrimonio. A ciò si aggiunga anche la considerazione dei vasti poteri che sono attribuiti al giudice in sede di definizione dei rapporti patrimoniali tra coniugi sia nel caso di nullità del matrimonio che in caso di divorzio⁶⁷.

65 LAS CASAS, A.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 425 ss.

66 KATZ, S.N.: "Family Law in America", Oxford University Press, 2015, p. 25 ss.

67 DOSI, G.: *Il diritto*, cit., p. 66.

Per tali ragioni, prima dell'inversione di marcia recentemente tracciata, eventuali accordi stipulati dai coniugi con funzione di regolazione delle conseguenze economiche di un eventuale divorzio avrebbero potuto tutt'al più costituire un elemento di cui il giudice avrebbe potuto tenere conto nell'esercizio della propria discrezionalità, senza tuttavia esserne vincolato. Per lungo tempo gli ampi poteri attribuiti al giudice in occasione del divorzio sono stati motivati dall'esigenza di garantire al coniuge più debole il necessario per provvedere ai propri bisogni, attraverso l'attribuzione di beni o di prestazioni pecuniarie a carico del coniuge più ricco.

È stato con il noto caso *Radmacher v. Granatino* che si è segnata l'inversione di marcia, nel solco di un maggior favore per l'autonomia privata nel settore familiare. In particolare, in tale occasione la Corte ha per la prima volta riconosciuto la possibile validità del patto in previsione della rottura familiare e la sua attitudine ad escludere o quantomeno limitare la discrezionalità del giudice. La Corte suprema ha attribuito all'accordo in oggetto una tendenziale efficacia, riservando al giudice la funzione di verificare la piena informazione e libertà delle parti nella sua stipulazione e il potere di sindacarne il contenuto, dal punto di vista dell'equità, in particolare alla luce delle circostanze sopravvenute durante lo svolgimento del rapporto matrimoniale⁶⁸. La soluzione proposta dalla Corte ha indotto la Law Commission nel 2014 a redigere una relazione concernente le questioni relative alla matrimonial property, includendo anche una proposta legislativa in materia di pre-nuptial agreements, volta ad attribuirgli efficacia vincolante, purché vengano rispettate alcune condizioni di carattere procedurale e sostanziale.

3. Germania.

Un atteggiamento favorevole alla ammissibilità delle intese preventive è riscontrabile anche nei sistemi di civil law. Il caso più rilevante è rappresentato dalla Germania, ove dottrina e giurisprudenza pacificamente riconoscono la vincolatività di detti accordi stipulati mediante atti notarili con cui i coniugi predeterminano l'ammontare dell'assegno divorzile, vi rinunciano o escludono possibilità di revisioni. Nonostante nell'esperienza tedesca l'autonomia privata si estenda anche alla regolazione delle conseguenze del fallimento dell'unione coniugale, ciò non toglie la necessità di cautele e controlli, anche sulla giustizia sostanziale dell'accordo, al fine di evitare che il coniuge, privato dei mezzi di sussistenza, sia costretto a fare ricorso all'assistenza sociale.

4. Catalogna.

Riveste particolare interesse l'analisi di esperienze culturalmente e geograficamente più vicine alla nostra, come quella del Còdigo civil de Catalunya

⁶⁸ LAS CASAS, A.: "Accordi prematrimoniali", cit., p. 429 ss.

che contiene una disciplina ad hoc sui patti in previsione della crisi familiare. In particolare, si prevede che i patti in esame possano essere stipulati dopo la celebrazione del matrimonio o prima dello stesso, in tal caso si richiede che tra la conclusione dell'accordo e il matrimonio intercorra un lasso di tempo pari almeno a trenta giorni. Questo requisito procedurale consente di evitare che il consenso dei coniugi sia frutto di una decisione affrettata o poco meditata, garantendo una manifestazione di volontà libera e consapevole. D'altra parte, si prevede che l'accordo perda di efficacia qualora il matrimonio non venga celebrato entro un anno dalla conclusione dell'accordo, assicurando in tal modo l'attualità delle scelte. La disciplina catalana impone, altresì, per la validità di tali accordi la forma notarile, la quale assolve a una pluralità di funzioni. Non solo il notaio garantisce la capacità naturale delle parti al momento della conclusione, ma assume un ruolo determinante sotto il profilo della necessaria informazione alle parti circa l'efficacia e la portata del patto. Infine, il notaio avrebbe la funzione di avvertire le parti circa gli obblighi informativi che sugli stessi gravano in ordine alla consistenza del loro patrimonio, dei propri redditi e delle proprie aspettative economiche future. In questo senso il patto potrebbe fornire anche l'adeguata prova che tale obbligo è stato adempiuto qualora la parte fornisca all'altra queste informazioni per iscritto che vengono allegate al patto. Nell'ipotesi in cui queste informazioni fossero erranee o incomplete, l'intesa sarebbe affetta da una inefficacia relativa che potrebbe essere fatta valere esclusivamente dalla parte il cui diritto a una full disclosure sia leso.

