Giacomo OBERTO

GIUBILEO D'ARGENTO PER I PATTI PREMATRIMONIALI. VENTICINQUE ANNI DI OSCILLAZIONI SUL TEMA DEGLI ACCORDI PREVENTIVI IN MATERIA DI CRISI CONIUGALE

Torino - 2025

Immagine di copertina:

Le contrat de mariage interrompu
(Michel GARNIER, St. Cloud, 21 gennaio 1753 – Versailles, 22 dicembre 1829)
Musée Carnavalet – Paris

[https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Michel_Garnier_-_Le_Contrat_de_mariage_interrompu_-_P1970_-_Mus%C3%A9e_Carnavalet.jpg]

SOMMARIO

SEZ. I

INTRODUZIONE. CRONISTORIA RAGIONATA DELLE OSCILLAZIONI GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI SUL TEMA DEGLI ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI CONIUGALE

1. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Impostazione del problema. Alcuni dei molti spunti che si possono trarre dalla comparazione. – 2. La tradizionale posizione negativa della giurisprudenza italiana (e di parte della dottrina). – 3. Timide e contraddittorie aperture della giurisprudenza, a partire dal 2000, sino alle soglie della decisione del 2025. – 4. Fatto e diritto in Cass., n. 20415/2025.

SEZ. II

LA TIPICITÀ DEI CONTRATTI DELLA CRISI CONIUGALE E FAMILIARE

5. Perché l'accordo di cui a Cass., n. 20415/2025 *non* è un contratto atipico. I contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare. – 6. Fondamento normativo del carattere tipico dei contratti della crisi coniugale e familiare. – 7. L'accoglimento della tesi proposta dallo scrivente, sui contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare, in dottrina e giurisprudenza. Tipicità e «negoziazione globale».

SEZ. III

LA VALIDITÀ DEGLI ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI CONIUGALE, ANCHE ALLA LUCE DELLA PIENA DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI IN GIOCO

8. La piena e incondizionata validità delle intese preventive sulla crisi coniugale. Inconferenza del richiamo all'art. 160 c.c. – 9. La piena disponibilità, anche non in via preventiva, in qualunque momento e sede, delle prestazioni postmatrimoniali. Inconferenza dell'argomento pretesamente fondato sulla valutazione d'equità delle attribuzioni *una tantum*. – 10. Danni causati dalla confusione concettuale tra mantenimento, alimenti, funzione assistenziale e funzione alimentare. – 11. Ammissioni implicite, da parte di dottrina e giurisprudenza, circa la validità delle rinunzie agli assegni postmatrimoniali. In particolare, la non rivedibilità (*rebus sic stantibus*) delle rinunzie agli assegni e il rilievo attribuito alla dichiarazione di autosufficienza. – 12. Isolate, ma esplicite, aperture giurisprudenziali sul tema della disponibilità sostanziale degli assegni di separazione e divorzio. – 13. Suggello della tesi della piena disponibilità delle prestazioni postmatrimoniali (e addirittura dello stesso vincolo coniugale) da parte delle più recenti riforme. – 14. Inconsistenza delle obiezioni basate sulla tesi del (preteso) «mercimonio dello *status*», nonché dell'(asserita) irrilevanza della sopravvenienza. – 15. Validità delle clausole «premiali». – 16. Conferme dal diritto romano (e comune) circa la validità delle clausole «premiali». Ulteriori conferme sull'assoluta irrilevanza degli stimoli «premiali» all'effettuazione di un mutamento di *status*. – 17. Perfetta liceità della rinunzia a diritti futuri.

SEZ. IV

DIALOGHI, SPUNTI E INTERAZIONI TRA ACCORDI PREVENTIVI IN OGNI STABILE RAPPORTO AFFETTIVO (CONIUGALE, DA UNIONE CIVILE, DA CONVIVENZA DI FATTO)

18. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Ricognizione di possibili punti di contatto, anche alla luce della L. n. 76 del 2016. – 19. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Clausole sulla sorte delle attribuzioni patrimoniali «a senso unico». – 20. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Clausole sull'esercizio della responsabilità genitoriale e su possibili interazioni con una successiva convivenza. – 21. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. La *Zugewinngemeinschaft* in salsa tricolore. Impostazione del problema. – 22. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. La *Zugewinngemeinschaft* in salsa tricolore. Come concretamente realizzare un regime convenzionale di compartecipazione degli incrementi patrimoniali per coniugi (e conviventi). – 23. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. *Clause alsacienne… à l'italienne*. – 24. Conclusioni.

«Repudium vero iam et votum est, quasi matrimonii fructus»
(«Il ripudio ormai è diventato un voto [un impegno da assumere quando ci si sposa], quasi fosse il frutto del matrimonio»)
TERTULLIANO, *Apologeticum*, Cap. VI, § 6.

SEZ. I
INTRODUZIONE.
CRONISTORIA RAGIONATA DELLE OSCILLAZIONI GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI SUL TEMA DEGLI ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI CONIUGALE

1. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Impostazione del problema. Alcuni dei molti spunti che si possono trarre dalla comparazione

Celebriamo, in quest'anno giubilare religioso 2025, anche un particolare tipo di ricorrenza laica, tutta giusfamiliare. È infatti trascorso esattamente un quarto di secolo dalla prima decisione con cui la Suprema Corte diede inizio, pur se con estrema circospezione, ad un nuovo indirizzo in materia di accordi preventivi sulla crisi coniugale, in contraddizione con il tradizionale orientamento, in senso assolutamente negativo. Una posizione che vide i suoi primi albori nel 2000, destinata a maturare solo molto in là nel tempo, pur senza sfociare (quanto meno, sin qui) in quello che potrebbe dirsi un vero e proprio *revirement*. Una sorta di «torrentello carsico», se ci si passa l'espressione, che di tanto in tanto riaffiora allorquando la Cassazione viene posta di fronte a determinati casi-limite che squadernano l'assurdità, antistoricità e vera e propria «immoralità» ([1]) della sua tradizionale giurisprudenza sugli accordi prematrimoniali e, in più in generale, sulle intese preventive in vista della crisi coniugale.

Così, dalle parti di Piazza Cavour, si continuano ad emettere, per così dire, «a corrente alternata» e a più o meno regolari intervalli di tempo, decisioni in parziale contrasto con siffatto orientamento maggioritario. Orientamento (quello che nega, appunto, in linea di principio, la validità di tali accordi), che, lungi dall'essere apertamente rinnegato, viene ribadito, tentandosi invece di dimostrare che – guarda caso – proprio il patto del singolo caso di specie, a ben vedere, differisce da quelli falciati senza troppi complimenti dalla consolidata opinione dominante. I supremi giudici finiscono, in tal modo, con l'esercitare in modo assai curioso il loro magistero: una funzione nomofilattica che, usando le parole del Manzoni, «tra tema e desire s'avanza e ristà».

Il vero motivo di simili tentennamenti risiede, a ben vedere, nella circostanza che, ad oggi, la Cassazione ha accuratamente evitato, nelle decisioni «ribelli» (compresa quella con cui tali «nozze d'argento» tra patti preventivi sulla crisi coniugale e giurisprudenza «innovativa» di legittimità sono state in qualche modo solennemente festeggiate, per l'appunto, nel 2025) di affrontare il nocciolo della questione, costituito dalla tesi del «commercio dello *status*». Quella tesi, cioè, assai singolare, secondo cui prevedere anzitempo le conseguenze patrimoniali di una possibile separazione o di un possibile divorzio potrebbe esercitare un'influenza – giuridicamente, e non solo di fatto, rilevante – sulla libera determinazione delle parti di separarsi o di divorziare, con conseguente violazione di principi d'ordine pubblico. Un po' come se la stipula di una convenzione prematrimoniale di comunione universale dei beni tra una ricca ereditiera e un pretendente non tanto attratto dalla personalità della fidanzata, quanto dal suo

([1]) Il riferimento è al carattere «diseducativo» della prevalente giurisprudenza in oggetto, come illustrato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale quali negozi dissimulati: ovvero degli effetti perversi di una giurisprudenza diseducativa*, nota a Cass., 24 novembre 2023, n. 32724, in *Pactum*, 2024, 199 ss., spec. 214. Una funzione, quella di cui al testo, certo non commendevole, svolta da una giurisprudenza che, come già posto in evidenza dallo scrivente (nelle opere più sotto citate), garantendo un postumo ricorso alla comoda tesi della nullità, finisce non infrequentemente col tutelare la parte «forte» del rapporto; in quest'ultimo senso si v. anche BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001, 303 ss. e ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, 222, il quale soggiunge che «ciò è particolarmente evidente con riguardo agli accordi conclusi in sede di separazione e di divorzio, atteso che consente alla parte obbligata di sciogliersi dagli impegni che ritiene non più economicamente convenienti».

conto in banca, potesse essere dichiarata nulla per il solo fatto di essere ispirata, usando una felice espressione di Plauto, dalla prospettiva di una *maxima dos* («una dote che non finisce più») ([2]).

Poiché in questo quarto di secolo la dottrina, come si illustrerà nel presente contributo, non è stata certo da meno nel prospettare ostacoli e agitare spettri inesistenti, va ammesso che lo stato attuale della questione rende anche assai difficile vaticinare, oggi come oggi, se l'«ordinanza del venticinquennale» (come potremmo definire la decisione emessa nel 2025 e che si commenterà più avanti) ([3]), consentirà al «torrentello carsico» di cui sopra di trasformarsi, come pure sarebbe auspicabile, in un inarrestabile fiume in piena.

Ma procediamo con ordine.

Sin troppo note sono le linee di quel pensiero dominante nella giurisprudenza (e comunque presente, sebbene in modo meno vigoroso, pure in una parte non trascurabile della dottrina), sull'asserita invalidità dei patti prematrimoniali e, in generale, delle intese preventive sulla crisi coniugale. Tesi, questa, che lo scrivente, nel corso di svariati decenni, ha (inutilmente) tentato di contrastare. Per non tediare il paziente lettore potranno qui solo ribadirsi alcuni punti fermi al fine di inquadrare il problema.

Va subito detto che il pieno riconoscimento della possibilità per nubenti e coniugi di stipulare accordi preventivi in vista di un'eventuale crisi coniugale trova conforto, oltre che – come si ricorderà a suo tempo – nella constatazione dell'assenza di ostacoli (e, di conseguenza, nella assoluta pretestuosità degli argomenti addotti al riguardo) in seno alla legislazione italiana vigente, anche in alcune riflessioni di carattere storico, sociologico e comparatistico, di cui si è ampiamente trattato in altre sedi, ed alle quali si fa pertanto rinvio ([4]).

([2]) PLAUTO, *Aulularia*, II, i, 155.

([3]) V. *infra*, parr. 4 ss.

([4]) Per gli approfondimenti sotto il profilo storico e comparato cfr. OBERTO, *Contractual Solutions to Family Problems*, Torino, 2025, 36 ss. (§§ 4-9), disponibile alla seguente pagina *web*: https://www.giacomooberto.com/OBERTO_Contractual_Solutions_to_Family_Problems.pdf ; v. inoltre ID., *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 493 ss.; ID., *Gli accordi sulle conseguenze patrimoniali della crisi coniugale e dello scioglimento del matrimonio nella prospettiva storica*, nota a Cass., 20 marzo 1998, n. 2955, in *Foro it*., 1999, I, 1306 ss.; ID., *«Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, in *Riv. dir. civ*., 1999, II, 171 ss.; ID., *I precedenti storici del principio di libertà contrattuale nelle convenzioni matrimoniali*, in *Dir. fam. pers.*, 2003, 535 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, in AA. VV., *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, VI, Milano, 2022, 274 ss. Cfr. poi anche, in generale sui patti prematrimoniali o, comunque, sugli accordi in vista della crisi coniugale, COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro it*., 1995, I, 110 ss.; G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, in *Riv. dir. civ*., 1996, I, 695 ss.; RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in (*Riv. dir. civ*., 1998, I, 113 ss., ed ora in) ID., *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia italiano*, Torino, 2000, 1 ss.; ANGELONI, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio:* distinguishing *o* perspective overruling*?*, in *Contr. e impr.*, 2000, 1136 ss.; BALESTRA, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Corr. giur*., 2000, 1023 ss.; ID., *Autonomia negoziale e crisi coniugale: gli accordi in vista della separazione*, in AA.VV., *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, a cura di Ruscello, Padova, 2006, 77 ss.; BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 303 ss.; EAD., *Limiti all'autonomia privata nella crisi coniugale (a proposito di una recente pronuncia della Corte Costituzionale tedesca)*, in *Riv. dir. civ*., 2003, II, 57 ss.; DI GREGORIO, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*, in *Notariato*, 2001, 17 ss.; DELLACASA, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione*, in *Contratti*, 2001, 46; FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, in *Familia*, 2001, 245; EAD., *Il matrimonio*, 2ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2015, 117 ss.; PALMERI, *Il contenuto atipico dei negozi familiari*, Milano, 2001, 116 ss.; PAZZAGLIA, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita not*., 2001, 1017; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., 227 ss.; AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 1014 ss.; ID., *I* prenuptial agreements *negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. e dir*., 2005, 543 ss.; BUSACCA, *Autonomia privata dei coniugi ed accordi in vista del divorzio*, in *Diritto & Formazione*, 2002, 57 ss.; CATANOSSI, *Accordi in vista del divorzio e «ottica di genere». Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, in

Riv. crit. dir. priv., 2002, 169 ss.; GEURTS, *Accordi coniugali in vista di divorzio e tutela del* partner *debole*, nota a *BVerfG*, 6 giugno 2001, n. 243, in *Familia*, 2002, II, 203 ss.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 285 ss.; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2003, 45 ss.; MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2003, 795 ss.; COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, in AA. VV., *Lo scioglimento del matrimonio*, a cura di Bonilini e Tommaseo, in *Il codice civile.* Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, 2ª ed., Milano, 2004, 643 ss.; EAD., *Le rinunzie preventive all'assegno postmatrimoniale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2005, 54 ss.; EAD., *Gli accordi in vista del divorzio*, in AA. VV., *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Bonilini, II, *La separazione personale tra coniugi. Il divorzio*, 2ª ed., Milano, 2022, 841 ss.; RESCIGNO, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, 437 ss.; LAZZARA, *Profili di rilevanza dell'autonomia privata nell'ambito dei rapporti familiari*, in AA. VV., *I mobili confini dell'autonomia privata*, a cura di Paradiso, Milano, 2005, 108 ss.; ID., *Domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio: verso l'ammissibilità degli accordi di gestione della crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2024, 63 ss.; QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Familia*, 2005, 6 ss.; RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005; TARDIA e BRIGNONE, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, in *Rass. dir. civ*., 2008, 1 ss.; CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, Milano, 2011; TORRE, *Transazione in vista di divorzio*, nota a Trib. Varese, 29 marzo 2010, in *Fam. e dir*., 2011, 919 ss.; TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I/2, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2ª ed. Milano, 2011, 1678 ss.; FUSARO, *Marital contracts,* Ehevertrag*, convenzioni e accordi prematrimoniali*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, II, 475 ss.; ID., *La circolazione dei modelli giuridici nell'ambito dei patti in vista della crisi del matrimonio*, in AA. VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di Landini e Palazzo, Milano, 2018, 7 ss.; ID., *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e dir*., 2018, 1031 ss.; ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi* a latere *e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e dir*., 2013, 94 ss.; CARICATO, *Gli accordi in vista della crisi*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IV, II, *Il diritto di famiglia. La crisi familiare*, a cura di Auletta, Torino, 2013, p. 417 ss.; FIGONE, *Ancora in tema di patti prematrimoniali*, in *Fam. e dir*., 2013, 843 ss.; GRAZZINI, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale fra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2013, I, 445 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, voce *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 86 ss.; OLIVIERO, *Accordi prematrimoniali*, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713 in *Studium iuris*, 2013, I, 586 ss., e II, 726 ss.; SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corr. giur*., 2013, 1563 ss.; SMANIOTTO, *Contratti prematrimoniali e tutela di interessi meritevoli e non contrari all'ordine pubblico e al buon costume*, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Contratti*, 2013, 223 ss.; MARGELLI, *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Cassazione*, in *Rass. dir. civ*., 2014, 893 ss.; MORETTI, *Gli accordi in vista della crisi coniugale tra proposte normative e prassi giurisprudenziali*, in *Giustiziacivile.com*, 2014; TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale:* from status to contract?, nota a Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, I, 96 ss.; BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano, 2015, 4 ss.; PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 576 ss., 587 ss.; TARDIA, *Gli «accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole*, in *Rass. dir. civ*., 2015, 261 ss.; DOSI, *Il diritto contrattuale della famiglia. Le funzioni di consulenza e negoziazione dell'avvocato*, Torino, 2016; ROMANO e SGROI, *Gli accordi, economici ed esistenziali, preventivi della crisi coniugale*, in AA. VV., *La famiglia in crisi*, a cura di Cassano e Oberto, Padova, 2016, 174 ss.; AVAGLIANO, *Famiglia e accordi per la crisi, tra matrimoni, unioni civili e convivenza*, in *Riv. not*., 2017, I, 251 ss.; NOBILE DE SANTIS, *Accordi prematrimoniali e regolazione degli arricchimenti nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, 879 ss.; MONTINARO, *Marital Contracts and Private Ordering of Marriage from the Italian Family Law Perspective*, in *The Italian Law Journal*, 2017, 75 ss.; GORGONI, *Accordi in funzione del divorzio tra autonomia e limiti*, in *Persona e mercato*, 2018, 236 ss.; T.V. RUSSO, *I contratti prematrimoniali*, in AA. VV., *Nuove sfide del diritto di famiglia. Il ruolo dell'interprete (Atti del Convegno del 7-8 aprile 2017 - Corte d'Appello di Lecce)*, a cura Dell'Anna Misurale e Viterbo, Napoli, 2018, 193 ss.; BARBA, *Patti matrimoniali in previsione della crisi familiare*, in AA. VV., *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di Salanitro, Pisa, 2020, 211 ss.; BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, Milano, 2020, 291 ss.; SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, 645 ss.; GIAIMO, *Riflessioni sparse, in chiave comparatista, sugli accordi prematrimoniali*, in *Riv. dir. fam*., 2021, II, 261 ss.; PULVIRENTI, *Patti prematrimoniali e trust – I parte*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2021, 140 ss.; ID., *Patti prematrimoniali e trust – II parte*, *ibidem*, 235 ss.; C. IRTI, *Sulla nullità degli accordi conclusi dai coniugi separati in vista del divorzio*, nota a Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *Giur. it*., 2022, 593 ss.; MINEO, *Gli accordi preventivi della crisi coniugale: evoluzioni giurisprudenziali*

Basti qui ricordare, tra gli infiniti richiami possibili, che la panoramica comparata dimostra come anche da noi possano essere invocate, oltre ad una costante e solida tradizione nel diritto romano e nel diritto comune italiano ed europeo ([5]), le ragioni che si pongono alla base dell'evoluzione che ha caratterizzato, per esempio, il pensiero giuridico negli U.S.A. Così, è senz'altro vero che simili accordi non sono contrari all'ordine pubblico, né tanto meno al buon costume, perché essi non appaiono certo in grado di minare il matrimonio più di quanto questo istituto non sia già di per sé «compromesso». Il vero «attentato» all'istituto matrimoniale (*rectius*: alla concezione che di esso ha imperato per secoli) è stato portato dall'introduzione (*rectius*: reintroduzione, se si considera la lunga tradizione del diritto romano) del principio della sua dissolubilità ([6]), rispetto al quale la mera previsione delle conseguenze economiche della cessazione del vincolo si pone alla stregua di un semplice corollario.

Chiara evidenza, questa, di cui lucidamente e «laicamente» ha preso atto, ad es., il legislatore austriaco, nel proclamare che un contratto preventivo tra coniugi sull'assegno divorzile non può essere dichiarato nullo sol perché agevolerebbe o renderebbe possibile il divorzio ([7]).

Per quanto attiene, poi, alla tutela del «coniuge debole», vale anche da questa parte dell'Atlantico e della Manica la considerazione secondo cui al giorno d'oggi questa protezione, necessaria in assenza di accordi da parte degli interessati, non può comunque estrinsecarsi contro la volontà di costoro, nei riguardi di soggetti non colpiti da alcuna forma di incapacità, a mezzo interventi di tipo tutorio o comunque espressivi di una concezione «paternalistica» dei rapporti tra individuo e i poteri dello Stato ([8]). Significativo è che proprio su tale argomentazione (con reiterati richiami al fatto che i nubendi sono due «adulti») poggi uno dei pilastri del *rationale* di *Radmacher v Granatino*, il *leading case* che ha sdoganato nel Regno Unito i *premarital agreements in contemplation of divorce* ([9]). Ancor più significativo appare

---

e riflessioni prospettiche, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1708 ss.; VENTURA, *Gli accordi prematrimoniali, tra ampliamento dell'autonomia privata e controllo giudiziale, all'esame della* feminist relational contract theory, in *Contr. e impr.*, 2022, 317 ss.; SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 10ª ed., Padova, 2023, 155 ss.; RIMINI e BALZARINI, *Separazione e divorzio*, Milano, 2024, 129; RIPA, *Rapporti familiari e accordi prematrimoniali*, Napoli, 2024; BENANTI, *Autonomia privata e tutele economiche nella complessità delle crisi familiari*, Napoli, 2025, 135 ss.; SPADAFORA, *Gli accordi sulla crisi familiare e la "fuga verso il contratto"*, nota a Cass., 20 gennaio 2025, 1324, in *Fam. e dir.*, 2025, 431 ss.

([5]) Si vedano i richiami di cui alla nota precedente.