La disciplina in esame pone, infine, l'accento sulla necessaria chiarezza, esigendo che venga definito con precisione e semplicità il contenuto dei diritti che si intendono limitare e a cui le parti intendono rinunciare, escludendo la possibilità di effettuare rinvii generici e sommari alla disciplina codicistica. In ogni caso, l'accordo che riguardi l'assegno di mantenimento e l'assegnazione della casa familiare è valido a patto che non privi il coniuge rinunciante dei mezzi di sussistenza. Si evidenzia, dunque, che una attenuazione del principio di solidarietà coniugale per effetto dell'introduzione di una disciplina ad hoc sui patti in vista del divorzio, non si può tradurre in una assoluta compressione dello stesso a danno del coniuge più debole⁶⁹.

VII. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Dalle considerazioni fin qui svolte si ricava l'inconsistenza e l'inadeguatezza delle argomentazioni impiegate da dottrina e giurisprudenza per negare validità ed efficacia agli accordi in vista della futura crisi coniugale. Il diritto di famiglia, quale settore del diritto privato, dialoga con l'art. 1322 c.c. che autorizza, nei limiti della

⁶⁹ BARBA, V.: "Patti in previsione", cit., p. 451.

meritevolezza degli interessi tutelati, contratti atipici e varianti atipiche a contratti tipici.

La tesi negativa sostenuta strenuamente dalla giurisprudenza di legittimità, anche in pronunce recenti⁷⁰, appare distonica rispetto all'evoluzione che attraversa il moderno diritto di famiglia, divenuto terreno fertile per l'esplicazione dell'autonomia negoziale. Appare, inoltre, difficoltoso il distinguo operato dalla Corte di Cassazione tra accordi che hanno come causa genetica il divorzio, quindi nulli, e accordi, al contrario ammissibili, in cui la cessazione del vincolo è degradata ad evento condizionale della prestazione. Difatti, se la ratio del divieto di accordi prematrimoniali è evitare un condizionamento delle scelte personali che devono rimanere libere, anche quest'ultima tipologia di pattuizioni potrebbe determinare, o quantomeno orientare, il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Di certo, l'esplicazione dell'autonomia negoziale non potrà essere incontrollata e priva di limiti in un settore come quello familiare in cui non è coinvolta solo la sfera patrimoniale dei coniugi. Tuttavia, il timore di un impiego scorretto dello strumento contrattuale non si può tradurre in una aprioristica inammissibilità di pattuizioni che, nel rispetto di determinate condizioni, possono condurre a una soluzione della crisi difficilmente raggiungibile in sede contenziosa. In un settore così delicato, in cui l'interesse privato non può essere considerato in una prospettiva individualistica e, comunque, auspicabile l'intervento del legislatore attraverso una disciplina ad hoc. Quest'ultima dovrà tenere presente uno statuto primario di contribuzione post-coniugale non derogabile dalle parti, il cui fondamento è rinvenibile nell'art. 5 della legge sul divorzio e nell'art. 2 della Costituzione. Pertanto, risulta irrinunciabile e, dunque, indisponibile, in assenza dei mezzi adeguati, il diritto alla corresponsione da parte del coniuge più forte di un contributo di carattere assistenziale. Al di fuori di questo dovere minimo di contribuzione le scelte concernenti le condizioni del futuro ed eventuale divorzio dovrebbero essere pienamente trasferibili in un accordo vincolante, sottoposto, al pari di ogni contratto, al generale principio del *rebus sic stantibus*. In base ad esso, affinché il patto possa essere dichiarato inefficace non è sufficiente che intervenga un fatto straordinario ed imprevedibile, ma anche che in ragione di esso l'esecuzione dell'accordo provochi un grave pregiudizio ad uno dei due coniugi.

La soluzione sposata dalla giurisprudenza risulta poi in controtendenza rispetto alle differenti posizioni assunte nei diversi ordinamenti in cui l'autonomia negoziale, corredata da adeguati controlli, riesce a spiegarsi verso orizzonti non considerati da fonti eteronome.

⁷⁰ Cass. Civ., 26 aprile 2021, n. 11012; Cass. Civ., ord., 13 aprile 2022, n. 11923.

BIBLIOGRAFIA.

AMIGLIANI, R.: "Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del Codice civile", *I Contratti*, 2019, 6, p. 601.

ANGELONI, F.: *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1997, p. 332 ss.;

ANGELONI, F.: *Rinunzie, transazione e arbitrato nei rapporti familiari*, Cedam, Padova, 1999, p. 1090 ss.