([6]) Su cui v., anche per i richiami, OBERTO, *Il divorzio in Europa*, in *Fam. e dir.*, 2021, 112 ss.

([7]) Cfr. il § 80 dell'*Ehegesetz* (*Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichtsgebiet. Vom 6. Juli 1938*), nel testo attualmente in vigore, disponibile al seguente sito: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001871: «f) Unterhaltsverträge. § 80 – Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe Vereinbarungen treffen. Ist eine Vereinbarung dieser Art vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffen worden, so ist sie nicht schon deshalb nichtig, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat; sie ist jedoch nichtig, wenn die Ehegatten im Zusammenhang mit der Vereinbarung einen nicht oder nicht mehr bestehenden Scheidungsgrund geltend gemacht hatten oder wenn sich anderweitig aus dem Inhalt der Vereinbarung oder aus sonstigen Umständen des Falles ergibt, daß sie den guten Sitten widerspricht». Ciò spiega, tra l'altro, perché in Austria ogni contratto prematrimoniale, anche se relativo all'assegno divorzile, viene unanimemente considerato valido: cfr. FERRARI, *Marital Agreements and Private Autonomy in Austria*, in AA. VV., *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, a cura di Scherpe, London, 2012, 63; OBERTO, *Contractual Solutions to Family Problems*, cit., 55 ss. (§ 7.4).

([8]) Aderisce a questa posizione dello scrivente, già espressa in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 28 ss., 58 ss., tra gli altri, CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, cit., 93 ss.

([9]) Per usare le parole di Lord Justice Thorpe, nell'esprimere l'opinione della maggioranza del collegio d'appello, «Due respect for adult autonomy suggests that, subject of course to proper safeguards, a carefully fashioned contract should be available as an alternative to the stress, anxieties and expense of a submission to the width of the judicial discretion»: cfr. *Radmacher v Granatino*; la decisione della *England and Wales Court of Appeal (Civil Division)* è disponibile al seguente sito: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/649.html; la sentenza della *UK Supreme Court*, confermativa della precedente, è invece disponibile in

che, anche nella dottrina italiana, sempre più voci neghino che «nel diritto di famiglia il paternalismo del legislatore sia preferibile all'autonomia dei contraenti», soggiungendo che «il controllo fondato sulla nullità è senz'altro il meno efficiente, atteso che sacrifica indistintamente anche gli accordi che garantiscono assetti ottimali nell'organizzazione degli interessi familiari; al contempo, in termini di politica del diritto, la promozione dell'eguaglianza morale e giuridica non si realizza attraverso norme di divieto che limitino l'autonomia individuale» ([10]).

Ciò tanto più in un sistema come il nostro, nel quale il legislatore stesso è intervenuto più volte nel corso degli ultimi decenni per lasciare all'autonomia privata porzioni sempre più consistenti di territori un tempo rimessi alla sola azione dei poteri dello Stato: dal divorzio su domanda congiunta, all'assoluto divieto per il giudice di intervenire sul merito delle statuizioni patrimoniali *inter coniuges*, nel caso di loro accordo, alla negoziazione assistita, al c.d. «divorzio breve», fino alla riforma ([11]) che, dal 2023, ammette la presentabilità in unico ricorso dei *petita* di separazione e divorzio, disponendo, altresì, che persino la sentenza su domanda congiunta di scioglimento del matrimonio o di cessazione dei suoi effetti civili abbia contenuto e forma di una semplice «omologa».

Neppure l'argomento del superamento del principio del divorzio per colpa dovrebbe lasciare indifferenti gli interpreti italiani, anche se si tratta di un tema che da noi non sembra essere stato preso in grande considerazione, a differenza che negli Stati Uniti, ove tale svolta nelle legislazioni dei vari *States*, nel corso degli anni Settanta dello scorso secolo, determinò l'abbandono della posizione che aveva sempre e comunque negato validità ai *prenups* ([12]). Ora, il distacco, sin dal 1975, anche nel nostro Paese, dalla regola che richiedeva, quale necessario presupposto della separazione legale (e, così, indirettamente, anche del divorzio), la sussistenza della colpa di uno dei coniugi s'accompagna, da tempo, alla corale affermazione del carattere eminentemente (se non addirittura esclusivamente) assistenziale (e ora anche, secondo le ultime mode, perequativo-compensativo) dell'assegno di divorzio, con conseguente perdita di ogni rilievo di un'eventuale responsabilità del naufragio dell'unione. Una volta spezzata (quasi) ogni forma di collegamento tra «colpa» e conseguenze economiche della crisi coniugale (permane, è vero, ancora la separazione con addebito, il cui rilievo si sta però quasi del tutto perdendo, anche nella pratica), può dirsi che anche da noi, esattamente come negli Stati Uniti, non è più consentito negare rilievo ad un'intesa preventiva per il solo timore che questa potrebbe consentire ad un coniuge di trascurare le sue *marital obligations* e di *buy himself out of the marriage* ([13]).

Come rilevato dalla dottrina d'oltre-oceano, «where divorce was based on fault, and as such many of the consequences were dependent on fault as well, it seemed patently absurd to allow the couple to 'plan' this event in advance, thereby violating the spirit and sanctity of the marital union» ([14]). Naturale, quindi, che, caduta la necessità di una colpa, cadano anche le

---

http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2010/42.html; in dottrina, sul caso in esame, cfr. MILES, *Marriage and divorce in the Supreme Court and the Law Commission: For Love or Money?*, in *Modern Law Review*, 2011, 74(3), 430 ss; MILES, *Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales*, in AA. VV., *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, a cura di Scherpe, cit., 96 ss.; HARPER e FRANKLE, *An English Practitioner's View on Pre-Nuptial, Post-Nuptial and Separation Agreements*, *ibidem*, 122 ss.; THOMPSON, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice. Issues of Power in Theory and Praxis*, Oxford, 2015, 50 ss.

([10]) ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., 227.

([11]) Cui verrà fatto breve cenno oltre: v. *infra*, par. 24.

([12]) La questione è stata affrontata in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 494 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., 291 ss.

([13]) Cfr. la decisione della *Supreme Court of Maryland* in *Cohn v Cohn*, 209 Md. 470 (Md. 1956); il caso è discusso in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 494. Approva la soluzione ivi proposta anche COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 844.

([14]) SCHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, in AA. VV., *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, a cura di Scherpe, cit., 486.

obiezioni sugli accordi preventivi qui in discussione. La conclusione riflette, del resto, una consapevolezza acquisita ormai in quasi tutti i principali ordinamenti e sistemi giusfamiliari europei e mondiali ([15]).

A quanto sopra illustrato s'aggiunga, ancora, che un uso dello strumento della convenzione matrimoniale in *contemplation of divorce*, piaccia o non piaccia, ha già fatto in qualche modo ingresso anche nel costume degli Italiani. Ci si intende qui riferire al vertiginoso numero delle coppie che optano per il regime di separazione dei beni, che s'attesta ormai stabilmente attorno ad un quarto delle nuove unioni matrimoniali. Il fenomeno non può trovare una sua spiegazione se non nella crescente consapevolezza, da parte di vasti strati della popolazione, del serio rischio che corre oggi la famiglia italiana di andare incontro (e, in molti casi, assai presto) ad una crisi, così come nel timore di dover venire un giorno a «fare i conti» con i complessi meccanismi giuridici legati allo scioglimento del regime legale e all'impossibilità (*rectius*: estrema difficoltà) di disciplinarli pattiziamente *ab origine* ([16]).

2. La tradizionale posizione negativa della giurisprudenza italiana (e di parte della dottrina)

La giurisprudenza italiana, a ben vedere, non ha avuto modo di esprimersi molte volte circa la validità di accordi conclusi in sede di stipula delle convenzioni matrimoniali (o, comunque, prima del matrimonio) in vista di un'eventuale crisi coniugale. La prima occasione assimilabile a tal genere è rappresentata da una ormai remota pronunzia di legittimità, che affermò la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale, *ex* art. 31 prel. (cfr. ora art. 16, l. 218/1995), di un accordo stipulato tra due coniugi statunitensi residenti in Italia e diretto a regolamentare i reciproci rapporti patrimoniali in vista del divorzio ([17]). La compatibilità dell'intesa in questione con le regole dell'ordine pubblico internazionale, riconosciuta in quell'occasione dalla Corte, forma oggetto di una motivazione assai concisa e piuttosto apodittica, che lascia deluso l'interprete ansioso di conoscere perché mai principi così solenni come, per esempio, quello della (asserita) indisponibilità degli *status*, su cui la soluzione negativa nel diritto interno viene fondata, non sarebbero annoverabili tra quelli assolutamente irrinunciabili del nostro ordinamento, quando lo stesso si viene a trovare in situazione «di collisione» rispetto a sistemi stranieri.

Analogo *understatement* della questione si trova in una decisione internazionalprivatistica di vent'anni dopo, in cui la Suprema Corte, sebbene solo in via incidentale, stabilì che un contratto prematrimoniale in vista del divorzio stipulato tra italiani

([15]) Per un'ampia panoramica si fa rinvio a OBERTO, *Contractual Solutions to Family Problems*, cit., 36 ss. (§§ 4 ss.); ID., *Les contrats prénuptiaux en vue d'un éventuel divorce et le rôle du notaire dans la prédetermination des conséquences de la crise du couple*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 217 ss.; ID., *Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce: European and Italian Perspectives*, in AA. VV., *Party Autonomy in European Private (and) International Law*, a cura di Queirolo e Heiderhoff, I, Ariccia, 2015, 221 ss.; anche in *Contr. e impr./Eur.*, 2016, 135 ss.; SCHERPE, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e convenzioni prematrimoniali nel* common law - *alcuni suggerimenti pratici*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 920 ss.; LAS CASAS, *Accordi prematrimoniali* status *dei conviventi e contratti di convivenza in una prospettiva comparatistica*, in *Contratti*, 2013, 913 ss.; FUSARO, Marital contracts, Ehevertraege, *convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, cit., 475 ss. Per una diffusa analisi del *leading case* britannico *Radmacher v Granatino* cfr. inoltre KINGSTON e ROYCE-GREENSILL, *Binding issues*, in *Family Law Journal*, November 2011, 12 ss.

([16]) OBERTO, *Nuove famiglie e vecchi regimi*, in *Fam. e dir.*, 2025, 568. Nello stesso senso v. anche COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 844.

([17]) Cass., 3 maggio 1984, n. 2682, in *Riv. dir. int. priv.*, 1985, 579; *Riv. dir. fam.*, 1984, 521. Si trattava, per la precisione, di quello che in America si definirebbe *postnuptial agreement*, in quanto concluso *in contemplation of divorce*, sì, ma in costanza di matrimonio.

residenti nel Principato di Monaco potesse essere valido, per effetto dell'*optio iuris* manifestata da quella coppia in favore di quell'ordinamento ([18]).

Si rafforza dunque il sospetto che, in realtà, neppure la Corte Suprema sia poi così convinta (o per lo meno lo fosse, quelle volte) della bontà della tesi negativa ([19]).

La nostra giurisprudenza ha invece avuto più e più volte occasione di pronunziarsi circa la validità delle intese che, in sede di separazione consensuale, le parti raggiungono sull'assetto patrimoniale da dare ad un eventuale (ma, a questo punto, probabile) futuro divorzio.

Anche in questo caso – come in quello del carattere disponibile o meno del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio – si assiste ad una significativa involuzione del pensiero dei giudici di legittimità, da concezioni più «liberiste» (o, quanto meno, più «possibiliste») a posizioni di assai più rigida chiusura. Invero, dopo una serie di aperture nella giurisprudenza degli anni Settanta dello scorso secolo ([20]), a partire da una decisione del 1981 ([21]), la Cassazione presenta l'argomento destinato a diventare negli anni a seguire il suo vero e proprio «cavallo di battaglia» in questa materia: la tesi, cioè, che si basa sull'asserito condizionamento del comportamento delle parti nel futuro giudizio di divorzio e sull'asserito commercio dello *status* di coniuge. L'argomento continua ad essere riproposto, in buona sostanza, sino ad oggi ([22]), pur in presenza di vistose contraddizioni, clamorosi ripensamenti e sconcertanti contrasti inconsapevoli di giudicati in seno alla stessa Prima Sezione Civile, uno degli ultimi dei quali s'è spalancato di fronte agli allibiti occhi dell'interprete nel corso del 2021.

Qui, una decisione del mese di febbraio ([23]) ha affermato in modo molto chiaro che deve ormai «ritenersi superato (…) il principio (…), secondo cui gli accordi assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale in vista del futuro divorzio sono sempre nulli per illiceità della causa, perché in contrasto con i principi di indisponibilità degli *status* e dello stesso assegno di divorzio». Una decisione d'aprile ([24]) ha invece ribadito la tesi «tradizionale» con estrema forza. Lo sconcerto dello sbigottito interprete è destinato a

---

([18]) Cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10378, in 10378, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 129 ss. Il caso riguardava il riconoscimento e l'esecuzione in Italia di una sentenza di divorzio emessa dalla corte d'appello del Principato di Monaco. Uno dei motivi per cui una delle parti si opponeva al riconoscimento era il fatto che la sentenza aveva confermato un accordo prematrimoniale stipulato in previsione del divorzio – sebbene i contenuti di tale intesa non fossero stati rivelati nella decisione – e fossero quindi di una tipologia non riconosciuta come valida dalla giurisprudenza italiana. La Cassazione, invece di respingere questo argomento sulla base del fatto che la causa non riguardava la validità dell'accordo in sé, quanto piuttosto il riconoscimento e l'esecutività della sentenza di divorzio in Italia, rigettò il ricorso nel merito. Nel farlo, la Corte osservò che la coppia aveva scelto come legge applicabile quella del Principato di Monaco e che, in base alle norme italiane di diritto internazionale privato (all'epoca non era ancora applicabile al caso di specie la riforma italiana del 1995, né, tanto meno, erano stati ancora emanati i noti Regolamenti UE, peraltro sul punto di sostanzialmente identica portata), le parti avevano il diritto di scegliere la legge del Paese in cui erano residenti come legge regolatrice dei loro rapporti patrimoniali matrimoniali.

([19]) Si noti, poi, che l' «impatto» dei nostri principi con accordi del genere di quelli qui in esame è comunque destinato ad aumentare, in considerazione, da un lato, dell'incremento dei matrimoni con cittadini stranieri (o comunque caratterizzati dalla presenza di un elemento di estraneità), nonché, dall'altro, del principio dell'*optio juris* ammesso dalla normativa italiana ed eurounitaria anche in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi: sul tema, anche per i necessari rinvii cfr. OBERTO, *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Corr. giur.*, 2020, 794 ss.; riferimenti anche in COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 847 ss.

([20]) Per una analisi cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 562 ss.

([21]) Cass., 11 giugno 1981, n. 3777, in *Foro it.*, 1981, I, 184; *Giur it.*, 1981, I, 1, 1553 con nota di TRABUCCHI; *Riv. dir. fam.,* 1981, 1025; *Giust. civ.*, 1982, I, 724.

([22]) Per una analitica e dettagliata rassegna di tutti i precedenti e per una critica delle posizioni giurisprudenziali ivi espresse si fa rinvio a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 275 ss.; una attenta rassegna della giurisprudenza al riguardo è presentata anche da TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale:* from status to contract?, cit.,101 ss.

([23]) Cass., 24 febbraio 2021, n. 5065, in *Italgiure.*

([24]) Cass., 16 aprile 2021, n. 11012, in *Fam. e dir.*, 2021, 885, con nota di RIMINI; *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1303, con nota di CARAVITA DI TORITTO; *Giur. it.*, 2022, 591, con nota di C. IRTI.

raggiungere punte di parossismo, allorquando scopre che le due decisioni, emesse a meno di due mesi di distanza, risultano promanare da due collegi assolutamente identici per composizione, ad esclusione della sola persona del relatore.

Tra le due alternative, un successivo arresto del 2022 ([25]), della sesta sezione civile ha poi optato per la seconda, peraltro ignorando del tutto ciò che era successo appena un anno prima in seno alla prima sezione civile. Tra l'altro, il fatto che l'ordinanza del 2025 ([26]) indichi come propri «precedenti» entrambe le decisioni del 2021 – laddove, come detto, la seconda chiaramente ribadiva il principio di diritto sulla nullità delle intese preventive (tutte quante, senza distinzione alcuna!) ([27]) sulle conseguenze patrimoniali del divorzio – la dice lunga sulla confusione che regna al riguardo dalle parti di piazza Cavour.

E poiché non passa un anno senza che la confusione di cui sopra aumenti di un grado, nel 2023 abbiamo dovuto registrare due decisioni, ancora una volta caratterizzate da esiti radicalmente divergenti. La prima, in ordine cronologico, sarà esaminata oltre ([28]), nel contesto delle pronunzie favorevoli ai patti in vista della crisi (*rectius*: a taluni di tali patti), proprio perché la conclusione pare in contrasto con la tesi dominante; come, peraltro, si vedrà, la vera *ratio decidendi* risiede nel vero e proprio «gioco di parole» utilizzato dalla Corte, che premia l'italica astuzia delle parti, che avevano usato l'accorgimento di spacciare per «rendita vitalizia» quella che, in realtà, era una normalissima prestazione periodica postmatrimoniale, cioè un vero e proprio assegno di divorzio, pur se così «mascherato».

La seconda pronunzia ([29]), dallo scrivente già commentata in altra sede ([30]), ripresenta invece, pari pari, il principio di diritto consolidato, secondo cui «Gli accordi con i quali i coniugi fissano preventivamente il regime giuridico-patrimoniale in vista della futura separazione o del futuro divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c.» ([31]).

([25]) Cfr. Cass., 28 giugno 2022, n. 20745.

([26]) Di cui verrà detto *infra*, par. 4.

([27]) Non per nulla, il punto centrale della motivazione della decisione dell'aprile 2021 appare essere il seguente: «In particolare, nella sentenza n. 2224 del 30/01/2017 (vedi anche Cass. 5302 del 10/03/2006) è stato enunciato il principio di diritto secondo cui gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c. Ne consegue che di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio». Più che evidente, quindi, il richiamo alla tesi del (preteso) «mercimonio dello *status*» (su cui v. *infra*, parr. 14-17.).

([28]) V. *infra*, par. 3.

([29]) Cass., 24 novembre 2023, n. 32724.

([30]) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale quali negozi dissimulati: ovvero degli effetti perversi di una giurisprudenza diseducativa*, cit., 199 ss.

([31]) Nella specie si discuteva della cessione (a titolo oneroso: e, dunque, almeno apparentemente, di una vendita) d'azioni e di una quota societaria dalla moglie al marito, complicata dal fatto che la controparte negoziale della signora non era costituita, nella specie, dal consorte quale persona fisica, bensì da una società, di cui il marito risultava legale rappresentante (e, in buona sostanza, *magna pars*). Pentitosi, per ragioni che non è dato conoscere, dell'intesa, quest'ultimo – *rectius*: la società cessionaria quale rappresentante e titolare formale dei relativi interessi – aveva chiesto accertarsi giudizialmente la nullità della cessione, perché simulata relativamente, con dissimulazione d'una intesa (contratto della crisi coniugale, volto a disciplinare, secondo le parole della Cassazione «il regime giuridico-patrimoniale in vista della futura separazione o del futuro divorzio») pure nulla, perché in contrasto con la nota giurisprudenza che fulmina di nullità ogni accordo preventivo stipulato in vista del divorzio. Siffatto ragionamento della società attrice in prime cure era stato, almeno in parte, seguito dai giudici di merito, che avevano dichiarato nulla la cessione. La Cassazione ha dichiarato qui di condividere in linea di principio quell'impostazione giurisprudenziale circa la nullità delle intese preventive sulla crisi coniugale, addirittura estendendo il furore iconoclasta ad ogni accordo stipulato prima di qualsivoglia forma di crisi coniugale: non solo divorzio, quindi, ma anche separazione legale (ipotesi, questa, come si vedrà, sino a quella decisione, tutto al

Come si avrà modo di dire, questa rigida posizione giurisprudenziale ed i relativi argomenti non hanno lasciato indifferente una parte – tutto sommato minoritaria – della dottrina, la quale, piuttosto che dall'argomento del commercio dello *status*, si è lasciata attirare dal richiamo all'art. 160 c.c., per ripresentare conclusioni favorevoli, in buona sostanza, all'esistenza di un nucleo di effetti patrimoniali ultrattivi, tendenzialmente perenni e inderogabili, del matrimonio. Ma di ciò si tratterà a tempo debito ([32]).

3. Timide e contraddittorie aperture della giurisprudenza, a partire dal 2000, sino alle soglie della decisione del 2025

Rimanendo per il momento sul piano dell'analisi giurisprudenziale, si deve constatare che, come già anticipato, è sin dall'anno 2000 che la Suprema Corte ha iniziato a manifestare, in talune – dapprima sporadiche e poi sempre più ricorrenti – decisioni, un indirizzo almeno in apparenza diverso rispetto a quello tradizionale, volto a pervenire, nei singoli casi di specie, a conclusioni favorevoli alla tesi della validità dell'intesa preventiva oggetto di lite.

Ci si intende qui riferire ad una sentenza proprio di quell'anno ([33]), che, pur riaffermando il tradizionale principio della nullità degli accordi conclusi in sede di separazione, con valore inteso dalle parti come vincolante anche per il divorzio, aveva nella specie negato l'azione al coniuge debitore, così pervenendo al risultato paradossale di trasformare (nella più totale assenza di appigli normativi) la (pretesa) nullità per violazione di regole d'ordine pubblico in una sorta di nullità relativa, la quale potrebbe essere fatta valere soltanto dal coniuge che avrebbe diritto all'assegno, con buona pace di quanto disposto dall'art. 1421 c.c. ([34]).

Ad ulteriore riprova degli sbandamenti cui può andare incontro la giurisprudenza quando, nel tentativo di mitigare le conseguenze più inaccettabili di proprie posizioni sbagliate, non esita a misconoscere i più elementari principi dell'ordinamento giuridico, va aggiunto che una successiva (e assai meno nota) decisione del medesimo anno ([35]) si spinse ad affermare che tale forma di nullità non solo potrebbe essere invocata esclusivamente dal coniuge avente diritto all'assegno, ma dovrebbe essere fatta valere esclusivamente nell'ambito della procedura di divorzio (e pertanto non successivamente alla relativa pronunzia), così surrettiziamente

---

contrario, «tenuta fuori» dalla nullità, secondo una costante impostazione giurisprudenziale). Gli ermellini hanno posto però un limite, facendo presente che la simulazione va comunque provata da chi l'allega e hanno così tentato di dettare regole sull'individuazione in concreto del fenomeno simulatorio, con inevitabile (a questo punto) rinvio al giudice del merito per l'effettivo accertamento dell'effettiva presenza (o meno) nella specie di un meccanismo simulatorio nei termini indicati. In buona sostanza, ciò che la Cassazione ha rimproverato in quella decisione ai giudici di merito è stato di aver dato per scontata la presenza di una simulazione, in realtà non adeguatamente dimostrata. Resta però chiaro che la Corte si è dichiarata d'avviso che l'accertamento positivo di tale intento simulatorio avrebbe determinato non solo, come ovvio, la nullità del contratto simulato, bensì anche di quello eventualmente dissimulato, perché in contrasto con la nota giurisprudenza sull'invalidità delle intese preventive tra coniugi.

([32]) V. *infra*, parr. 8 ss.

([33]) Cass., 14 giugno 2000, n. 8109, in *Fam. e dir*. 2000, 429; *Corr. giur*., 2000, 1021, con nota di BALESTRA; *Riv. not.*, 2000, II, 1221, con nota di ZANNI; *Giust. civ*., 2000, I, 2217, con nota di GIACALONE; *Giur. it*., 2000, 2229, con nota di BARBIERA; *Nuova giur. civ. comm*., 2000, I, 704, con nota di BARGELLI; *Foro it*., 2001, I, 1318, con note di RUSSO e di G. CECCHERINI; *Giust. civ*., 2001, I, 457, con nota di GUARINI; *Familia*, 2001, 243, con nota di FERRANDO.

([34]) Va notato che, per la precisione e come si è appena visto, diversi anni dopo la Corte ha puntualmente smentito siffatta conclusione, precisando che gli accordi in vista del divorzio non vanno considerati validi neppure quando soddisfano pienamente le esigenze del coniuge più debole, potendo una preventiva pattuizione determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio (v. Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, cit., su cui v. *supra*, par. 2).

([35]) Cass., 1° dicembre 2000, n. 15349, in *Giust. civ*., 2001, I, 1592.

introducendo una impropria forma di prescrizione, in aperta violazione, questa volta, non solamente del principio di cui all'art. 1421 c.c., ma anche di quello *ex* art. 1422 c.c.

Ancora, in una decisione di legittimità del 2012, la Corte ha sostanzialmente attribuito rilievo (questa volta, però, senza neppure rendersene conto), ad un patto raggiunto in sede di separazione, sebbene con una chiara valenza divorzile e postdivorzile ([36]). Nel dicembre di quello stesso anno 2012 la Suprema Corte ([37]) viene, poi, ad affermare che gli accordi sulle conseguenze patrimoniali del divorzio conclusi prima del matrimonio, così come quelli stipulati in sede di separazione consensuale e in vista del futuro divorzio sono validi «nel caso in cui prevedano prestazioni e controprestazioni tra loro proporzionali, in un contesto in cui la crisi del rapporto viene in considerazione alla stregua di una condizione» ([38]). Lo stesso principio è poi stato applicato l'anno successivo al caso di un mutuo stipulato tra due futuri coniugi, con previsione della restituzione del *tantundem* solo in caso di crisi coniugale ([39]). Ed è proprio sui due arresti qui da ultimo citati che la stessa Corte vuole costruire, nel 2025, la *ratio decidendi* della pronunzia che verrà commentata tra breve ([40]).

A parte, poi, il clamoroso contrasto esploso nel 2021 all'interno della Prima Sezione, di cui s'è già detto, va aggiunto che, in assoluto contrasto con l'indirizzo restrittivo in materia di accordi preventivi di divorzio, si pone poi sempre quella (risalente e mai modificata) giurisprudenza di legittimità che ha, invece, riconosciuto la validità di impegni preventivi in vista dell'annullamento del matrimonio ([41]). E, del resto, come pure rilevato in dottrina, tale

---

([36]) Cass., 13 gennaio 2012, n. 387, in *Fam. e dir.*, 2012, 772. Secondo tale decisione, invero, il giudice deve tener conto degli accordi intervenuti tra i coniugi sul godimento della casa familiare in sede di separazione, ma anche in vista del futuro divorzio.

([37]) Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir*., 2013, 321, con nota di OBERTO.

([38]) Sempre secondo tale *decisum*, quale conseguenza delle dette premesse, «L'accordo stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi, in forza del quale si prevede che la moglie cederà al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale, non configura un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa, né, in particolare, per violazione dell'art. 160 c.c., ma un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c.; tale intesa consiste infatti in una *datio in solutum*, in cui l'impegno negoziale assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale». Per approfondimenti sulla fattispecie si fa rinvio a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 283 ss.; ID., *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, nota a Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir*., 2013, 323 ss.

([39]) Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm*., 2014, 94, con nota di TAGLIASACCHI.

([40]) V. *infra*, par. 4.

([41]) Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur*., 1993, 822 con nota di LOMBARDI; in *Giur. it*., 1993, 1, 1, 1670 con nota di CASOLA; *Nuova giur. civ. comm*., 1993, I, 950, con note di CUBEDDU e di RIMINI; *Vita not*., 1994, 91, con nota di CURTI; *Contratti*, 1993, 140, con nota di MORETTI. Sul tema degli accordi in vista dell'annullamento del matrimonio cfr. anche OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1446 ss. La giurisprudenza più risalente aveva espresso opinoni divergenti, anche se le fattispecie concrete portate all'attenzione dei giudici erano caratterizzate da elementi necessariamente destinati ad influire sull'esito concreto delle controversie. Una prima serie di casi, infatti, presentava un chiaro (o comunque in corso di causa accertato) rapporto sinallagmatico tra prestazioni patrimoniali dell'uno e comportamento processuale dell'altro, diretto a facilitare l'accoglimento della domanda d'annullamento. Questa è per esempio l'ipotesi di una sentenza della corte milanese (App. Milano, 18 febbraio 1947, in *Foro pad*., 1947, II, 22), secondo cui «La pattuizione, diretta a facilitare l'annullamento del matrimonio, mediante l'assunzione di obbligazioni di natura patrimoniale da parte di un coniuge verso l'altro quale corrispettivo per l'adesione all'azione per ottenere lo scioglimento [*sic*] del vincolo coniugale, è nulla per illiceità della causa». Allo stesso tipo di situazione appare riconducibile anche una decisione di legittimità (Cass., 6 luglio 1961, n. 1623, in *Foro it*., 1961, 1445). Qui marito e moglie s'erano accordati per la corresponsione di una somma di denaro dal primo alla seconda, affinché questa si sottoponesse ad ispezioni corporali nella sua sfera sessuale e alle relative indagini peritali disposte dal tribunale ecclesiastico ai fini della pronuncia di annullamento del matrimonio per impotenza della moglie. L'intesa non emergeva, ovviamente, in tali termini dal tenore letterale della scrittura privata contenente l'impegno del marito a corrispondere alla moglie la somma di tre milioni di lire «quando l'annullamento del matrimonio avesse ottenuto efficacia anche civile».

divergenza di soluzioni (quella, cioè, tra accordi preventivi in vista del divorzio, ritenuti nulli e quelli in vista dell'annullamento del matrimonio, considerati validi) appare illogica, in quanto il procedimento volto a far dichiarare la nullità del matrimonio può essere azionato non solo dai coniugi, ma anche dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale (art. 117 c.c.). Gli accordi in vista dell'annullamento incidono, infatti, sullo *status* dei coniugi andando a determinare le stesse problematiche che si creano per gli accordi in vista del divorzio ([42]).

Analogamente, pure gli accordi preventivi in vista (non già del divorzio, ma) della separazione vennero sempre ritenuti validi, per lo meno fino al 2023 ([43]), allorquando la Cassazione venne ad estendere espressamente il proprio furore iconoclasta anche a tale tipo di intese, essendovi «costretta» dal fatto che, nella specie, al momento dell'accordo, la coppia in questione non era neppure ancora legalmente separata.

Così facendo, però, la Suprema Corte ha mostrato e continua a mostrare di ignorare tutta la sua stessa, annosa, giurisprudenza circa l'assoluta validità di accordi diretti a disciplinare una futura separazione. In effetti, la Cassazione aveva avuto ad affermare, già nel lontano 1984, la validità di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale,

---

Peraltro, la comune intenzione delle parti nei termini sopra chiariti era stata accertata dalla corte d'appello che, in sede di giudizio di rinvio, l'aveva ritenuta rispondente «ad una esigenza meritevole di tutela», così confermando la validità dell'accordo. Proposto ricorso dal marito contro tale decisione, la Corte di legittimità negò che il patto, nei termini di fatto sopra illustrati (non contestati da alcuna delle parti) corrispondesse ad un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. Ancora, allo stesso tipo di fattispecie può essere ricondotta una successiva decisione di merito, secondo cui «È contrario ai principi generali dell'ordinamento il contratto col quale una parte si obblighi ad una prestazione economica e l'altra si impegni a tenere un determinato comportamento processuale in una causa di diritto matrimoniale» (così Trib. Genova, 17 settembre 1984, in *Nuova giur. civ. comm*., 1985, I, 65, con nota di ZATTI). Ben diverse appaiono invece le situazioni di fatto portate all'attenzione dei giudici in altre due pronunzie di merito. In esse, invero, pur trattandosi della previsione, da parte dei coniugi, dell'effettuazione di determinate prestazioni patrimoniali subordinatamente all'accoglimento della domanda di annullamento proposta in sede ecclesiastica, nessun riferimento veniva compiuto all'obbligo per i coniugi di tenere un determinato comportamento processuale. Nel primo dei due casi il tribunale di Treviso (Trib. Treviso, 6 febbraio 1968, in *Foro pad.*, 1968, I, 1002, con nota di RAMANZINI e GIACOMIN) affermò la validità – riconoscendovi la causa transattiva – di un accordo con il quale il marito si era obbligato a versare alla moglie «una somma pari alla capitalizzazione dell'assegno alimentare ancorata al numero indice medio del costo della vita (...) in subordine al favorevole risultato della procedura» (di annullamento). Nella seconda decisione, di pochi mesi successiva, il Tribunale di Firenze (Trib. Firenze, 28 giugno 1968, *ivi*, 1969, I, 1070) riconobbe, quanto meno in linea di principio, la validità di intese tra coniugi il cui matrimonio fosse in fase di annullamento da parte delle competenti autorità ecclesiastiche, ogni qualvolta fosse riscontrabile in siffatte convenzioni (ciò che però nel caso contingente venne negato) la causa di «liquidazione consensuale» dell'indennità cui uno dei coniugi avesse diritto a norma delle disposizioni in tema di matrimonio putativo (cfr. art. 139, ultima parte, c.c., nella sua versione anteriore alla riforma del 1975, il cui contenuto è stato trasposto, con alcune modifiche, nell'odierno art. 129-*bis* c.c.). Piuttosto noto, poi, l'autorevole parere di Jemolo in merito, il quale, nell'approvare la tesi della validità di siffatte intese, faceva «perno sull'art. 1322 c.c., soggiungendo che siamo in un caso in cui è palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice che preveda tale regolamento, essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere, pretese reciproche: la funzione economico-sociale del contratto è quindi evidente, anche se non siamo di fronte ad un tipico negozio causale. Circa il *quantum* dell'obbligazione e l'addossarla all'uno od all'altro dei coniugi, è materia in cui l'autonomia delle parti agisce in pieno, dandosi insindacabilità del giudice nel valutare se ci sia stata o meno generosità di chi si è obbligato, se avrebbe potuto dare una somma minore (…). Potrebbero anche esserci particolari cause che integrassero ragione di obbligazione: l'aiuto dato dalla donna al marito nell'esercizio di un commercio o di una professione, o una alterazione della salute dovuta al fatto dell'altro (...); può la donna aver profuso un suo piccolo peculio a vantaggio di quella che è stata la casa coniugale; possono esserci ragioni infinite. Ma, comunque, direi essere nella natura delle cose che alla dichiarazione di nullità, che socialmente e materialmente è lo scioglimento di un vincolo, si accompagni un regolamento economico da attuare» (JEMOLO, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ*., 1967, II, 530).

([42]) In tal senso, sulle orme dello scrivente (cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 594 ss., II, 1446 ss.), v., più di recente, G. CECCHERINI e GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata*, Padova, 2013, 401; DE VELLIS e TAGLIAFERRI, *I patti prematrimoniali*, Milano, 2015, 59; MINEO, *op. loc. ultt. citt*.

([43]) V. *supra*, par. 2.

prometteva di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile ([44]). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si ammise la validità di una transazione preventiva, con la quale il marito si obbligava espressamente, in vista di una futura separazione consensuale, a far conseguire alla moglie la proprietà di un appartamento in costruzione, allo scopo di eliminare una situazione conflittuale tra le parti ([45]), per non dire poi della decisione, già ricordata ([46]), emessa nel 2013 in materia di accordo preventivo sulla restituzione di un mutuo *inter coniuges*: restituzione legata proprio all'evento, futuro e incerto, della separazione personale ([47]).

Per concludere la rassegna delle decisioni favorevoli alla validità di (alcuni tipi di) patti in vista della crisi coniugale, precedenti alla pronunzia del 2025, andrà ricordato che nello stesso anno in cui la decisione n. 32724/2023 ribadiva la tesi tradizionale, la n. 10031/2023 predicava che «L'accordo, concluso in sede di separazione e poi trasfuso nel divorzio congiunto, con cui i coniugi convengano che, a fronte della cessione di quote societarie dalla moglie al marito, quest'ultimo corrisponda alla predetta ed ai figli, senza soluzione di continuità, un assegno "vita natural durante", anche dopo il raggiungimento della maggiore età, non è suscettibile di revisione *ex* art. 8 [*rectius*: art. 9, *n.d.a.*] della l. n. 898 del 1970, trattandosi non di pattuizione di un assegno divorzile, ma di costituzione di una rendita vitalizia».

Ancora una volta, nella decisione n. 10031/2023, la *Haarspaltemaschine* di jheringiana memoria ([48]) viene rimessa in moto. Lo scopo è quello di superare il pur formidabile argomento della «sproporzione evidente» tra il (modesto) valore delle quote sociali cedute dalla moglie al marito, in cambio del sostanzioso assegno divorzile da quest'ultimo promesso: sproporzione che smascherava la vera natura di assegno divorzile della prestazione *de qua* e che aveva fatto addirittura dire alla corte d'appello che l'operazione non avrebbe potuto essere qualificata se non alla stregua di una vera e propria donazione della rendita. Così, la Cassazione, riconosciuta la natura di rendita vitalizia della prestazione pattuita, afferma che l'intesa in questione sarebbe «estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti tra coniugi in materia familiare, perché giustificata per altra causa». Conclusione «a rime obbligate», dunque: l'accordo esula dal novero dei contratti della crisi coniugale e pertanto non è soggetto al ferreo principio del divieto del «commercio di *status*» ed alle forche caudine dell'art. 160 c.c. (regole, queste, che varrebbero, invece, se la prestazione patrimoniale non fosse qualificabile alla stregua di una rendita vitalizia, ma come assegno di divorzio).

Anche il più sprovveduto lettore si chiederebbe, a questo punto, che senso abbia attribuire rilievo «deterrente» (o, per converso «stimolante») alla prospettiva di corrispondere (o, per converso, ricevere) periodicamente una somma di denaro a titolo d' «assegno di divorzio», al punto da inferirne la contrarietà al principio d'ordine pubblico della libera determinazione sulla scelta di divorziare o meno, e, invece, negare tale conseguenza ([49]) se

---

([44]) Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Riv. dir. fam*., 1984, 922.

([45]) Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. e dir*., 1994, 660, con nota di CEI; *Vita not.,* 1994, 1358; *Giust. civ*., 1995, I, 202; *Riv. dir. fam*., 1995, 105; *Nuova giur. civ. comm*., 1995, I, 882, con nota di BUZZELLI; *Riv. not*., 1995, II, 953.

([46]) V. *supra*, in questo medesimo par.

([47]) Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, cit. Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito da parte di chi (cfr. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 12) evidenzia l'ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per la sua natura di situazione «aperta», rispetto alla seconda. È, infatti, pacifico che anche la separazione dà vita ad uno *status* familiare: pertanto, se le intese preventive sono da considerarsi nulle, in quanto dirette a «fare mercimonio» di uno *status* indisponibile al di fuori del momento solennizzato dalla instaurazione della relativa procedura di fronte al giudice (o, oggi, eventualmente in sede di negoziazione assistita), non si riesce a comprendere per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi *in contemplation of divorce* non dovrebbero poi valere, allo stesso modo, se riferite alla separazione.

([48]) Già accortamente utilizzata nel precedente del 2012: cfr. OBERTO, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing *finisce nella* Haarspaltemaschine, cit., 323 s

([49]) Che potrebbe avere, per il malcapitato coniuge debitore, conseguenze ben più devastanti: si pensi che, ad esempio, l'obbligo di corrispondere una «rendita vitalizia» determinata è del tutto insensibile al passaggio a nuove

quella stessa identica prestazione viene prevista a titolo di «rendita vitalizia»! Una rendita, si badi bene, che trova la propria ragion d'essere proprio in un preciso contratto della crisi coniugale, esattamente al pari del contributo al mantenimento del coniuge separato, così come dell'assegno di divorzio.

Tra gli interventi giurisprudenziali favorevoli ai patti in vista della crisi coniugale (e, questa volta, senza riserve, comprese quindi le intese preventive sull'assegno postmatrimoniale) va, infine, per completezza, segnalata una decisione del Tribunale di Torino. Trattasi, nella specie, di un provvedimento provvisorio (ordinanza) presidenziale, che, nella specie, ha respinto la domanda della moglie che, a seguito della prima udienza nella causa di divorzio, aveva chiesto l'attribuzione di un assegno, pur avendo, in sede di separazione consensuale, sottoscritto con il marito un'intesa in forza della quale l'erogazione dell'importo convenuto a titolo di assegno di mantenimento a carico del marito sarebbe venuta a cessare all'atto dell'inizio della causa per la pronunzia della cessazione degli effetti civili del matrimonio, con impegno della moglie a «nulla pretendere dal marito, né a titolo di *una tantum* né di mantenimento» ([50]).

4. Fatto e diritto in Cass., n. 20415/2025

La *ratio decidendi* dell' «ordinanza del venticinquennale», la n. 20415/2025 ([51]), si nutre proprio delle decisioni (e, quindi, delle contraddizioni) tutte citate nel par. precedente, a cominciare dalle sentenze n. 23713/2012 e 19304/2013.

In questa decisione del 2025, dunque, la Corte dichiara valida una scrittura privata sottoscritta da entrambe le parti in costanza di matrimonio, ma in considerazione di una possibile crisi, laddove i precedenti del 2012 e 2013 concernevano invece accordi stipulati prima della celebrazione delle nozze. Insomma: l'accordo di cui si occupa la Cassazione nel 2025 è quello che, in un sistema di *common law*, si qualificherebbe alla stregua d'un *postnuptial agreement*, anche se tale qualificazione non sposta d'una virgola il tenore delle questioni che qui si discutono, tutte imperniate, semmai, sul profilo della *contemplation of divorce* (o, più

---

nozze del destinatario e non è certo soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, anche se l'ex coniuge beneficiario dovesse ricevere milioni di dollari dal decesso del provvidenziale zio d'America.

([50]) Trib. Torino, 20 aprile 2012, in *Fam. e dir*., 2012, 803, con nota di OBERTO. Quanto alla giurisprudenza di merito successiva va segnalato un interessante *obiter* contenuto in Trib. Catanzaro, 17 luglio 2025, https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2025/09/catanzaro-patti-predivorzio.pdf, secondo cui «deve ritenersi superato (…) il principio secondo cui gli accordi assunti prima del matrimonio o magari in sede di separazione consensuale, in vista del futuro divorzio, sono sempre nulli per illiceità della causa perché in contrasto con i principi di indisponilità degli *statuts* e dello stesso assegno di divorzio». In realtà la controversia aveva ad oggetto un accordo non già *in vista* della crisi coniugale, bensì *a latere* rispetto a quello di divorzio su domanda congiunta, raggiunto informalmente e successivamente dimostrato in causa grazie ad alcuni *screenshots* di messaggi di *Whatsapp*, ritenuti costituire idonei principi di prova scritta, corroborati poi da conformi deposizioni testimoniali, di una confessione stragiudiale rilasciata nel predetto modo dal marito ai figli. Tale confessione verteva sul fatto di aver egli raggiunto («nelle more» della procedura divorzile, per usare la terminologia, per il vero non perfettamente decifrabile, del relativo legale) un accordo con la moglie, avente ad oggetto l'accollo a sé medesimo dell'intero ammontare dei ratei di mutuo per l'acquisto della casa comune, in cambio della rinunzia da parte di quest'ultima in merito ad ogni pretesa a titolo d'assegno di divorzio (per la moglie, appunto), con l'ulteriore intesa (solo quest'ultima, poi, inserita negli accordi di divorzio) concernente la fissazione d'un assegno per il contributo al mantenimento della prole. Per le ragioni di cui sopra, dunque, la decisione non può costituire un precedente specifico in merito a controversie su accordi *in contemplation of divorce*, riferendosi invece alla tematica di quelli conclusi *a latere* rispetto ad una procedura già esistente. Di un certo interesse è anche (ed anzi, soprattutto), che il Tribunale non abbia sollevato obiezioni di sorta circa la validità – così contestata, ancora oggi, da una grandissima parte della dottrina e della giurisrudenza (e sul punto v. *infra*, parr. 9-17) – di un'espressa rinunzia all'assegno divorzile.