BARBA, V.: "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2020, p. 413.

BIX, B.: "Bargaining in the shadow of love: the enforcement of premarital agreements and how we think about marriage", *William and Mary Law Review*, 1998, p. 150 ss.

CARBONE, V.: "L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità", nota a Cass., Civ., 4 giugno 1992, n. 6857, *Corriere Giuridico*, 1992, p. 866;

CARBONE, V.: "Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)", nota a Cass., Civ., 22 gennaio 1994, n. 657, *Famiglia e diritto*, 1994, 148 ss.

CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914.

COMPORI, M.: "Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio", *Foro.it.*, 1995, 5, p. 115.

BUSANI, A.: *I contratti nella famiglia*, Cedam, Padova, 2020, p. 294 ss.

DE FILIPPIS, B.: *Convenzioni matrimoniali e contratti di convivenza*, Biblioteca del diritto di famiglia, Cedam, Padova, 2014, p. 15.

DE PAOLA, V.: *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 191 ss.

DORIA, G.: *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 178, nota 230.

DOSI, G.: *Il diritto contrattuale della famiglia*, Giappichelli Editore, Torino, 2016, p. 36.

FINOCCHIARO, M.: "Sull'assetto dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Una rivoluzione annunciata solo dalla stampa", Nota a Cass. Civ., 14 giugno 2000, n. 8109, *Guida al diritto*, n. 24, 2000, p. 43.

FUSARO, A.: "La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?", *Famiglia e Diritto*, 2018, 11, p. 1031.

JEMOLO, A. C.: "Il matrimonio", in AA. VV.: *Trattato di Diritto Civile* (a cura di F. VASSALLI), Utet, Torino, 1950, p. 54.

KATS, S.N.: "Family Law in America", *Oxford University Press*, 2015, p. 25 ss.

LAS CASAS, A.: "Accordi prematrimoniali in vista del divorzio: le prospettive italiane di riforma e le questioni dal punto di vista del diritto comparato", *Politica del diritto*, 2020, 3, p. 432.

MACARIO, F.: "Commento all'art. 10", in AA. VV.: *Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio* (a cura di N. LIPARI), Cedam, Padova, 1988.

MAGAGNA, M.: *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici. Per l'autonomia privata nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, Cedam, Padova, 2002.

MORELLI, M. R.: *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova, 1996, p. 61.

MUREDEN, E.: "I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano", *Famiglia e Diritto*, 2005, 5, p. 543 e ss.

OBERTO, G.: "Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica", nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, *Foro.it*, 1999, I, c. 1306.

OBERTO, G.: "I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali", *Dir. fam. Pers.*, 2003, p. 535 ss.

OBERTO, G.: "Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale (prima parte)", *Famiglia e Diritto*, 2003, 4, p. 389.

OBERTO, G.: "Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative", www.giacomooberto.com/bologna2011/relazione_oberto_bologna_8_aprile_2011.htm.

OBERTO, G.: "Accordi preventivi di divorzio: la prima picconata è del Tribunale di Torino", nota a Tribunale di Torino, Sez. VII, Ord., 20 aprile 2012, *Famiglia e Diritto*, 2012, 8-9, p. 803.

OBERTO, G.: "Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniuga", *Famiglia e Diritto*, 2012, I, p. 69.

RIMINI, C.: "Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio", *Famiglia e Diritto*, 2018, II, p. 1041.

RIMINI, C.: "I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità", Nota a Cass. Civ., Ord., 26 agosto 2021, n. 11012, *Famiglia e Diritto*, 2021, 10, p. 885.

ROMANO, M., SGROI, M.: "Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti", in AA.VV.: *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica* (a cura di G. OBERTO), Cedam, Padova, 2011, p. 26.

ROMANO, M., SGROI M.: "Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale", in AA. VV.: *La famiglia in crisi* (a cura di G. CASSANO, G. OBERTO), Cedam, Padova, 2016, p. 191 ss.

RUGGIERO, D. G.: *Gli accordi prematrimoniali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 163.

SALANITRO, U.: "Accordi prematrimoniali e sopravvenienze", *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, 3, p. 645.

SANTORO-PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.,

SCHLESINGER, P.: "L'autonomia privata e i suoi limiti", *Giurisprudenza Italiana*, 1999, I, p. 1003.

SESTA, M.: *Lezioni di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 1997, p. 150;

TALAMANCA, M.: *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 148.

ZOPPINI, A.: "Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi", Nota a Cass. Civ., 23 dicembre 1988, n. 7044, *Giurisprudenza italiana*, 1990, 8-9, p. 1126.

ZOPPINI, A.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo", *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 2 ss.