([51]) Cfr. Cass., 21 luglio 2025, n. 20415.

esattamente, nella specie, della considerazione di un'eventuale separazione legale).

In tale intesa, pertanto, secondo la descrizione che di essa dà la Cassazione, il marito, «dopo aver riconosciuto che la consorte aveva contribuito con il proprio stipendio al benessere della famiglia e al pagamento del mutuo contratto per la ristrutturazione dell'appartamento solo a lui intestato, e altresì che la somma depositata nel conto corrente n.° (…) della ([banca]…) proveniva dall'eredità dei di lei genitori, dichiarava che, in caso di separazione, sarebbe divenuto debitore nei confronti [della moglie] della somma di € 146.400,00, mentre quest'ultima rinunciava, in suo favore, ad alcuni beni mobili (imbarcazione, arredo dell'appartamento, somme di denaro depositate in conto corrente)».

Notiamo subito che la motivazione dell'arresto del 2025, sebbene richiami la giurisprudenza sopra citata, oltre ad altre decisioni di cui verrà detto subito, evita, nel modo più assoluto, di affrontare quelli che, a ben vedere, sono i punti centrali che, per decenni, hanno condotto la Corte Suprema a respingere la validità degli accordi stipulati in previsione di crisi coniugali, ovvero:

- l'argomento del presunto «commercio dello *status* matrimoniale»; e
- l'asserito contrasto con l'articolo 160 c.c.

Le due questioni verranno illustrate nei paragrafi seguenti di questo lavoro. Per il momento osserviamo che alcuni dei primi, (forse troppo) veloci, commenti hanno salutato entusiasticamente la decisione, definendola come «una svolta storica che cambia tutto» ([52]), «di portata rivoluzionaria», paragonandola a un «vero e proprio terremoto culturale e giuridico» e aggiungendo che essa avrebbe «sdoganando di fatto una forma di "patto prematrimoniale all'italiana"» ([53]), «spazzando via» l'impostazione tradizionale, basata sull'illiceità della causa degli accordi in vista della crisi coniugale ([54]), archiviando in via definitiva la «tradizionale visione paternalistica della famiglia» ([55]). Una riflessione più pacata, tuttavia, mostra che la Corte ha deliberatamente limitato il proprio *decisum* agli accordi patrimoniali che non riguardano ([56]) il mantenimento del coniuge separato, né l'assegno divorzile.

È, dunque, del tutto ragionevole dedurre che la posizione consolidata, secondo cui gli accordi prematrimoniali relativi al mantenimento in sede di separazione e all'assegno di divorzio sarebbero invalidi, purtroppo rimanga invariata ([57]).

In questo senso, del resto, depone il fatto che la parte conclusiva della motivazione lega

---

([52]) Cfr. MARRELLI, *Accordi prematrimoniali, svolta storica in Italia: la risposta della Cassazione che cambia tutto*, 29 luglio 2025, https://www.diritto-lavoro.com/2025/07/29/accordi-prematrimoniali-svolta-storica-in-italia-la-risposta-della-cassazione-che-cambia-tutto/. Anche D'ALESSIO, *Via libera della Cassazione agli accordi prematrimoniali, svolta storica e cosa cambia in caso di separazione*, https://www.virgilio.it/notizie/via-libera-della-cassazione-agli-accordi-prematrimoniali-svolta-storica-e-cosa-cambia-in-caso-di-separazione-1696480, parla di «svolta storica per le separazioni». I relativi articoli, a dire il vero, risultano, però, nel contenuto, assai più equilibrati rispetto ai titoli.

([53]) Cfr. ad es. GRECO, *Accordi pre-divorzio, la Cassazione finalmente dice sì: validi i patti tra coniugi in vista della crisi*, in https://laleggepertutti.it, 22 luglio 2025.

([54]) Cfr. CARDIA, *Separazione, da oggi via libera ad accordi pre-divorzio, si potrà decidere su patrimonio e figli: nuova sentenza storica*, 27 luglio 2025, in https://Brocardi.it.

([55]) Cfr. @ANGELOGRECOOFFICIAL, https://www.instagram.com/p/DMa4HPaondU/?igsh=YTExbnN0YXAyaDln.

([56]) O, per lo meno, che la Cassazione ritiene non riguardare, perché – come verrà illustrato *infra*, nel par. 7, *in fine* – a ben vedere il riconoscimento di debito di quella somma di denaro abbracciava, almeno in (consistente) parte, il riconoscimento del contributo fornito dalla moglie al *ménage* familiare: ne consegue che l'attribuzione patrimoniale *una tantum* svolgeva proprio quella funzione perequativo-compensativa che la moda odierna riferisce all'assegno di divorzio.

([57]) Saggiamente vi è anche chi, tra i primissimi commentatori della decisione in questione (cfr. FAZZINI, *Patti pre-matrimoniali finalmente liberalizzati?*, in *dirittoegiustizia.it*, 20 agosto 2025), rileva che «La pronuncia in questione, destando un notevole interesse per l'oggetto trattato, richiede una lettura approfondita ed un'attenta analisi, al fine di rifuggire dalle interpretazioni superficiali e semplicistiche», soggiungendo che «tale decisione non ha introdotto novità di principio, né ha conferito piena legittimità alla figura dei patti prematrimoniali», intesi dall'Autrice come limitati a quelli che attengono agli assegni postmatrimoniali, che ricadono ancora sotto gli strali della giurisprudenza

la tesi della validità dell'intesa in oggetto al fatto che, nella specie, la somma pattuita «non rappresenta una somma *una tantum* tale da interferire con la disciplina dell'assegno divorzile, in quanto nella scrittura non si rinviene né la dicitura *una tantum*, né una rinuncia esplicita all'assegno di mantenimento». A ciò s'aggiunga che, come già detto, viene addirittura citata come favorevole alla tesi della validità delle intese preventive una decisione del 2021 (la n. 11012) che, tutto al contrario, ha ribadito la tesi della nullità delle intese preventive in vista della crisi ([58]), dandosi così, assai disinvoltamente, per «consolidato» un indirizzo che tale non è. Peraltro, prima di passare alla critica della tesi tradizionale, qui ancora una volta (anche se implicitamente, ma, a ben vedere, piuttosto chiaramente) ribadita in sede di legittimità, sarà opportuno soffermarsi molto brevemente su un paio di altri punti della decisione del 2025.

In primis andrà detto che la pronunzia del 2025 richiama, tra le proprie (supposte) «pezze d'appoggio», l'«ordinanza n. 13366/2024, con la quale questa Corte ha cassato la sentenza di merito per aver erroneamente escluso la vincolatività dell'accordo raggiunto tra i coniugi, anteriormente alla separazione, finalizzato alla suddivisione *pro-quota* diseguale delle spese familiari e aver dichiarato non ripetibile il pagamento integrale delle stesse da parte del marito». La Corte si dimentica, però, di aggiungere che quella decisione non riguardava un accordo preventivo sulle conseguenze della crisi coniugale, bensì un accordo che, raggiunto al momento della crisi, concerneva non già i futuri rapporti patrimoniali tra coniugi per effetto della crisi, ma disponeva in merito a quelli pregressi, in costanza di fase fisiologica e non patologica del rapporto *inter coniuges* ([59]).

([58]) Cass. 26 aprile 2021, n. 11012, cit., su cui v. *supra*, par. 2, ha stabilito che «Qualora in sede di separazione personale i coniugi, nel definire i rapporti patrimoniali già tra loro pendenti e le conseguenti eventuali ragioni di debito-credito vantate da ciascuno, abbiano pattuito anche la corresponsione di un assegno da versarsi dall'uno in favore dell'altro "vita natural durante", il giudice del divorzio, chiamato a decidere sull'*an* del richiesto assegno divorzile, dovrà preliminarmente provvedere alla qualificazione della natura dell'accordo intervenuto tra le parti, precisando se la rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante) "in occasione" della crisi familiare sia estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali tra coniugi in materia familiare, perché giustificata da altra causa, e quindi verificare se debba essere riconosciuto il diverso diritto all'assegno divorzile, che può trovare fondamento soltanto in ragione della crisi familiare». Incontestabilmente, quindi, la Corte ha mostrato di aderire alla tesi restrittiva, per cui ogni prestazione postmatrimoniale che trovi la sua causa nella crisi coniugale attiene a diritti indisponibili e ad una (non meglio precisata, sebbene il richiamo all'assegno di divorzio appaia piuttosto riconoscibile, come si vedrà tra un attimo) «disciplina inderogabile», così rimettendo alla corte d'appello l'«attento esame dell'accordo concluso dalle parti in sede di separazione, qualificandone la natura, precisando il rapporto tra la eventuale rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante "in occasione" della crisi familiare), estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti tra coniugi in materia familiare, ed il diritto all'assegno divorzile (che esprime una relativa certezza "a causa" della crisi della famiglia)».

([59]) Cfr. Cass., 15 maggio 2024, n. 13366: «In tema di contribuzione per i bisogni della famiglia durante il matrimonio, ciascun coniuge è tenuto a concorrere in misura proporzionale alle proprie sostanze e, a seguito della separazione, non sussiste il diritto al rimborso di un coniuge nei confronti dell'altro per le spese così sostenute in modo indifferenziato; il menzionato principio è, tuttavia, suscettibile di deroga tramite un accordo contrattuale tra le stesse parti, in quanto lo stesso può meglio rispecchiare le singole capacità economiche di ciascun coniuge o modulare forme di generosità spontanea tra i coniugi ed è, comunque, finalizzato al soddisfacimento delle primarie esigenze familiari e dei figli, nel rispetto dei doveri solidaristici che trovano la loro fonte nel rapporto matrimoniale. (Nella fattispecie in esame, la S.C. ha cassato la sentenza del tribunale che, dopo aver erroneamente escluso la vincolatività dell'accordo raggiunto tra i coniugi, anteriormente alla separazione, finalizzato alla suddivisione *pro quota* diseguale delle spese familiari, aveva dichiarato non ripetibile il pagamento integrale delle stesse da parte del marito)». L'accordo di cui si discuteva, raggiunto per scambio di messaggi di posta elettronica tra le parti, aveva ad oggetto «la ripartizione delle spese tra i detti coniugi, nel periodo da marzo a settembre 2018 (anteriormente alla separazione), prevedendo, in particolare, la suddivisione delle spese dell'abitazione e del mantenimento del figlio minore (nato nel 2016) nelle proporzioni del 60%, a carico del marito e del 40% a carico della moglie». Quel *decisum* del 2024, dunque, non può dispiegare alcun effetto sul caso discusso nel 2025, posto che esso si limitava a chiarire che la ripetizione dei crediti vantati a titolo di una «eccessiva» contribuzione (in relazione ai parametri di proporzionalità scolpiti negli artt. 143 e 316-*bis* c.c.), usualmente considerati dalla Cassazione come non ripetibili, proprio perché riferiti a prestazioni effettuate nel contesto del dovere di contribuzione coniugale, sono però disponibili e le parti possono accordarsi per una successiva, parziale o totale restituzione, a seguito di una rideterminazione convenzionale effettuata *ex post*.

Altra decisione richiamata è poi la n. 18843/2024, in cui si è affermato che le pattuizioni che, sebbene contenute in un patto aggiunto e contestuale all'accordo di divorzio congiunto, strettamente connesse a questo per volontà delle parti e che non abbiano ad oggetto diritti indisponibili o in contrasto con norme inderogabili, non possono essere oggetto di intervento diretto da parte del giudice, in quanto espressione della libera determinazione negoziale delle parti, ma devono essere prese in considerazione nel giudizio di revisione delle condizioni economiche del divorzio *ex* art. 9 della l. n. 898 del 1970 ([60]). Peraltro, l'accordo di cui si discuteva in quella sede non aveva alcunché a che vedere con le intese preventive: trattavasi, infatti, di un'intesa *a latere*, nel contesto di una crisi coniugale già in atto, cui appaiono riferibili questioni ermeneutiche del tutto diverse da quelle attinenti alle intese preventive in vista di una crisi coniugale sempre possibile, sì, ma non ancora attuale ([61]).

Ma non basta ancora.

A ben vedere, infatti, il consolidato orientamento cui la Corte fa richiamo trova le sue radici nelle sole due (e più volte citate) decisioni del 2012 e del 2013. Per l'epoca precedente al 2012, invero, la Cassazione mai e poi si era trovata a «salvare» un'intesa preventiva sulla base del ricorso alla tesi del contratto condizionato, contrapponendo quest'ultimo agli accordi sul contributo al mantenimento del coniuge separato e sull'assegno di divorzio. Al contrario, essa non aveva mai esitato, neppure per un istante, a fulminare di nullità intese tra coniugi separati dirette a stabilire singole, ben determinate, attribuzioni patrimoniali al momento dell'eventuale (ancorché in tal contesto ormai facilmente vaticinabile) futuro divorzio, anche al di là e al di fuori dell'ipotesi della predeterminazione del (o della rinunzia al) diritto all'assegno divorzile ([62]).

([60]) Cfr. Cass., 10 luglio 2024, n. 18843: «Le pattuizioni che, sebbene contenute in un patto aggiunto e contestuale all'accordo di divorzio congiunto, siano strettamente connesse a questo per volontà delle parti e non abbiano ad oggetto diritti indisponibili o in contrasto con norme inderogabili, pur non potendo essere oggetto di intervento diretto da parte del giudice, in quanto espressione della libera determinazione negoziale delle parti, devono essere prese in considerazione nel giudizio di revisione delle condizioni economiche del divorzio *ex* art. 9 della L. n. 898 del 1970. (Nella fattispecie in esame, la S.C. ha cassato, con rinvio, il decreto della corte d'appello che aveva confermato la decisione di primo grado, secondo cui, nel giudizio di modifica delle condizioni di divorzio, non poteva essere presa in considerazione la scrittura privata con la quale le parti avevano stabilito che, ad integrazione del contributo al mantenimento di € 3.500,00 mensili, stabilito nel ricorso congiunto di divorzio, uno degli ex coniugi si obbligava a versare all'altro la somma aggiuntiva di € 2.500,00 mensili)».

([61]) Per una panoramica cfr. OBERTO, *Gli accordi* a latere *nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2006, 150 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., 248 ss.

([62]) Cfr. ad es. Cass., 1° marzo 1991, n. 2180: «Il divieto per i coniugi di disciplinare in anticipo i loro rapporti patrimoniali per l'eventualità del divorzio non riguarda solo la predeterminazione dell'assegno, ma comprende gli accordi economici parimenti rientranti nel regime patrimoniale del divorzio (nella specie, trattavasi di accordo accessorio alla separazione, ma funzionalmente collegato anche al divorzio, con il quale erano concessi in godimento alla moglie beni mobili ed immobili del marito), sussistendo anche per tali accordi le ragioni di ordine pubblico del divieto (attitudine ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo *status* personale). Il principio non resta escluso dalla possibilità, introdotta dall'art. 4 della legge 6 marzo 1987 n. 74 (che ha novellato l'art. 4 della legge 1° dicembre 1970 n. 898), di proporre congiuntamente la domanda di divorzio, poiché, in questa evenienza, le intese raggiunte dalle parti sul relativo assetto economico attengono ad un divorzio che esse hanno già deciso di conseguire, e, quindi, non semplicemente prefigurato». V. inoltre Cass., 11 agosto 1992, n. 9494, che si è espressa per la nullità di un'intesa, denominata «atto di transazione», con cui, in sede di separazione, il marito, a tacitazione di ogni pretesa della moglie a titolo di mantenimento, si impegnava a farle trasferire la proprietà di un appartamento; da parte sua la moglie dichiarava di essere stata completamente soddisfatta di ogni pretesa, anche futura, per mantenimento, rinunciando espressamente ad ogni assegno ed «a pretendere alcunché in caso di divorzio, rinunciando quindi anche all'assegno di cui all'art. 5 comma 3 della Legge 1 dicembre 1970 n. 898». Cfr. poi anche Cass., 10 gennaio 2012, n. 1084, che ha ritenuto nulla una scrittura, avente ad oggetto il trasferimento, dal marito alla moglie, di un immobile e il versamento di una somma quale definizione transattiva delle pretese vantate dalla moglie sul patrimonio del marito, laddove il patto (concluso in sede di separazione con valenza anche per il futuro divorzio) aveva la funzione di porre fine alla controversia insorta tra i coniugi circa la divisione di tale patrimonio, alla cui formazione la moglie vantava di avere contribuito anche mediante cessione di beni personali.

Fermo restando quanto sopra, non può però non concordarsi con quanto rilevato da alcuni dei primi commentatori dell'ordinanza del 2025 ([63]), i quali hanno posto in luce come non sia possibile ridurre tale ultimo provvedimento giudiziale al rango di un episodio privo di rilievo. Anzi, appare fondata la considerazione secondo cui questa decisione potrebbe finalmente segnare l'irreversibilità di un percorso che, in breve, potrebbe portare i patti preconiugali o coniugali *in contemplation* della crisi coniugale a non essere più considerati in termini di illiceità per ragioni «di principio», e cioè in quanto ritenuti lesivi di una tradizionale idea di famiglia come valore superiore e indisponibile rispetto agli interessi dei suoi singoli componenti.

([63]) Cfr. ad es. BUSANI, *La Cassazione apre ai patti prematrimoniali*, 12 agosto 2025, https://www.ilsole24ore.com/art/la-cassazione-apre-patti-prematrimoniali-AHgqIy8B.

SEZ. II
LA TIPICITÀ DEI CONTRATTI DELLA CRISI CONIUGALE E FAMILIARE

5. Perché l'accordo di cui a Cass., n. 20415/2025 *non* è un contratto atipico. I contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare

La parte più rilevante dell'ordinanza n. 20415/2025 è, però, quella in cui la stessa definisce l'accordo *inter partes* come un «contratto atipico condizionato».

L'esistenza di una condizione è innegabile nella specie. Ma la parte motiva del provvedimento non spiega, in primo luogo, perché mai, allora, la regola enunciata, in merito alla validità dell'intesa, non dovrebbe valere anche per le pattuizioni preventive in tema di contributo al mantenimento del coniuge separato e di assegno di divorzio. Anche tali previsioni, invero, ove oggetto di pattuizione preventiva, si sostanziano nella previsione di attribuzioni patrimoniali sottoposte alla condizione sospensiva della separazione o del divorzio. Probabilmente la risposta risiede nel fatto che, come già illustrato, la Cassazione dichiara qui di aderire alla tesi della (asserita) indisponibilità della materia in esame, ai sensi dell'art. 160 c.c., di cui si dirà tra breve ([64]).

Quanto, poi, alla definizione di quell'intesa alla stregua di un contratto tipico, la realtà è un'altra, anche se la conclusione che qui si propone non nega certo validità all'intesa in oggetto, anzi. Trattasi, infatti, nella specie, di nient'altro se non di un vero e proprio contratto della crisi coniugale, o familiare. Ci si riferisce, qui, ad una categoria generale che, per la prima volta proposta nel 1999 dallo scrivente come riferita alla sola crisi coniugale ([65]), va oggi integrata alla luce degli accordi relativi alla crisi dell'unione civile e della convivenza di fatto, considerate le novità introdotte dalla l. 20 maggio 2016, n. 76. Questa novella ha, da un lato, ammesso lo scioglimento consensuale dell'unione civile, mercè il rinvio alle norme sul divorzio su domanda congiunta, e, dall'altro, tipizzato il contratto di convivenza, che logicamente contempla anche la possibilità di un'intesa sullo scioglimento del rapporto ([66]). Per questo motivo appare più corretto parlare oggi, per l'appunto, di contratti della crisi familiare ([67]), a meno che, ovviamente, non si intenda limitare il campo d'osservazione alla separazione e al divorzio e quindi alla sola crisi coniugale.

Si definiscono, dunque, contratti della crisi coniugale o familiare quelli che vengono stipulati in contemplazione della crisi del rapporto coniugale (o di unione civile, o di convivenza di fatto), avuto riguardo all'intenzione delle parti di considerare la relativa pattuizione alla

([64]) Sul tema v. *infra*, par. 8.

([65]) OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 709 s. Per qualche riconoscimento dottrinale della categoria negoziale in oggetto v. per es. CARRABBA, *L'adempimento traslativo immobiliare nei contratti della crisi coniugale*, Napoli, 2003; SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, cit., 1567 ss.; ARCERI, *Le Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari in fase di separazione consensuale e divorzio a conclusioni congiunte*, in *Fam. e dir*., 2021, 1095; AMBROSINO, *Gli effetti della revocatoria sui patti "a causa" di separazione. Il ruolo sistematico dell'onerosità a tutela della stabilità dell'accordo di separazione*, nota a Cass., 7 ottobre 2024, n. 26127, in *Contratti*, 2025, 22; ZAPPALÀ, *Nuove nozze e assegno divorzile: l'obbligato può rinunciare alla riduzione?*, nota a Cass., 15 marzo 2024, n. 7029, in *Nuova giur. civ. comm*., 2024, 787 s.

([66]) Su questi temi specifici cfr. OBERTO, *I regimi patrimoniali delle unioni civili*, in *Giur. it.*, 2016, 1797 ss.; ID., *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir*., 2016, 943 ss. Sul carattere squisitamente «familiare» dell'aggregato personale usualmente definito come convivenza *more uxorio* v. per tutti ID., *Nuove famiglie e vecchi regimi*, cit., 563 ss. In senso favorevole alla proposta dello scrivente di considerare come ormai tipico anche il contratto di convivenza v. ad es. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in AA. VV., *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, a cura di Salanitro, cit., 409.

([67]) OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 265 ss.

stregua di una delle «condizioni» della separazione o del divorzio (o dello scioglimento del rapporto di fatto), cioè di un elemento la cui presenza viene dalle parti ritenuta essenziale al fine di acconsentire ad una definizione non contenziosa della crisi stessa ([68]).

Il carattere rigorosamente tipico dei contratti di cui qui parliamo deriva dal loro espresso riconoscimento legislativo. La legge, già da ben prima della c.d. «riforma Cartabia» del 2022 ([69]), si riferiva alle «condizioni della separazione consensuale» (art. 711 c.p.c.), e alle «condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici» in sede di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 4, comma 16, L.Div.). Oggi la disposizione di riferimento (art. 473-*bis*.51 c.p.c.) continua a fondare un preciso accordo tra i coniugi, stabilendo che il ricorso su domanda congiunta per la separazione personale o il divorzio (o la modifica delle relative condizioni) *contiene*, e quindi *deve* contenere, «le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici», soggiungendo che «Con il ricorso le parti possono anche regolamentare, in tutto o in parte, i loro rapporti patrimoniali».

Ora, una lettura coordinata delle predette disposizioni, alla luce di quella giurisprudenza pluriennale dello stesso S.C., a mente della quale ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali ([70]), consente di stabilire che «condizioni» della crisi coniugale (separazione, divorzio, modifica di condizioni pregresse), non sono soltanto quelle «regole di condotta» destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione o al divorzio, bensì anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione le parti intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi familiare; e tra queste ultime non può non rientrare l'assetto, il più possibile definitivo, dei propri rapporti economici, con la liquidazione di tutte le «pendenze» ancora eventualmente in atto.

6. Fondamento normativo del carattere tipico dei contratti della crisi coniugale e familiare

Si dovrà pertanto rilevare come, per gli accordi in oggetto, costituenti a tutti gli effetti (e come più volte ribadito) «condizioni della separazione o del divorzio», saranno applicabili tutte le regole per queste ultime dettate dal codice civile, così come da quello di rito, oltre ovviamente a quelle elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Ne consegue che, ad esempio, per siffatto tipo di intese varrà, sul piano degli effetti, il principio della sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus* ([71]), peraltro derogabile, ad avviso dello scrivente, sulla base di un espresso accordo tra le parti ([72]). Quest'ultima affermazione appare del resto confermata dalla possibilità, concessa dal nostro codice ai contraenti dotati di capacità di agire, di «autoinibirsi» per sempre il potere di ottenere lo

([68]) Si noti che aderire alla tesi della causa tipica (giusfamiliare) comporta, tra l'altro, che i contratti della crisi familiare vadano ascritti al novero di quelli che, *ex* art. 11, D.Lgs. 70/2003, sono sottratti alla disciplina che ha recepito la normativa comunitaria in tema di commercio elettronico, dal momento che l'art. cit. richiama espressamente i «contratti disciplinati dal diritto di famiglia».

([69]) Cfr. D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197.

([70]) Cfr. per esempio Cass., 5 luglio 1984, n. 3940; Cass., 15 marzo 1991, n. 2788; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657.

([71]) In senso conforme a quanto già indicato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 473 ss., cfr. anche ALPA e BARGELLI, *Premessa: i rimedi alla crisi familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I/2, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2ª ed., cit., 1244; COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 848.

([72]) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 473 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 45 ss., 203 ss. Per la dottrina che aderisce all'impostazione dello scrivente cfr. ad es. ARCERI, *Le Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari in fase di separazione consensuale e divorzio a conclusioni congiunte*, cit., 1095; AMBROSINO, *Gli effetti della revocatoria sui patti "a causa" di separazione. Il ruolo sistematico dell'onerosità a tutela della stabilità dell'accordo di separazione*, cit., 22.

scioglimento del vincolo negoziale *ex* art. 1467 c.c. per eccessiva onerosità sopravvenuta, così escludendo, nel modo più chiaro, ogni incidenza della sopravvenienza nei loro rapporti giuridici patrimoniali. Ed invero, l'art. 1469 c.c. sottrae proprio al rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta non solo i contratti «aleatori per loro natura», ma, per l'appunto, anche quelli che siano tali «per volontà delle parti», come nel caso qui prospettato ([73]).

Questi contratti, poi, dovranno intendersi come efficaci (salvo patto contrario) a decorrere dal momento dell'emanazione della sentenza di omologa della separazione o del divorzio su domanda congiunta. Ancora, sul piano della forma, varrà il principio per cui questi accordi, costituendo oggetto del contenuto eventuale dell'intesa di separazione o divorzio, potranno essere inseriti a verbale d'udienza di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta, che costituisce atto pubblico a tutti gli effetti (art. 2699 c.c.), con tutte le relative conseguenze previste dalle disposizioni in tema di pubblicità mobiliare e immobiliare (art. 2657 c.c.) e dalla normativa fiscale (art. 19, l. 74/1987) ([74]).

([73]) Sulla questione non possono poi non dispiegare influenza anche le conclusioni (trattate in altra sede: cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 473 ss.) in materia di trasferimenti di diritti tra coniugi in occasione della crisi coniugale. Quando si arriva ad ammettere – come si è esattamente rilevato già da tempo in dottrina (MAJELLO, *Se, durante la separazione legale, il coniuge affidatario possa validamente rinunciare all'assegno per il mantenimento della prole e come tale rinunzia possa conciliarsi con l'obbligo dell'altro coniuge di contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli*, in AA. VV., *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucchi*, Padova, 1989, 523) – che la causa del regolamento negoziale dell'obbligo di mantenimento «può essere ritrovata nella stessa esigenza di assetto, personale e patrimoniale, dei paciscenti», cioè di un «assetto di interessi che rimane nell'àmbito della discrezionale ed autonoma determinazione dei coniugi stessi, i quali (...) assumono a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendano l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso» (cfr. Cass. 25 ottobre 1972, n. 3299, in *Giust. civ*., 1973, I, 221), la porta è ormai più che aperta per dare pieno ingresso alla rinunzia, intesa non più soltanto come riconoscimento dell'attuale autosufficienza economica, bensì come assetto definitivo e vincolante anche per il futuro, in deroga a quanto stabilito dalle disposizioni in tema di modifica delle condizioni della separazione o del divorzio. E così, tanto per portare un ulteriore esempio, si è pure affermato che neppure la sopravvenuta dichiarazione di nullità del matrimonio può estinguere «l'obbligazione assunta da un coniuge di trasferire allo altro la proprietà di un immobile a scopo di mantenimento per il periodo di separazione antecedente la dichiarazione di nullità del vincolo» (Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Riv. dir. fam*., 1984, 922). Del pari, non possono trascurarsi le considerazioni svolte dalla giurisprudenza che ha negato alla riconciliazione dei coniugi separati l'effetto di revoca delle attribuzioni compiute nel contesto di siffatta separazione. Così, la già ricordata decisione di legittimità del 1972 ha stabilito che «Qualora tra i coniugi si convenga, con pattuizione facente parte dell'accordo di separazione consensuale, che l'obbligazione di mantenimento sia adempiuta, anziché a mezzo di una prestazione patrimoniale periodica, con l'attribuzione definitiva di beni, mobili o immobili, o di capitali in danaro, l'esecuzione di tale attribuzione estingue totalmente e definitivamente l'obbligazione. (...) A tale efficacia estintiva non ostano né il rilievo che lo stato di separazione ha carattere essenzialmente non permanente, né il rilievo che a carico del coniuge può sorgere successivamente l'obbligazione di alimenti». Una successiva pronunzia di merito ha poi ribadito che «È da escludere (…) che costituiscano (…) effetti della sentenza di separazione (o del decreto di omologazione della separazione consensuale) i negozi aventi ad oggetto il trasferimento di diritti (…). Consegue che la riconciliazione non fa venire meno gli effetti dei contratti di trasferimento di beni (così come del resto non fa venir meno gli effetti della divisione dei beni in comunione legale – divisione che può costituire causa delle attribuzioni di beni in sede di separazione – posto che la ricostituzione della comunione opera solo per il futuro)»: cfr. Trib. Pistoia, 1° febbraio 1996, in *Riv. not*., 1997, II, p. 1421, con nota di GIVRI (*ivi* erroneamente indicato quale GIURI). Nello stesso senso cfr. anche Trib. Genova, 19 giugno 1980, in *C.E.D. - Corte di cassazione*, Arch. MERITO, pd. 810059: «L'esecuzione dell'obbligazione di mantenimento fra coniugi, mediante attribuzione definitiva di bene immobile estingue, totalmente o definitivamente, l'obbligazione stessa. Si tratta, invero, di un assetto d'interessi che rimane nell'ambito della discrezione ed autonoma determinazione dei coniugi stessi, i quali assumono – entrambi – a proprio carico il rischio economico della sopravvenienza di situazioni che rendano l'attribuzione inadeguata, in difetto o in eccesso».

([74]) Profili, questi, su cui v. per tutti OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1267 ss., 1327 ss.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 167 ss., 195 ss., 283 ss.; ID., *I trasferimenti patrimoniali in occasione della separazione e del divorzio*, in *Familia*, 2006, 181 ss.; P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Notariato*, 2005, 622 ss.

Le conclusioni di cui sopra giungono a puntuale smentita dell'argomento secondo cui la legge non detterebbe «una sia pur minima disciplina della fattispecie» ([75]). E la smentita appare vieppiù sonora allorquando si ponga mente alla disciplina specificamente introdotta nel 2016 in merito ai contratti di convivenza, che, per le ragioni ampiamente in altra sede illustrate, non possono non contenere anche le intese dirette a por fine in modo consensuale alla convivenza stessa. Anche siffatti contratti della crisi familiare dovranno pertanto considerarsi come tipici.

Altra insuperabile conferma deriva poi dalla normativa in tema di negoziazione assistita, laddove la «convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte» consente di dar luogo ad una «soluzione consensuale» di separazione personale, di divorzio o di modifica delle relative condizioni, secondo quanto previsto dall'art. 6, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni in L. 10 novembre 2014, n. 162. La tesi della causa tipica dei contratti della crisi *lato sensu* familiare (cioè comprensiva di ogni forma di regolamentazione giuridica di ogni tipo di naufragio di ogni tipo d'unione affettiva considerata oggi costituire una «famiglia») viene pertanto a ricevere ulteriore conferma normativa.

Dovrà ancora aggiungersi sul tema, per ragioni di completezza, che dalla riforma del 2014 non pare possibile ricavare, per via di estensione analogica di una regola restrittiva, il principio secondo cui un patto prematrimoniale potrebbe essere valido sol se rispettoso della forma ivi contemplata (e, in particolare, della necessaria assistenza legale indipendente, come prescritto dai sistemi di *common law*) ([76]). Trattasi infatti, con tutta evidenza, di una disposizione eccezionale, pur se rispondente ad un evidente principio di buon senso: buon senso che, peraltro, nella tradizione di *civil law* – cfr. *ex multis* l'esperienza catalana, o quella germanica – vede, anziché l'avvocato, piuttosto il notaio quale garante di tale necessaria «terzietà tecnica».

È però certamente vero che l'introduzione della negoziazione assistita in vista della separazione e del divorzio ha, dal punto di vista dei princìpi, un effetto dirompente sul tema dell'autodeterminazione e della negoziazione come fonte per la definizione dei rapporti fra i coniugi dopo la crisi del matrimonio, segnando – mercé la consegna alla contrattazione delle parti della decisione stessa sul mutamento del loro *status* – il definitivo trionfo dell'autonomia negoziale nel contesto della crisi del matrimonio. Del tutto insostenibili appaiono, quindi, oggidì ([77]) tesi quali quelle che intendevano desumere dal (sempre necessario, in allora, ma ora certo non più) «vaglio del giudice» la vincolatività dell'accordo raggiunto: vincolatività che non sarebbe derivata, nella concezione ormai definitivamente morta e sepolta, «dall'autoregolamentazione delle parti, che funge solo da presupposto per la valutazione giudiziale, ma ha titolo costitutivo nella sentenza emessa dal Tribunale» ([78]).

([75]) Così invece P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, cit., 627, nonché LA SPINA, *Accordi in sede di separazione e assolvimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge mediante corresponsione* una tantum, in *Riv. dir. civ*., 2010, 453.

([76]) Questa è invece l'opinione di RIMINI, *I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità*, nota a Cass., 26 aprile 2021, n. 11012, in *Fam. e dir.*, 2021, 895; ID., *Assegno divorzile e autonomia privata*, in *Giur. it*., 2024, 2244.

([77]) Anche se, a ben vedere, tali apparivano già prima, alla luce della natura omologatoria tanto del decreto (all'epoca) emesso a seguito della separazione consensuale, che della sentenza da pronunziarsi a seguito del divorzio su domanda congiunta: al riguardo v., proprio con riferimento a siffatta «sentenza», già TRABUCCHI, *Il nuovo divorzio. Il contenuto e il senso della riforma*, in *Riv. dir. civ*., 1987, II, 127, secondo il quale il procedimento di divorzio si sarebbe concluso «con una omologa data dal tribunale in camera di consiglio». Sul tema cfr. anche OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1338 ss.; per ulteriori richiami e approfondimenti sul punto si fa rinvio a ID., *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, nota a Trib. Milano, 18 luglio 2023, in *Fam. e dir*., 2023, 1145 ss.

([78]) Così – sulle orme di DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia nel sistema del diritto privato*, I, Milano, 2002, 416 – si esprime TORRE, *op. loc. ultt. citt.* Tra le tanti voci che valorizzano il contributo dato alla soluzione del problema della validità delle intese preventive in vista della crisi coniugale dall'introduzione della negoziazione assistita v. poi SCUDERI, *La nuova stagione dell'autonomia privata nelle relazioni familiari*, in *Riv.*

7. L'accoglimento della tesi proposta dallo scrivente, sui contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare, in dottrina e giurisprudenza. Tipicità e «negoziazione globale»

L'impostazione proposta per la prima volta dallo scrivente nel 1999 ([79]), sulla causa tipica dei contratti della crisi coniugale (e, oggi, a seguito della novella del 2016 su unione civile e convivenza di fatto, crisi *lato sensu* familiare), sembra essere stata accolta favorevolmente da una larga parte della dottrina ([80]) ed è stata pienamente e convintamente recepita dalla Corte di legittimità, dapprima a sezioni semplici e poi, su su, fino alle Sezioni Unite, come si dirà tra breve.

Il primo arresto in tal senso risale al 2004: «Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili (…) rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale». Ora, tale fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto, ove l'accordo «svela, di norma, una sua tipicità», la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., «colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della gratuità», in ragione dell'eventuale ricorrenza o meno nel concreto, «dei connotati di una sistemazione solutorio-compensativa» più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di «possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale» ([81]).

Successivamente, la Corte Suprema è temporaneamente tornata alla figura del contratto atipico ([82]), per poi puntare, nuovamente, nel 2019, alla tesi della tipicità ([83]). Proprio tale

---

dir. fam., 2024, 1748 ss., il quale rileva che «nel momento in cui si rimette all'accordo tra i coniugi – o meglio ex coniugi – tutta la fase della separazione o del divorzio, con conseguente esclusione dell'intervento giurisdizionale, tutti gli effetti della fine della relazione coniugale e l'instaurazione del nuovo stato di separati o divorziati, sono rimessi alle determinazioni dagli stessi concordate (…) non sembra avere più alcun senso richiamare il principio dell'indisponibilità degli *status* per negare gli accordi prematrimoniali». Anche CASABURI, *«Dicono e odono e poi son giù volte». I cinquanta anni della l. 898/70*, in *foroplus*.it, 2021, riconosce che appare davvero paradossale, dopo l'introduzione della separazione e del divorzio per negoziazione assistita, o addirittura «municipale», per effetto delle norme citate, continuare, come fa la giurisprudenza, a prestare un «vuoto omaggio a diritti indisponibili che tali, invece, non sono».

([79]) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 709 ss.

([80]) Sul punto v., ad esempio, MARELLA, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, cit., 108 s., nt. 128; SANGERMANO, *Riflessioni su accordi prematrimoniali e causa del contratto: l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata anche nel diritto di famiglia*, cit., 1567 ss.; anche per TARDIA e BRIGNONE, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 66 s. «Il dato della tipicità è desunto (…) dagli appigli normativi che danno fondamento giuridico alla negozialità fra coniugi nella fase della crisi della famiglia». Nello stesso senso v. inoltre PENZA, *sub art. 160*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Cendon, *Artt. 143 - 230 bis. Diritti e doveri fra coniugi. Scioglimento del matrimonio. Separazione personale. Rapporti patrimoniali*, Milano, 2009, 986 ss., 1013 ss.; ARCERI, *op. loc. ultt. citt.*; AMBROSINO, *op. loc. ultt. citt*.

([81]) Cfr. Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, in *Arch. civ*., 2004, 1026; nello stesso senso v. anche la successiva Cass., 14 marzo 2006, n. 5473.

([82]) Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it*., 2007, I, 1189; Cass., 24 aprile 2007, n. 9863.

([83]) Cass., 25 ottobre 2019, n. 27409, in *Foro it*., 2020, I, 2482, con nota di LAGHI: «Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti reciproche attribuzioni patrimoniali e concernenti beni mobili o immobili, rispondono, di norma, ad uno specifico spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale che svela una sua tipicità propria la quale, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., può colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della gratuità, in ragione dell'eventuale ricorrenza, o meno, nel concreto, dei connotati di una sistemazione solutorio-compensativa più ampia e complessiva, di tutta quella serie di possibili rapporti aventi significati, anche solo riflessi, patrimoniali maturati nel corso della quotidiana convivenza matrimoniale». Per una decisione di merito in questo stesso senso cfr. Trib. Frosinone, 3 marzo 2021, in *Fam. e dir*., 2021, 753.

impostazione è stata ulteriormente ribadita nel 2023 ([84]), passando attraverso un esplicito e rilevante riconoscimento della tesi proposta dallo scrivente in una decisione del 2021, emessa a Sezioni Unite ([85]).

Ulteriore consacrazione della tesi qui in esame proviene, poi, dalla giurisprudenza del S.C. in materia tributaria. Giurisprudenza che, oltre tutto, mostra il pregio di superare l'artificiosa distinzione (pure essa, ciclicamente comparente nelle sentenze) tra negozi «causati» e negozi «solo occasionati» dalla crisi coniugale.

Così, in un paio di decisioni del 2016, concernenti due trasferimenti immobiliari originati dalla stessa procedura di separazione personale consensuale, respingendo il ricorso presentato dalla Agenzia delle Entrate per allegata «falsa applicazione dell'art. 19, L. n. 74/1987, e violazione dell'art. 8 della Tariffa allegata al D.P.R. n. 131/1986», la Cassazione ha ritenuto applicabile il regime di esenzione previsto dall'art. 19 della L. n. 74/1987, a trasferimenti immobiliari *inter coniuges* in sede di separazione personale, per i quali gli avvisi di liquidazione impugnati avevano disposto l'assoggettamento a tassazione ordinaria. Ciò, malgrado il fatto che l'acquisto da parte di ciascuno dei coniugi separati della metà del terreno oggetto di trasferimento non fosse conseguenza dell'avvenuto scioglimento di una (non esistente, *inter partes*) comunione legale tra i coniugi, vigendo già tra questi il regime della separazione dei beni ed essendo stato acquistato il terreno dai coniugi nel 2000 ciascuno per la quota di un mezzo, in regime di comunione ordinaria.

Ad avviso dell'Agenzia ricorrente, dunque, trattandosi di atto non «causato», ma solo occasionalmente generato dalla separazione personale tra i coniugi, non avrebbe potuto trovare applicazione nella fattispecie il regime di esenzione previsto dall'art. 19 della L. n. 74/1987.

([84]) Cfr. Cass., 30 dicembre 2023, n. 36562. Nella specie, la S.C., ribadendo la tesi della causa tipica, ha cassato con rinvio la sentenza impugnata che, ai fini dell'azione revocatoria *ex* art. 2901 c.c., aveva qualificato come gratuita l'attribuzione patrimoniale con cui, nell'ambito dell'accordo per la separazione consensuale, il marito aveva ceduto alla moglie la propria quota indivisa di alcuni immobili cointestati, senza tener conto delle risultanze istruttorie comprovanti la provenienza dall'eredità paterna della donna delle somme utilizzate per l'edificazione degli stessi. Nello stesso ordine di idee si colloca Cass., 4 settembre 2023, n. 25749, sempre in tema di revocatoria di un trasferimento immobiliare in sede di crisi coniugale, secondo cui «Va premesso che gli accordi patrimoniali che i coniugi concludono in occasione dell'instaurazione di un regime di vita separata o del divorzio, anche denominati contratti della crisi coniugale, che possono prevedere anche il trasferimento di diritti su beni immobili ed essere contenuti nelle condizioni di separazione o di divorzio o, come in questo caso, in un autonomo accordo frutto della negoziazione assistita, mantengono la loro autonomia rispetto alla separazione o al divorzio e possono essere aggrediti dai terzi creditori con l'azione di simulazione assoluta (v. Cass. n. 24687 del 2022) o con l'azione revocatoria (v., tra le altre, Cass. n. 10443 del 2019; Cass. n. 17908 del 2019). Essi possono poi colorarsi, a seconda dei casi, ai fini della più particolare e differenziata disciplina di cui all'art. 2901 c.c., dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della "gratuità"».

([85]) Cass., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761, in *Notariato*, 2021, 535, con nota di GAMBARDELLA: «3.1.3. Altra dottrina – in un'ottica di maggiore apertura, dettata dalla necessità di tenere conto del contesto peculiare nel quale si sviluppano siffatti accordi traslativi, dettati dall'esigenza di porre fine quanto prima, e senza il rischio di successivi ripensamenti pregiudizievoli per la stabilità, già precaria, della situazione familiare – si spinge fino a valutare unitariamente e complessivamente tutte le condizioni della separazione (o del divorzio), ed arriva ad attribuire ad esse una comune connotazione di tipicità, cui fa conseguire una disciplina unitaria. In particolare, secondo tale tesi, occorrerebbe tenere conto del carattere di "negoziazione globale" che la coppia in crisi attribuisce al momento della "liquidazione" del rapporto coniugale di fronte alla necessità di valutare gli infiniti e complessi rapporti di dare-avere che la protratta convivenza genera, operando una ricostruzione che, in luogo di una miriade di possibili accordi innominati, faccia perno, invece, sull'individuazione di un vero e proprio contratto di definizione della crisi coniugale o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali. Tale contratto dovrebbe abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimento di diritti patrimoniali, compiuti con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale. E si tratterebbe di accordi tipici, in quanto ancorati alle previsioni – valorizzate in un significato diametralmente opposto a quello propugnato dal primo orientamento – dell'art. 711 c.p.c. e della L. n. 898 del 1970, art. 4, comma 16, laddove si riferiscono, rispettivamente, alle "condizioni della separazione consensuale" e alle "condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici" delle parti. A tali contratti è attribuito il nome di "contratti della crisi coniugale" o di "contratti postmatrimoniali"» (i richiami normativi di cui sopra vanno oggi riferiti, ovviamente, all'art. 473-*bis*.51 c.p.c., *n.d.a.*).

Le due decisioni di legittimità fanno peraltro giustizia di siffatta impostazione, constatando come «un ormai quasi ventennale orientamento dottrinale» (e qui il riferimento agli studi dello scrivente appare più che chiaro) abbia sottoposto «a serrata critica la distinzione tra accordi di separazione propriamente detti ed accordi stipulati "in occasione della separazione", affermando che anche gli accordi che prevedano, nel contesto di una separazione tra coniugi, atti comportanti trasferimenti patrimoniali dall'uno all'altro coniuge o in favore dei figli, debbano essere ricondotti nell'ambito delle "condizioni della separazione" di cui all'art. 711 comma 4 c.p.c., in considerazione del carattere di "negoziazione globale" che la coppia in crisi attribuisce al momento della "liquidazione" del rapporto coniugale, attribuendo quindi a detti accordi la qualificazione di contratti tipici, denominati "contratti della crisi coniugale", la cui causa è proprio quella di definire in modo non contenzioso e tendenzialmente definitivo la crisi» ([86]).

Quanto mai interessante, poi, lo sviluppo della tesi di cui sopra nelle motivazioni testé citate, nelle quali si dà atto che siffatta visione «trae certamente nuova linfa in un contesto normativo che – quantunque in modo non sempre consapevole e soprattutto coerente – ha certamente attribuito all'elemento del consenso tra i coniugi il ruolo centrale nella definizione della crisi coniugale». Un percorso normativo che «culmina certamente nelle disposizioni degli artt. 6 e 12 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni, nella L. 10 novembre 2014, n. 162, che hanno, rispettivamente, esteso il procedimento di negoziazione assistita da avvocati alla separazione consensuale, al divorzio ed alla modifica delle condizioni di separazione e di divorzio (art. 6) e previsto che "i coniugi possono concludere, innanzi al Sindaco, quale Ufficiale dello stato civile..., un accordo di separazione personale, di divorzio o di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio (art. 12), i quali, ad ogni effetto di legge, "tengono luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono i corrispondenti procedimenti" e nelle disposizioni sul c.d. divorzio breve di cui alla L. 6 maggio 2015, n. 55».

La Corte prosegue quindi osservando come «le nuove disposizioni, drasticamente riducendo l'intervento dell'organo giurisdizionale in procedimenti tradizionalmente segnati da vasta area di diritti indisponibili legati allo *status* coniugale ed alla tutela della prole minore, abbiano, nel quadro d'interventi definiti di "degiurisdizionalizzazione", di fatto attribuito al consenso tra i coniugi un valore ben più pregnante rispetto a quello che, anche a seguito dell'introduzione del divorzio a domanda congiunta delle parti, aveva pur sempre indotto unanimemente dottrina e giurisprudenza ad escludere che nel nostro ordinamento giuridico potesse avere cittadinanza il c.d. divorzio consensuale».

Quanto sopra, sempre nelle motivazioni citate, induce la Cassazione a ritenere che, «nel mutato contesto normativo di riferimento, debba riconoscersi il carattere di negoziazione globale a tutti gli accordi di separazione che, anche attraverso la previsione di trasferimenti mobiliari o immobiliari, siano volti a definire in modo tendenzialmente stabile la crisi coniugale, destinata a sfociare, di lì a breve, nella cessazione degli effetti civili del matrimonio concordatario o nello scioglimento del matrimonio civile, cioè in un divorzio non solo prefigurato, ma voluto dalle parti, in presenza delle necessarie condizioni di legge (per quanto qui rileva, il decorso del termine richiesto di separazione legale ininterrotta)».

In tale contesto, conclude la S.C., non sembra «potersi più ragionevolmente negare – quale che sia la forma che i negozi concretamente vengano ad assumere – che detti negozi siano da intendersi quali "atti relativi al procedimento di separazione o divorzio", che, come tali possono usufruire dell'esenzione di cui all'art. 19 della L. n. 74/1987 nel testo conseguente alla pronuncia n. 154/1999 della Corte costituzionale, salvo che l'Amministrazione contesti e provi, secondo l'onere probatorio cedente a suo carico, la finalità elusiva degli atti medesimi».

I due precedenti testé citati del 2016 hanno poi trovato seguito in una decisione del 2022, in cui si è ribadito che anche gli accordi che prevedano, nel contesto di una separazione tra

([86]) Cfr. Cass., 3 febbraio 2016, n. 2111 e Cass., 17 febbraio 2016, n. 3110.

coniugi, atti comportanti trasferimenti patrimoniali dall'uno all'altro coniuge o in favore dei figli debbano essere ricondotti nell'ambito delle «condizioni della separazione» di cui all'art. 711, comma 4, c.p.c. (oggi, come detto, art. 473-*bis*.51 c.p.c.), in considerazione del carattere di «negoziazione globale» che la coppia in crisi attribuisce al momento della «liquidazione» del rapporto coniugale; attribuendo quindi a detti accordi la qualificazione di contratti tipici, denominati «contratti della crisi coniugale», la cui causa è proprio quella di definire in modo non contenzioso e tendenzialmente definitivo la crisi» ([87]).

Per concludere su questo punto critico, dovrà dirsi che il mancato (nella decisione di legittimità del 2025) riconoscimento dell'esistenza di un contratto a causa tipica e il tentativo di operare una (pure essa … jheringiana, nel senso ironico sopra precisato) distinzione tra: *a*) accordi nulli perché sottoposti al principio della (asserita) inderogabilità *ex* art. 160 c.c., in quanto «causati» dalla crisi coniugale e *b*) accordi validi perché «meramente occasionati» dalla crisi coniugale, appaiono operazioni comunque destinate a fallire. A ben vedere, infatti, il riconoscimento di debito di cui si discuteva nella decisione n. 20415/2025 abbracciava, come si è visto, almeno in (più che consistente) parte, l'espresso riconoscimento del contributo fornito dalla moglie al *ménage* familiare. Dunque, l'attribuzione patrimoniale *una tantum* in discorso svolgeva quella funzione «perequativo-compensativa» che la moda odierna riferisce proprio all'assegno di divorzio.

([87]) Cass., 7 settembre 2022, n. 26363: «Pertanto va riconosciuta l'applicabilità dell'esenzione di cui alla L. n. 74 del 1987 a tutti gli atti e a tutte le convenzioni che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare sotto il controllo del giudice i loro rapporti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio o alla separazione personale, ivi compresi gli accordi che contengono il riconoscimento o il trasferimento della proprietà esclusiva di beni mobili ed immobili all'uno o all'altro coniuge (cfr., tra le tante, Cass. 14157/2013, 3110/2016, 13840/2020 e 3074/2021)».

SEZ. III
LA VALIDITÀ DEGLI ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI CONIUGALE,
ANCHE ALLA LUCE DELLA PIENA DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI IN GIOCO

8. La piena e incondizionata validità delle intese preventive sulla crisi coniugale. Inconferenza del richiamo all'art. 160 c.c.

Gli argomenti usualmente impiegati dalla Cassazione per fondare il suo indirizzo restrittivo in materia di accordi preventivi in vista del divorzio – e, almeno in parte, indirettamente riproposti nella pronunzia del 2025 – hanno trovato il conforto di una parte della dottrina, la quale ha rilevato, per esempio, che «permettendo [ai coniugi] di determinare la somma da pagare si favorirebbe, indirettamente un loro accordo preventivo sulla conduzione del procedimento di divorzio, diretto a favorire l'accoglimento della domanda» ([88]).

Altri studiosi hanno invece espresso punti di vista assai divergenti da questo. Come esattamente rilevato ([89]), le posizioni così fortemente rigide della giurisprudenza hanno completamente disatteso le aspirazioni di quella parte della dottrina che invece vedeva, alla luce della più recente normativa, un superamento del «principio dell'ordinamento italiano circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio» ([90]).

A ciò potrà aggiungersi l'esatto rilievo secondo cui risulta veramente peculiare l'ostinarsi a considerare un valore irrinunciabile la libertà di difendersi nel giudizio di divorzio, cioè una libertà connessa ad un potere che non esiste, nel senso che l'opposizione al divorzio, come si è rimarcato, «costituisce una causa persa in partenza, perché la posizione di un coniuge nei confronti dell'altro coniuge è una posizione di *soggezione* non di diritto alla persistenza e vincolo», quasi che lo scioglimento del matrimonio fosse una concessione operata dai giudici, non dipendente dalla volontà delle parti, ma connessa alla attuazione di un interesse pubblico superiore ([91]).

([88]) Così VINCENZI AMATO, *I rapporti patrimoniali*, in *Commentario sul divorzio*, diretto da Rescigno, Milano, 1980, 340 ss., in partic. 344, nt. 45; si noti che, l'Autrice riconosce, per altro verso, la sostanziale disponibilità dell'assegno.

([89]) Cfr. CAVALLO, *Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio*, in *Giust. civ.*, I, 1992, 1243.

([90]) Cfr. QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, I, *Profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 73; nello stesso senso, successivamente, v. anche ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 427 ss.

([91]) Così E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, in *Il codice civile.* Commentario fondato e già diretto da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2004, 425. Le osservazioni dello scrivente, già esposte in OBERTO, *Volontà dei coniugi ed intervento del giudice nelle procedure di separazione consensuale dei coniugi e di divorzio su domanda congiunta*, in *Riv. dir. fam.*, 2000, 771 ss., sono condivise anche da TARDIA e BRIGNONE, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 28, i quali rilevano che «A fronte dell'esercizio del diritto mediante proposizione della relativa azione giudiziaria, l'altra parte viene a trovarsi in una situazione di soggezione, poiché la volontà di un coniuge di sciogliersi dall'unione rende intollerabile la convivenza ed impossibile la ricostituzione della comunione materiale e spirituale. Emerge chiaramente che non c'è alcun diritto di difesa da tutelare nel giudizio concernente lo *status*, dato che l'eventuale volontà contraria di uno dei coniugi non può mai impedire la pronuncia della sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio. Inoltre, l'intento delle parti non è quello di disporre dello *status* bensí di determinare in modo certo l'assetto dei futuri rapporti economici, in senso non necessariamente iniquo per una di esse». Pure AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 2003, 45 ss., rileva che «non di rado l'intento delle parti è solo quello di determinare in anticipo un (equo) assetto dei futuri rapporti economici, al fine di evitare irrigidimenti e contestazioni. Inoltre l'accordo può tendere in alcune circostanze a fornire mezzi sufficienti proprio al coniuge che intende divorziare e in séguito alla crisi potrebbe rimanerne sprovvisto, confermandolo dunque in una decisione liberamente presa e non forzandone la libertà (c.d. clausola premiale)». Anche MONTINARO, *op. cit.*, 84, rimarca che «The prevailing scholarly view criticizes those arguments [*i.e.*: la tesi del «mercimonio dello *status*», *n.d.a.*], claiming that regulating the financial consequences of marriage dissolution does not constitute bargaining over the marital *status*, given the fact that

Pure il richiamo (presente, peraltro, solo in una parte delle decisioni sul tema, tra cui anche quella del 2025) all'art. 160 c.c. non ha ragione alcuna di sussistere, laddove la norma nulla ha a che vedere con i diritti nascenti dalla crisi coniugale, come ampiamente già dimostrato in altre sedi ([92]).

Sarà il caso di rammentare al riguardo che la storia dell'art. 160 c.c. insegna che tale norma è erede dell'art. 1379 c.c. 1865 («Gli sposi non possono derogare né ai diritti che appartengono al capo della famiglia, né a quelli che vengono dalle legge attribuiti all'uno o all'altro coniuge, né alle disposizioni proibitive contenute in questo codice»), a sua volta mutuata da quell'art. 1388 *Code Napoléon*, che non poche polemiche aveva sollevato in sede di lavori preparatori. Proprio durante la discussione in seno al Consiglio di Stato, di fronte all'obiezione di Cambacérès, secondo cui non sarebbe sembrato opportuno porre limiti eccessivi alla libertà negoziale delle parti in sede di *contrat de mariage*, venne risposto (da parte di Jean-Baptiste Treilhard) che lo scopo della norma era unicamente quello di «défendre toute stipulation qui rendrait la femme chef de la société conjugale», privando il marito («celui à qui la nature a donné le plus de moyens pour la bien gouverner») del diritto – spettantegli «par la nature même des choses» – di essere di tale unione «le maître et chef» ([93]).

Lo spirito era dunque, in buona sostanza, ancora quello che aveva indotto, diversi secoli prima, Ulpiano a riprovare come *contra bonos mores* tutti i patti stipulati «contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est» ([94]).

In questa direzione si mosse costantemente l'interpretazione della dottrina, sia francese che italiana, che vedeva nelle disposizioni testé citate una regola speciale dettata a tutela delle prerogative del marito come capo della famiglia e portava quale esempio della violazione di tale principio «il patto in virtù del quale i figli nati da un matrimonio misto dovessero essere

---

those type of agreements do leave each spouse free to deny his or her consent to divorce». *Simili modo* C. IRTI, *Sulla nullità degli accordi conclusi dai coniugi separati in vista del divorzio*, cit., 593 ss., osserva, sulle orme dello scrivente, che la tesi sul condizionamento della libertà di divorziare «sembra completamente avulsa dall'attuale contesto socio-giuridico, ove la domanda e l'ottenimento di una pronuncia di divorzio possono ben prescindere dal consenso dei coniugi». Pure GAZZONI, *Assegno divorzile, capacità lavorativa e* choosiness, nota a Trib. Roma, 2 ottobre 2012, in *Riv. dir. fam*., 2013, 558 ss., rileva, piuttosto ironicamente, che «la volontà di divorziare, come tutti sanno tranne i Supremi Giudici, non è requisito preteso dalla legge, nel senso che un'eventuale opposizione sarebbe del tutto irrilevante». Molto critico circa le posizioni tradizionali appare anche RIMINI, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir*., 2018, 1047 ss.; lo stesso Autore parla, giustamente, al riguardo di un' «atmosfera di insostenibile arretratezza»: cfr. ID., *I giudici confermano la nullità dei patti in vista del divorzio*, in https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/i-giudici-confermano-nullita-patti-vista-divorzio-AEJujHG?refresh_ce=1, 5 maggio 2021, *passim*. Assai condivisibili appaiono pure i rilievi di GORGONI, *Accordi definitivi in funzione del divorzio: una nullità da ripensare*, in AA. VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di Landini e Palazzo, cit., 301, nt. 22, secondo cui «non è ragionevole ritenere, come fa la Cassazione, che quanto stabilito nella fase della separazione sia irrilevante nel procedimento di divorzio; né è corretto presumere *iuris et de jure* che l'attribuzione di una consistente somma di denaro induca il coniuge beneficiario a divorziare. Non fosse altro perché, solitamente, le trattative volte alle definizione dei rapporti economici iniziano quando il matrimonio è irrimediabilmente compromesso».

([92]) Cfr. OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 253 ss., 260 ss.; ID., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir*., 2012, 69 ss. Concordano con tale conclusione anche ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi* a latere *e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, cit., 99 (la quale rimarca che la possibilità di trasporre il disposto dell'art. 160 c.c. ai diritti di natura post-matrimoniale «è discutibile, giacché la stessa discorre di diritti e doveri insorgenti per effetto dello stato coniugale, mentre il divorzio rappresenta, rispetto al matrimonio, l'opposto»); BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, cit., 310 s. e SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 10ª ed., cit., 156. Anche per GAZZONI, *op. loc. ultt. citt.*, l'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c. «all'evidenza, attiene al contenuto del matrimonio e non già alla regolamentazione degli effetti patrimoniali del divorzio».

([93]) V. il resoconto della relativa seduta del *Conseil d'Etat* in L. JOUANNEAU, C. JOUANNEAU e SOLON, *Discussions du code civil dans le Conseil d'Etat*, I, Paris, 1805, 357.

([94]) Cfr. D., 24, 3, 14.

educati nella religione della madre, o l'altro più frequente che i maschi seguissero la religione del padre e le femmine la religione materna», con la conseguenza che, proprio per effetto del principio indicato, «se (...) non ostante il patto il marito facesse educare i figli nella propria religione la moglie non avrebbe azione per impedirlo; ove lo tentasse, il marito allegando il suo diritto di patria potestà farebbe respingere la domanda» ([95]).

L'argomento storico sembra dunque sconsigliare la riferibilità della norma in esame alla fase patologica del rapporto coniugale: anche dopo la sostituzione della «regola del capo» con quella della parità, l'attenzione del legislatore continua ad essere rivolta, nell'art. 160 c.c., alla fase di normale svolgimento della vita coniugale, né la parità può essere conseguita al prezzo di ridurre i coniugi ad uno stato di semi-incapacità, mediante l'enunciazione di divieti a contrarre, in pieno contrasto con la regola del pieno accordo sulle «condizioni» (*tutte* le condizioni!) della separazione, che caratterizza la soluzione non contenziosa della crisi coniugale.

Ciò appare del resto confermato – e si viene così alla seconda argomentazione, di tipo sistematico – anche dalla collocazione dell'art. 160 c.c., posto 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. È lo stesso legislatore che, disciplinando le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale nel capo V, ci fa comprendere che la regola *ex* art. 160 c.c., dettata in apertura del capo successivo, vale quale disposizione generale (così infatti si intitola la Sezione I) in relazione alle sole norme ivi contenute. Lo stesso uso del termine «sposi», anziché «coniugi» ([96]), sembra del resto deporre per una lettura della disposizione come riferita a quei diritti e doveri che si presentano a chi sta per iniziare la propria vita di coppia e non certo a chi s'appresta a scriverne l'epitaffio.

Può dunque dirsi che gli argomenti storici, letterali, logici e sistematici si oppongono, proprio con riguardo ai contratti prematrimoniali, al dilagare di un uso improprio dell'art. 160 c.c. e del relativo dogma dell'indisponibilità. E, del resto, a ben vedere, l'unico modo di far vivere tale disposizione in questo settore si risolverebbe nel paradosso di chi, prospettando addirittura un'estensione analogica dell'art. cit. ([97]), finisce con l'avvilupparsi in una vera e propria *contradictio in adiecto*, postulando una «similitudine di casi» (v. art. 12 cpv. prel.) tra la materia degli effetti del matrimonio e quella degli effetti del suo... venir meno. Per non dire, poi, che 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 ([98]).

([95]) Cfr. per es. BIANCHI, *Trattato dei rapporti patrimoniali dei coniugi secondo il codice civile italiano*, Pisa, 1888, 70; analoghe considerazioni in Fr. FERRARA Sen., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, 112.

([96]) Pur se dovuta, probabilmente, ad una errata traduzione del termine francese *époux*, che, nella lingua di Molière, significa, più che «sposi» (lì, in quel senso, si usa piuttosto il termine *mariés*), «coniugi»; ma è noto che le espressioni legislative, anche se derivate da cattive traduzioni, acquistano poi nella nuova lingua un significato del tutto autonomo. E, nella specie, il termine «sposi», in italiano, allude proprio ad una coppia che ha appena pronunciato il fatidico «sì». L'argomento fondato sulla collocazione della norma in oggetto e sull'uso del termine «sposi» viene giustamente valorizzato, sulla scia delle osservazioni dello scrivente, anche da TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, cit., 1680.

([97]) DALMOTTO, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, nota a Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it*., I, 1, 345. Ma, giustamente, anche TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, cit., 1681, ribatte che la disponibilità processuale non è, e non può essere, se non il riflesso di quella sostanziale.

([98]) La tesi, già esposta dallo scrivente trenta anni or sono (cfr. OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e dir*., 1995, 601 ss.), è stata condivisa da gran parte della dottrina: cfr., tra i contributi più risalenti, ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 113. Di analogo avviso TARDIA e BRIGNONE, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 29, secondo cui non va trascurato che la disposizione in esame (art. 160 c.c.) «è sistematicamente collocata nell'àmbito delle norme che disciplinano gli effetti economici e patrimoniali del matrimonio nella fase fisiologica». Per un'interpretazione restrittiva dell'art. 160 cit. come limitato a quei soli diritti fondamentali di cui

Non per nulla, chi ancora s'ostina a collocarsi sulle posizione più conservatrici in tal senso, non può trovare altra soluzione ermeneutica, se non quella di supporre che il criterio della solidarietà coniugale, scolpita nell'art. 143 c.c., svolga una funzione, per così dire, curiosamente ultrattiva. In altre parole, la regola dell'inderogabilità sarebbe applicabile anche all'assegno di divorzio, per il sol fatto di essere stata l'intesa materialmente sottoscritta quando i due erano ancora coniugati (o, magari, neppure lo erano ancora…) ([99]).

Ciò, quindi, proprio quando i soggetti, in realtà, provvedono per un tempo in cui l'unica forma di «solidarietà» non sarà più, certo, quella coniugale, bensì, per l'appunto, quella postconiugale, la quale non può sostanziarsi se non nei ristretti limiti imposti dal legislatore. Un legislatore che (come si dirà tra un attimo) pone proprio quale *prima regola* quella dell'accordo e investe il giudice del potere di applicare quanto disposto dall'art. 5 L.Div. solo ed esclusivamente nel caso in cui le parti non siano in grado di trovare un'intesa (intesa che nessuna norma, tra l'altro, impone ai coniugi di trovare sol dopo che la procedura divorzile abbia avuto inizio!).

Inutile ribadire che l'ottica qui stigmatizzata appare perfettamente coerente con la visione (rispettabilissima, sia chiaro, ma dentro i confini rigorosamente personali dell'adesione ad una data fede religiosa, che, come tale, nessuna ricaduta dovrebbe avere sui diritti e doveri scolpiti nelle tavole della legge di uno Stato laico) del matrimonio come sacramento indissolubile, ancora espressa, ad esempio, dall'organo ufficiale di stampa della Conferenza Episcopale Italiana, proprio a commento della decisione del luglio 2025, più volte evocata ([100]).

---

gode il coniuge come persona si esprimono anche G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 398 e TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, cit., 1681 s. Anche PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, cit., 587 ss. rileva che «sia dalla collocazione della norma, posta dal legislatore nel capo relativo al regime patrimoniale della famiglia ed in particolare riferita alla convenzioni matrimoniali, sia da una lettura sistematica risulta evidente che la stessa possa applicarsi esclusivamente al regime primario inderogabile che regola la fase della convivenza». Aderiscono alla tesi dello scrivente circa l'esclusiva riferibilità della norma in oggetto alla fase fisiologica del rapporto coniugale pure MAZZARIOL, *La necessaria riscoperta del momento consensuale nell'ambito patrimoniale della famiglia: due casi emblematici*, in *Cultura e diritti*, 2014, 75 e COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 858. Autorevolmente, poi, SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 10ª ed., cit., 156, rimarca che «è stato dimostrato con varietà di argomenti come [l'art. 160 c.c.] riguardi unicamente la fase fisiologica del matrimonio». Contrario all'estensione analogica dell'art. 160 c.c. alla fase dello scioglimento del matrimonio è anche G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., 699 s., che, pure, sostiene la nullità degli accordi preventivi di divorzio. Anche per COMPORTI, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, cit., 113, la norma di cui all'art. 160 c.c. «non sembra bene invocata» nella situazione in esame. Nel senso, invece, che l'art. 160 c.c. costituirebbe ancora oggi uno degli ostacoli principali sul tema della disponibilità delle prestazioni connesse alla separazione e al divorzio cfr., tra gli studiosi che più di recente si sono occupati della questione, RIMINI, *Assegno divorzile e autonomia privata*, cit., 2239 ss.

([99]) Così T.V. RUSSO, *I contratti prematrimoniali*, cit., 210: «L'interpretazione della normativa in tema di assegno di mantenimento in chiave sistematica e assiologica conduce all'inquadramento del relativo obbligo nell'àmbito dei doveri nascenti tra i coniugi per effetto del matrimonio che trovano la loro fonte non solo nell'art. 143 c.c., quanto e principalmente nel principio dell'unità della famiglia garantito dall'art. 29 cost. che trova attuazione non solo nella fase fisiologica del rapporto coniugale, quanto anche nella fase patologica, ove assume una connotazione differente sí da ricoprire un ruolo fondamentale, quale ulteriore valorizzazione dei principi di pari dignità sociale e di eguaglianza tra i coniugi. Nel momento in cui i nubendi o i coniugi 'non in crisi' decidono di voler regolamentare i propri interessi per l'ipotesi di un'eventuale 'crisi' del legame la c.d. solidarietà familiare assume un ruolo decisivo». *Non omnis moriar*! Questo sembra quasi (con le parole di Orazio) il grido che sfugge al rapporto coniugale, pur dall'avello in cui gli ex coniugi vorrebbero, di comune accordo, tumularlo per sempre.

([100]) Si veda ad es. BORDIGNON, *Sui patti prematrimoniali la Cassazione non convince*, in *Avvenire*, 13 agosto 2025, in cui si legge che «Per questo le prestazioni matrimoniali non possono essere oggetto di coercizione o modulazione contrattuale preventiva: (…) il matrimonio non è stipulato per ricevere beni o servizi, ma per offrirli; non è finalizzato a durare fino a quando conviene, ma "finché morte non ci separi". Introdurre logiche contrattuali preventive significa alterarne la natura, riducendolo a un accordo di reciproca assistenza e cura, privandolo della sua essenza di dono e di impegno senza condizioni». Inutile dire che, in una relazione a due, se si offrono beni o servizi, ci va pur sempre qualcuno che tali beni o servizi riceva e che ciò che per l'uno è dovere, per l'altro è diritto.

Ovviamente, è del tutto lecito esprimere simili opinioni. Preoccupante è, invece, che Autori giuridici partano da concezioni del genere per (vanamente) tentare di far assumere alla «solidarietà postconiugale» (esistente, certo, ma nei soli rigorosi limiti che le sono imposti, nell'unico caso di difetto di intesa tra le parti) connotazioni extralegali che le sono del tutto estranee.

Proprio da quest'ultimo rilievo la tesi qui sostenuta riceve ulteriore linfa. E invero, se pure, *per absurdum*, volessimo ammettere che tra i diritti e doveri del matrimonio rientrano anche quelli della separazione e del divorzio, l'art. 160 c.c. (non va dimenticato) ricomprenderebbe e «proteggerebbe», tra i diritti asseritamente inderogabili, proprio quello… di far disposizione e mercimonio delle prestazioni patrimoniali postmatrimoniali *inter coniuges*, come previsto da tutta la normativa sulla crisi coniugale.

A ben vedere, infatti, il citato art. 160 non stabilisce certo che criteri di calcolo, modalità d'erogazione, *an* e *quantum* delle prestazioni post-separatizie e post-divorzili (ammesso e non concesso che divorzio, di cui la norma *non* parla, sia concetto «analogo» a matrimonio!) e quant'altro attiene alla crisi coniugale, siano irrinunziabili e inderogabili. Inderogabili sono, come detto, i «diritti e doveri» dei coniugi. E il primo dei diritti riconosciuti ai coniugi in crisi è proprio quello di liberamente determinarne gli esiti, sotto ogni profilo, ogniqualvolta i due raggiungano un'intesa. Le (costose, incerte e imprevedibili) tutele giudiziali basate sull'art. 5, L.Div. (e, diciamolo pure, sui contraddittori, incerti, fluidi e variabili «parametri» da esso previsti) varranno quindi solo laddove le parti non saranno state in grado d'accordarsi, dando esse stesse «vita» e concreta applicazione al citato dettato normativo. Il discorso, si badi, vale anche per i rapporti con i figli, salva la clausola del superiore interesse del minore, che rende non già indisponibile la materia, ma, semmai, nulli eventuali accordi che risultassero in contrasto con tale superiore – questo sì, inderogabile – interesse ([101]).

9. La piena disponibilità, anche non in via preventiva, in qualunque momento e sede, delle prestazioni postmatrimoniali. Inconferenza dell'argomento pretesamente fondato sulla valutazione d'equità delle attribuzioni *una tantum*.

Vano sarebbe interrogarsi, come facciamo in questa sede, sulla disponibilità *in via preventiva* delle prestazioni separatizie e postmatrimoniali, se poi si dovesse affermare che trattasi comunque di materia caratterizzata da un principio di radicale indisponibilità, *tout court*, a prescindere dal momento e dalla sede in cui l'accordo viene raggiunto. Sarebbe, invero, un po' come interrogarsi sulla possibilità di una coppia di futuri genitori di alienare la responsabilità genitoriale a terzi prim'ancora della nascita di figli, laddove un siffatto negozio neppure sarebbe concepibile su figli già esistenti ([102]).

L'interprete si trova qui di fronte ad un altro punto assai controverso, in relazione al quale dottrina e giurisprudenza si sono lanciate in arditi esercizi di contorsionismo giuridico,

---

Altrettanto inutile dire che, nella moderna concezione laica e statuale del matrimonio, da parecchio tempo non è più solo «sorella morte corporale» a decretare la fine di un'unione.

([101]) Argomentazione analoga è rinvenibile in BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali". Note* de iure condendo, in *Fam. e dir*., 2019, 1156, nt. 28, il quale osserva che «L'art. 160 c.c., dunque, non può più essere invocato, come vallo che blocca ogni negoziabilità degli effetti del matrimonio, giacché già oggi vi sono numerosi effetti del matrimonio, e della crisi, che possono essere mutati dall'accordo dei coniugi, rispetto a quanto previsto dalla legge».

([102]) Questo è precisamente il motivo per cui lo scrivente, nel proprio lavoro sui contratti della crisi coniugale del 1999, aveva fatto precedere al capitolo appositamente dedicato agli accordi prematrimoniali proprio un capitolo concernente la materia della disponibilità *tout court* delle prestazioni postmatrimoniali. A distanza di tanto tempo, però, avuto riguardo al fatto che la materia è nota anche al vasto pubblico ed è stata ormai affrontata da numerosissimi scritti e da altrettante decisioni, il rispetto, nell'esposizione della materia, di siffatto ordine logico non appare forse più strettamente necessario.

con il risultato di creare una situazione di confusione quasi inestricabile. Anche in questo contesto, sarà opportuno, innanzi tutto, rinviare alle sedi in cui lo scrivente, da tempo, ha sviluppato la tesi della piena disponibilità, tanto del diritto al mantenimento del coniuge separato (art. 156 c.c.), che dell'assegno di divorzio (art. 5, L.Div.) ([103]).

Iniziando, dunque, della disponibilità del diritto al mantenimento del coniuge separato, *ex* art. 156 c.c., occorre ovviamente tenere conto, in primo luogo, del fatto che qui ci si trova di fronte ad un matrimonio ancora esistente. Non stupisce, pertanto, che l'obbligo in discorso sia prevalentemente inteso come una semplice prosecuzione del dovere di contribuzione di cui all'art. 143 c.c., con attribuzione delle caratteristiche proprie di quest'ultimo: prima tra tutte, quella dell'indisponibilità, con richiamo «obbligato» all'art. 160 c.c.; questione, però, di cui ci siamo appena occupati ([104]).

Per ciò che attiene, invece, all'assegno divorzile, va rimarcato come il dibattito sulla relativa natura disponibile ha caratterizzato la materia in esame sin dall'entrata in vigore della L.Div., conoscendo alterne fasi e vicende, tanto in dottrina che in giurisprudenza.

L'opinione prevalente è così passata, da un'iniziale posizione piuttosto «possibilista» ad una totale chiusura dopo l'entrata in vigore della l. 74/1987. In effetti tale legge è venuta ad incidere su entrambi gli argomenti usualmente presi in considerazione al fine di risolvere il problema della disponibilità del diritto all'assegno. Da un lato, infatti, essa ha specificato che la corresponsione *una tantum* può avvenire solo «se ritenuta equa dal tribunale», mentre dall'altro, con il famoso inciso relativo ai «mezzi adeguati», essa ha indubbiamente esaltato il carattere assistenziale dell'assegno ([105]): carattere che, però, dal 2018 è stato affiancato dalla funzione chiamata «perequativo-compensativa» ([106]).

Soffermando ora l'attenzione sulla prima delle due innovazioni sopra segnalate, e cioè sull'introduzione di un controllo, alla stregua del criterio d'equità, della liquidazione *una tantum* dell'assegno divorzile, notiamo proprio che su di essa ha fatto leva una parte della dottrina per desumere il carattere irrinunciabile del diritto ([107]).

Anche una parte della giurisprudenza, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, si è dimostrata sensibile a questo particolare argomento ([108]). Altri Autori hanno invece affermato che dalla previsione della valutazione d'equità del tribunale si può trarre solo un'indicazione nel senso dell'inammissibilità di una rinunzia preventiva ([109]), ma non di una rinunzia *tout court* ([110]).

Ma gli argomenti decisivi, in merito alla valutazione d'equità dell'accordo sull'indennità *una tantum*, sono ben altri.

([103]) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 387 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 389 ss. (parte I), 495 ss. (parte II); ID., *Contratto e famiglia*, cit., 253 ss.; v. inoltre AL MUREDEN, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 990 ss.

([104]) V. *supra*, par. 8; per ulteriori richiami e approfondimenti si fa rinvio a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 253 ss.

([105]) Per i richiami v. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 421 ss.

([106]) Su cui v. per un'attenta analisi e per i necessari richiami, SESTA, *L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?*, in *Fam. e dir*., 2022, 79 ss.

([107]) A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, *Il divorzio*, Milano, 1988, 448.

([108]) Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1239, con nota di CAVALLO; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, in *Riv. dir. fam.*, 1996, 931.

([109]) Per la trattazione del tema, che non può essere approfondito in questa sede, si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 483 ss.; ID., «*Prenuptial agreements in contemplation of divorce» e disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, cit., 171 ss.

([110]) Cfr. V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, nota a Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, in *Corr. giur.*, 1992, 866; ID., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, nota a Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Fam. e dir.*, 1994, 148 ss.

In primo luogo, invero, la predetta valutazione non appare costituire una condizione di validità dell'intesa, bensì solo del conseguente effetto preclusivo ([111]), come confermato dal secondo dei due periodi di cui si compone il comma ottavo dell'art. 5 L.Div., che, con il suo *incipit* («In tal caso…»), sembra volersi collegare all'ipotesi prospettata nella parte finale del primo periodo, cioè appunto quella dell'effettuata valutazione d'equità. Inoltre – e questa sembra la considerazione dirimente – tale valutazione non risulta richiesta nel procedimento di divorzio su domanda congiunta, bensì solo nella procedura contenziosa, nel corso della quale le parti, eventualmente demandata al giudice la decisione sull'*an*, raggiungano un accordo in punto *quantum* ([112]).

La tesi orientata in senso ampliativo ([113]), si scontra con il principio secondo cui le disposizioni di carattere eccezionale non sono estensibili analogicamente e siffatto controllo d'equità demandato al giudice costituisce sicuramente una deroga al principio di libertà negoziale che, come ormai (quasi) universalmente riconosciuto, domina la materia dei contratti della crisi familiare. Una deroga che, tra l'altro, spinge la dottrina più attenta ad esprimere, con tutta schiettezza, la convinzione che «i tempi siano assolutamente maturi per una riflessione sulla necessità e reale portata del controllo di equità richiesto dalla norma in oggetto» ([114]).

Ancora una volta, del resto, la comparazione con il già citato art. 278 cpv. del *Code Civil* (espressamente riferito, al contrario di quanto accade per l'italica previsione, al caso del *divorce par consentement mutuel*) appare illuminante. Sembra quindi inevitabile concludere che, in un moderno sistema dei riti che presiedono alla chiusura di una crisi coniugale, le eventuali limitazioni agli effetti prodotti dal consenso delle parti interessate vadano tassativamente indicate dal legislatore.

Insomma, come condivisibilmente osservato in dottrina ([115]), «l'abbandono di una concezione pubblicistica della famiglia, l'esaltazione del profilo consensualistico – tanto più

([111]) In questo senso cfr. A. e M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, III, cit., 450; in giurisprudenza cfr. Trib. Perugia, 5 dicembre 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 46; Trib. Terni, 6 marzo 1995, *ibidem*, 47, con nota di CANONICO.

([112]) Sul tema e per l'esposizione delle varie tesi che si contendono il campo sul punto cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 439 e II, cit., 826 s.; ID., *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, cit., 20; nello stesso senso di cui al testo (ininfluenza della norma in tema di liquidazione *una tantum* sulla ben diversa questione della disponibilità dell'assegno) v. anche DE MARZO, *Divorzio su domanda congiunta e equità degli accordi patrimoniali*, in *Fam. e dir*., 2000, 263; *contra*, nel senso che dalla norma qui citata sarebbe desumibile l'indisponibilità dell'assegno divorzile, QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, cit., 13. In quest'ultimo senso v. anche RIMINI, *Assegno divorzile e autonomia privata*, cit., 2239 ss.

([113]) Cfr., oltre agli Autori già citati alla nota precedente, MACARIO, *Sub art. 10 l. 6.3.1987, n. 74*, in *Nuove leggi civ. comm*., 1987, 900 ss., spec. 910; BOCCHINI, *La negozialità nel divorzio*, in AA. VV., *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, a cura di Cuffaro, Milano, 2021, 177; LENTI, *Diritto della famiglia*, Milano, 2021, 775; BONILINI e NATALE, *L'assegno post-matrimoniale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, 2ª ed., II, *La separazione personale tra coniugi. Il divorzio*, Torino, 2022, 973; BENANTI, *Autonomia privata e tutele economiche nella complessità delle crisi familiari*, cit., 123, la quale peraltro ammette, assai condivisibilmente, che, per quanto concerne il contenuto della valutazione equitativa, non appare convincente la tesi, da altri sostenuta, secondo cui il giudice dovrebbe (addirittura!) verificare la corrispondenza tra la somma concordata e la capitalizzazione dell'assegno periodico, calcolato secondo i criteri indicati nell'art. 5, comma 6, L.Div. Si può aggiungere, in proposito, che una tale pretesa equivalenza sarebbe esigibile solo se la determinazione della somma spettasse direttamente al giudice, come accade nell'ordinamento francese (cfr. l'art. 274 del *Code Civil*, per i casi di divorzio diversi da quello consensuale). Quando, invece, la quantificazione è rimessa all'autonomia delle parti, essa non è vincolata ai parametri legali sopra richiamati. Ma allora, sia consentito aggiungere, perché mai insistere anche in questa ipotesi per la necessità di un (dalla legge non richiesto) intervento, che non si capisce neppure bene a quali criteri dovrebbe ispirarsi, laddove le parti (maggiorenni e capaci) sono le migliori interpreti dei propri interessi?

([114]) Così, testualmente, C. IRTI, *L'accordo di corresponsione* una tantum *nelle procedure stragiudiziali di separazione e divorzio: spunti di riflessione sulla gestione patrimoniale della crisi coniugale tra autonomia delle parti e controllo del giudice*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 826.

([115]) Cfr. TOTARO, *Gli effetti del divorzio*, cit., 1679.

pregnante quando cessa la convivenza coniugale e al dovere di contribuzione si sostuiscono comuni rapporti obbligatori, fondati su meno stringenti valori solidaristici tra persone ormai indipendenti – (…) sono elementi che, complessivamente considerati, orientano l'interprete a ritenere da un lato disponibile l'assegno e, dall'altro, validi ed efficaci i patti in occasione di divorzio, sia preventivi che *a fortiori* contemporanei o posteriori».

10. Danni causati dalla confusione concettuale tra mantenimento, alimenti, funzione assistenziale e funzione alimentare

Un altro consistente argomento in favore della tesi della pretesa indisponibilità del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio fa leva sul carattere (in tutto o in parte) assistenziale di siffatte prestazioni ([116]).

Orbene, va notato qui *in primis* che proprio tale profilo non esonera certo l'avente diritto dall'onere della proposizione di un'apposita domanda, posto che tra coniugi, a differenza che per i figli, l'assegno non è determinato d'ufficio, ciò che già di per sé appare difficilmente compatibile con la tesi che vorrebbe l'assegno medesimo indisponibile. A questo s'aggiunga che la prospettazione in questa sede criticata cozza con la considerazione per cui comunque il beneficiario potrebbe, per i più svariati motivi, accontentarsi di un assegno inferiore rispetto a quello spettantegli per legge, senza che al riguardo il tribunale – o il pubblico ministero – possano avere alcunché a ridire ([117]).

Ulteriori, inutili, complicazioni ermeneutiche derivano dall'indebita confusione operata talora tra alimenti e mantenimento. Trattasi, come noto, di concetti ben distinti tra di loro, al punto da non consentire una trasposizione (quanto meno: una trasposizione meccanica e acritica) dei principi governanti ciascuna di queste realtà giuridiche all'altra e viceversa ([118]). In questa confusione sembra incorrere anche quella dottrina che, predicando ancor oggi la nullità dell'accordo «che lasciasse il coniuge che avrebbe avuto diritto all'assegno di divorzio in una condizione di bisogno» ([119]), finisce, inconsapevolmente, da un lato, con l'applicare alla materia degli accordi una regola (quella dell'art. 5 L.Div.) che vale solo per i provvedimenti giurisdizionali emessi in mancanza di intesa tra le parti e, dall'altro, con l'arricchire *contra legem* l'elenco (tassativo!) di cui all'art. 433 c.c. di un'ulteriore categoria di soggetti ivi assolutamente non menzionati, vale a dire gli ex coniugi.

A parte i dati sistematici testé evidenziati, rimane il fatto che gli innumerevoli, innegabili caratteri differenziali della prestazione alimentare rispetto all'assegno di divorzio ed al mantenimento del coniuge separato non consentono alcuna forma di estensione – né per via

([116]) Cfr. *ex multis*, BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali". Note* de iure condendo, cit., 1159, secondo il quale «è principio generale dell'ordinamento l'indisponibilità preventiva di ogni provvidenza che abbia funzione alimentare e assistenziale», così (con)fondendo le due ben diverse funzioni.

([117]) In questo senso cfr. anche V. CARBONE, *L'assegno di divorzio tra disponibilità ed indisponibilità*, cit., 865 s.; ID., *Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra coniugi (in crisi)*, cit., 149.

([118]) Proprio di questo vizio sembrano invece soffrire le citate decisioni di legittimità e altre (Cfr. Cass., 6 dicembre 1991, n. 13128, cit.; Cass., 4 giugno 1992, n. 6857, cit.; Cass., 16 novembre 1994, n. 9645; Cass., 7 settembre 1995, n. 9416, cit.), nel momento in cui enfatizzano l'opzione del Legislatore per un assegno dai caratteri più marcatamente assistenziali. Del resto, non fanno difetto nel nostro ordinamento disposizioni che consentono la disponibilità di diritti patrimoniali strettamente legati al mantenimento di un soggetto, al di là della soglia alimentare, come risulta, ad esempio, dall'ammissibilità del sequestro o del pignoramento delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti privati e pubblici nella misura del quinto, *ex* art. 545 c.p.c., e dalla compensabilità di tali somme sempre nella stessa misura, *ex* art. 1246, n. 3, c.c. (COMPORTI, *op. cit.*, 116; alla lettura di tale contributo si fa rinvio anche per la trattazione della questione relativa alla distinzione tra mantenimento ed alimenti, distinzione contestata da E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 381 ss.). Sulla distinzione tra mantenimento ed alimenti si veda poi anche Cass., 14 giugno 1999, n. 5862, che nega alle cause attinenti al primo l'applicabilità dell'esclusione dalla sospensione dei termini durante il periodo feriale, prevista dall'art. 3, L. n. 742/1969.

([119]) In questo senso BARGELLI, *Divorzio "privato" e "autonomia preventiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 276.

di interpretazione estensiva, né per via di analogia – ai secondi delle disposizioni dettate per la prima e tra queste, in maniera particolare, di quella consacrata nell'art. 447 c.c., norma che si pone in netto contrasto con un principio fondamentale dell'ordinamento, quale quello della libertà contrattuale ([120]).

Sia poi concesso ribadire, in questa sede, che proprio sul complesso di argomentazioni storiche, letterali e sistematiche testé esposte ([121]) si fonda il convincimento della piena disponibilità del contributo al mantenimento del coniuge separato e dell'assegno di divorzio. E infatti è proprio il già ricordato potere concesso dalla legge al giudice di rifiutare l'omologazione nei soli casi di contrarietà degli accordi all'interesse dei minori ad evidenziare che là dove il legislatore ha individuato – in questo particolare tipo di rapporti – un diritto indisponibile, lo stesso legislatore ha concesso al tribunale il potere di intervenire sulle intese delle parti, impedendo la produzione dei relativi effetti. Il problema, dunque, non è certo solo ([122]) quello di accertare se, in un dato settore, il legislatore ha concesso, o meno, l' «azione pubblica», la cui presenza connoterebbe sempre ([123]) l'inderogabilità dei diritti coinvolti, per cui, *a contrario*, in assenza di essa, i relativi diritti sarebbero derogabili. L'azione di nullità è concessa (art. 1421 c.c.) a chiunque vi abbia interesse: eppure essa è sicuramente transigibile (ovviamente, a meno che non concerna diritti *di per sé* indisponibili: *ergo* indisponibili a prescindere dalla questione della validità del negozio che li ha generati).

Quello che è, però, certo è che, mentre la concessione, da parte dell'ordinamento statale, dell' «azione pubblica» nulla dice ancora, di per sé, sull'inderogabilità dei diritti coinvolti, la mancata concessione della stessa fornisce chiara prova del fatto che la materia è una «questione privata» delle parti. Invero, se così non fosse, il sistema (cfr. art. 24 Cost.) dovrebbe necessariamente fornire (non tanto al *quivis de populo*, quanto al contraente che ha disposto di un suo diritto) il potere di agire per far accertare l'invalidità del negozio posto in essere, per violazione di diritti intangibili: ciò che, però, il sistema categoricamente esclude. Suggello della correttezza della visione appena (ri)espressa deriva, poi, dal fatto che l'azione di revisione delle condizioni della separazione e del divorzio si fonda ([124]) *esclusivamente sulla sopravvenienza*, con evidente conferma (*rebus sic stantibus*) dell'atto dispositivo effettuato ([125]).

([120]) Le argomentazioni espresse dalla Cassazione in alcune delle pronunce ricordate, tese ad esaltare il rilievo del carattere assistenziale dell'assegno in ordine all'esclusione di ogni potere di disposizione delle parti, si rifanno *expressis verbis* alla teoria dottrinale della «solidarietà postconiugale». Autorevole impostazione, quest'ultima, secondo cui sarebbe l'estinzione stessa del legame a generare, alla stregua della coscienza sociale – che rifiuterebbe l'idea che il divorzio «lasci abbandonato alla sua sorte il coniuge che sull'impegno assunto col matrimonio ha fondato la propria famiglia e la propria vita» – il «dovere giuridico di aiutare economicamente l'ex coniuge incapace di mantenere il livello di vita matrimoniale»: BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1°.12.1970, n. 898*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a Cura di Cian, Oppo e Trabucchi, VI, 1, Padova, 1993, 344 s.; in questa stessa ottica v. anche AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 65. La nozione di «solidarietà postconiugale» è stata però anche criticata come un'espressione che non offrirebbe «nient'altro che un colorito espediente verbale per tentare di conciliare l'inconciliabile»: QUADRI, *La Cassazione «rimedita» l'assegno di divorzio*, nota a Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, in *Foro it.*, 1990, I, 1168; per approfondimenti cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 448 ss.; AL MUREDEN, *Uguaglianza tra coniugi e solidarietà post-coniugale a cinquant'anni dalla Riforma del '75*, in *Fam. e dir.*, 2025, 585 ss.

([121]) E non certo solo – come vorrebbe E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 333 ss. – su di una pretesa «commistione di argomenti sostanziali e processuali».

([122]) Come vorrebbe E. RUSSO, *Le convenzioni matrimoniali*, cit., 335, sulla base di una parziale lettura dei lavori dello scrivente.

([123]) Come avverrebbe secondo la fuorviante lettura del pensiero dello scrivente fornita sempre da E. RUSSO, *op. loc. ultt. citt*.

([124]) Il tema è affrontato subito *infra*, nel par. 11.

([125]) E il fatto che E. RUSSO, *op. loc. ultt. citt*., adduca, addirittura, come argomento favorevole all'inderogabilità la possibilità di agire per la modifica delle condizioni della separazione o del divorzio (che invece imprescindibilmente richiede, come detto, la precisa prova del mutamento dello stato di fatto) conferma ulteriormente il *misunderstanding* su cui il citato avviso poggia.

L'argomento riceve, come se non bastasse quanto sopra, ulteriore conferma dalla considerazione per cui i poteri del giudice non possono invadere la sfera degli accordi delle parti se non nei casi tassativamente indicati dalla legge. Casi tra i quali non rientra certo la mancata previsione del contributo di mantenimento al coniuge separato o dell'assegno di divorzio, così come non rientrano in tali fattispecie quantificazioni di siffatte prestazioni in misura eventualmente non conforme a quella che sarebbe stata la determinazione giudiziale in caso di procedimento contenzioso.

Del resto, quegli stessi Autori che negano la disponibilità dell'assegno ammettono poi che le parti possono invece determinarne di comune accordo l'ammontare e dunque compiere su di esso quello che è un vero e proprio atto dispositivo ([126]). Un atto dispositivo che – si badi – avviene al di fuori di ogni tipo di controllo da parte dell'autorità giudiziaria, sia per quanto attiene all'ammontare dell'assegno ([127]), sia per ciò che riguarda la determinazione della sua decorrenza ([128]).

In definitiva, come già rimarcato dallo scrivente in altra sede ([129]), la contrapposizione tra libera determinazione dell'importo (ritenuta perfettamente ammissibile, salvo l'unico limite costituito dalla liquidazione *nummo uno*) e rinunzia al mantenimento (ritenuta inammissibile), appare quanto mai difficile da accettare, atteso l'evidente carattere dispositivo di entrambi gli accordi, nonché l'assoluto difetto di appigli normativi. Invero, tutte le disposizioni correttamente invocate a sostegno della tesi della libera determinabilità del *quantum* (a cominciare dalla mancata previsione di un controllo, *in parte qua*, in sede d'omologazione) ben possono valere, tutto al contrario, anche a sostegno della tesi della validità di una rinunzia totale, proprio per via del carattere intrinsecamente dispositivo di ogni accordo determinativo di una prestazione non esattamente liquidata *ex lege* (o comunque non calcolabile in base a parametri che ne consentano un'esatta e automatica liquidazione).

Sul piano pratico appare poi difficile comprendere perché mai la «formale rinunzia» ad un assegno – poniamo – di cinquecento euro mensili, necessario al fine di «perequare» le condizioni dei coniugi separati o divorziati A e B, dotati entrambi di dignitosi redditi e/o patrimoni, quasi equivalenti tra di loro, sarebbe inammissibile, laddove la «libera determinazione» d'intesa tra C e D – coppia nella quale esiste un rilevantissimo squilibrio patrimoniale – di corrispondere la stessa somma, invece dell'assegno di diecimila euro, cui D avrebbe, in teoria, diritto, dovrebbe, tutto al contrario, ritenersi perfettamente lecita.

11. Ammissioni implicite, da parte di dottrina e giurisprudenza, circa la validità delle rinunzie agli assegni postmatrimoniali. In particolare, la non rivedibilità (*rebus sic stantibus*) delle rinunzie agli assegni e il rilievo attribuito alla dichiarazione di autosufficienza

Gli argomenti di cui sopra ricevono ulteriore conforto dall'esame di interi filoni giurisprudenziali e dottrinali circa le rigorose condizioni che vengono imposte ad un coniuge perché lo stesso ottenga, in epoca successiva, il contributo al mantenimento in caso di

([126]) Cfr. per esempio SCARDULLA, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, Milano, 1996, 547.

([127]) Sulla possibilità, da parte dei coniugi, di stabilire liberamente l'ammontare dell'assegno di divorzio cfr., tra i tanti, BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1°.12.1970, n. 898*, cit., 358; SCARDULLA, *La separazione personale tra i coniugi e il divorzio*, cit., 538; BONILINI, *L'assegno postmatrimoniale*, in BONILINI e TOMMASEO, *Lo scioglimento del matrimonio*, *Art. 149*, in *Il codice civile*, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1997, 516; Cass., 18 maggio 1983, n. 3427.

([128]) BIANCA, *Commento all'art. 5, l. 1°.12.1970, n. 898*, cit., 359; BONILINI, *L'assegno postmatrimoniale*, cit., 517.

([129]) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 404 ss.

separazione o l'assegno di divorzio, allorquando ciò non sia stato stabilito nei relativi provvedimenti (o accordi).

Così, si pensi al fatto che, laddove la Corte Suprema, pur riconoscendo al coniuge che avesse acconsentito, dopo la pronuncia di separazione, all'erogazione di un assegno in misura inferiore rispetto a quella giudizialmente fissata, il diritto di richiedere in ogni tempo la prestazione stabilita dalla sentenza, riconosciuta la nullità della rinunzia per violazione dell'art. 160 c.c., pretende che la parte interessata richieda la prestazione patrimoniale proponendo domanda per modifica delle condizioni della separazione o del divorzio (*ex* artt. 710 c.p.c. e 9 L.Div., oggi sostituiti dall'art. 473-*bis*.29 c.p.c.), con richiamo, quindi alla regola *rebus sic stantibus* ([130]).

Operando in tal modo, però, la giurisprudenza (forse senza rendersene conto) attribuisce rilievo ad una vera e propria rinunzia all'assegno. Se la rinunzia fosse vietata, alla parte che, vuoi nella sentenza, vuoi di fatto, non si è vista riconoscere l'assegno (o se lo è visto riconosciuto in misura inferiore al dovuto), dovrebbe essere consentito agire *in ogni tempo e senza limitazioni di sorta* per far valere la nullità della rinunzia stessa, senza necessità dimostrare la sopravvenienza di fatti idonei a giustificare *ex novo* la concessione di siffatta prestazione. Ma ciò il coniuge non può fare, dovendo egli invece addurre e dimostrare la sopravvenienza. Il ragionamento *appare ictu oculi* incongruente rispetto alla lamentata violazione di regole d'ordine pubblico, atteso che, così operando, viene attribuito valore alla rinunzia sino all'intervenuto verificarsi di un mutamento nelle circostanze di fatto: mutamento che, tra l'altro, potrebbe anche non verificarsi mai ([131]).

L'incoerenza di tale atteggiamento risulta ancor più evidente, tanto per portare un altro clamoroso esempio, in una decisione risalente al 2003, in cui la Cassazione, immediatamente dopo la proclamazione *urbi et orbi* della regola per cui «Ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio stesso deve ritenersi nullo», ammette poi che sia sufficiente, in sede di divorzio, il mero richiamo da parte dei coniugi ad una pregressa attribuzione *una tantum*, all'epoca intesa come esaustiva delle pretese tutte *ex divortio*, perché si produca l'effetto preclusivo di ogni successiva domanda a tale titolo, ai sensi dell'(allora vigente) art. 9, L.Div. (oggi si tratterebbe dell'art. 473-*bis*.29 c.p.c., di identico contenuto) ([132]). Il che significa, ancora una volta, ammettere, nei fatti, la piena disponibilità dell'assegno divorzile.

Altrettanto incompatibile con la tesi della nullità del patto di rinunzia al diritto al mantenimento del coniuge separato appare poi quella tesi giurisprudenziale che attribuisce efficacia al riconoscimento, da parte di uno dei coniugi, di non avere diritto alla prestazione *ex* art. 156 c.c. Anche qui, invero, si postula il necessario intervento di un mutamento delle condizioni economiche, quale condizione indispensabile al fine di permettere l'attribuzione dell'assegno ([133]). Identico ragionamento è poi rinvenibile anche in dottrina, ove non è raro

---

([130]) Nel senso che l'ex coniuge possa domandare l'assegno non richiesto, o non ottenuto in sede di sentenza che abbia pronunziato lo scioglimento del matrimonio, solo una volta che sia riuscito a dimostrare il sopraggiungere di nuove circostanze v. Cass., 24 settembre 2002, n. 13860; Cass., 24 settembre 2002, n. 13863; Cass., 25 agosto 2005, n. 17320; Cass., 3 febbraio 2017, n. 2953.

([131]) Cfr. Cass., 7 marzo 1978, n. 1116, in *Foro it.*, 1978, I, 1143; v. inoltre la giurisprudenza citata da ZATTI e MANTOVANI, *La separazione personale dei coniugi (artt. 150-158)*, Padova, 1983, 340 s.; per un'analoga posizione dottrinale cfr. F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, 469.

([132]) Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064.

([133]) Cass., 26 maggio 1967, n. 1146; nello stesso senso cfr. Cass., 26 ottobre 1968, n. 3564; in precedenza v. anche Cass., 5 ottobre 1956, n. 3363, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce «Separazione di coniugi», 130 ss.; Cass., 13 aprile 1960, n. 860; Cass., 30 gennaio 1961, n. 173; in dottrina cfr. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, 3, Torino, 1982, 252 s.; anche ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 341, rileva che è difficile conciliare le due proposizioni su cui si fonda questa giurisprudenza, vale a dire la nullità della rinunzia al mantenimento e l'effetto meramente *ex nunc* della relativa revoca.

riscontrare solenni affermazioni circa la nullità di ogni rinunzia, «appaiate» alla dichiarazione di piena validità del riconoscimento dell'autosufficienza economica: atto, quest'ultimo, che dovrebbe impedire la proposizione di ogni domanda patrimoniale sino all'(eventuale) intervento di un mutamento delle circostanze di fatto ([134]).

Secondo le opinioni qui esposte l'accordo ricognitivo della situazione di autosufficienza economica e di insussistenza delle condizioni per la concessione dell'assegno è dunque valido, con il solo limite dell'errore e della violenza, ciò che ne esclude l'impugnabilità ogni qual volta la dichiarazione di autosufficienza economica sia falsa, ma comunque liberamente voluta, al fine, magari, di costituire la «contropartita» di un'utilità data o promessa dall'altra parte. In questo caso, tutt'altro che infrequente, non si riesce però a comprendere quale sarebbe allora la differenza tra «dichiarazione di autosufficienza» e rinunzia, cui viene – nel pensiero qui esposto – attribuito l'effetto di paralizzare *rebus sic stantibus* (e dunque potenzialmente anche per tutta la durata della vita «da separati») ogni pretesa economica, ancora una volta in palese contrasto con la tesi della nullità per contrasto con norme imperative. In verità, la ragione ultima delle contraddizioni testé evidenziate risiede nel fatto che attribuire efficacia al riconoscimento dell'inesistenza dei presupposti di un diritto implica pur sempre la piena disponibilità di quest'ultimo, come appare del resto desumibile dall'art. 2733 c.c.

Ora, a ben vedere, la cartina di tornasole della derogabilità delle materie relative ai rapporti economici *inter coniuges* concernenti la crisi coniugale risulta dal fatto che la legge *non* prevede (e da tempo!) alcun tipo di intervento giurisdizionale che possa superare l'accordo dei coniugi in crisi. Ancor oggi, l'art. 473-*bis*.51 c.p.c., al quarto comma, raccogliendo una risalente eredità normativa ([135]), dispone quanto segue: «Il collegio provvede con sentenza con la quale omologa o prende atto degli accordi intervenuti tra le parti. Se gli accordi sono in contrasto con gli interessi dei figli, convoca le parti indicando loro le modificazioni da adottare, e, in caso di inidonea soluzione, rigetta allo stato la domanda».

Questi, e solo questi, sono i poteri del giudice in fase d'omologa. La procedura d'omologa, invero, mira – con riguardo ai rapporti tra i coniugi – all'unico scopo di verificare che l'intesa non contrasti con norme imperative, ordine pubblico e buon costume, senza che al giudice sia consentito, nel modo più assoluto, verificare l'«equità», nel merito ([136]), dell'intesa

---

([134]) Cfr. per esempio DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale*, I, Milano, 1991, 191, 193. Analoghi rilievi in T.V. RUSSO, *I contratti prematrimoniali*, cit., 213, nt. 48.

([135]) Oltre che una chiarissima prassi: nessun giudice ha mai neppure pensato di negare l'omologa, sol perché l'accordo non prevedeva un assegno *inter coniuges*, o lo prevedeva in misura inferiore o superiore a quanto lo stesso giudice avrebbe stabilito in caso di procedura contenziosa!

([136]) In base a quali criteri e in favore di quale delle parti, di grazia? Del più povero, di chi ha contribuito di più e ricevuto di meno? Del più giovane? Del più vecchio? Del meno colpevole del fallimento dell'unione? Di chi ha meno possibilità di rifarsi una vita? Del più simpatico? Per questo motivo la regola d'oltralpe, secondo cui il giudice può rifiutare l'omologazione dell'intesa di divorzio *par consentement mutuel* «si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux» è vista con notevole diffidenza dagli interpreti, i quali riconoscono che tale valutazione «relève d'une alchimie délicate, subtile» (BÉRARD, *L'application des méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire par les juges*, in *AJ fam*., 2013, 17; CLERGET e DESSERTENNE-BROSSARD, *Les errements du calcul de la prestation compensatoire*, in *JCP*, N 2014, n° 12, 1126), mentre i *praticiens* candidamente confessano che essa «relève du doigt mouillé et est réalisé à la tête du client» (cfr. SIMONNET, *Comment fixer le montant de la prestation compensatoire ?*, https://www.simonnetavocat.fr/comment-fixer-le-montant-de-la-prestation-compensatoire/). Essa vien fatta, dunque, a… capocchia, come si direbbe da queste parti. Ed invero, la *prestation compensatoire* transalpina, in caso di mancato accordo, va calcolata sulla base di una serie complessa di elementi (cfr. art. 271 del *Code Civil*), taluni dei quali (salute delle parti, qualificazioni professionali, contributo fornito al *ménage*, aspettative pensionistiche, patrimonio prevedibile, bisogni e risorse, etc.) appaiono assai difficilmente determinabili in concreto. Pretenderne la considerazione anche in caso di accordo tra i coniugi risulta quindi inconciliabile con il carattere stesso dell'intesa, che è raggiunta proprio per astrarre da tali fumisterie e calcoli. Inoltre la norma sulla valutazione equitativa non fornisce il minimo elemento in ordine a quale di siffatti elementi, in possibile contraddizione tra gli stessi, ove riferiti ad entrambe le parti, vada data la prevalenza. Il sin troppo frequente richiamo agli «intérêts de chacun des époux» omette, invero, di considerare che, al momento della crisi coniugale, gli interessi dell'uno vengono inevitabilmente a contrapporsi a quelli dell'altro. Dunque,

raggiunta da due persone maggiorenni e pienamente capaci di agire ([137]), come ulteriormente confermato dal fatto che persino la dottrina che (non condivisibilmente) ritiene l'art. 160 c.c. ostativo alla possibilità di accordi preventivi, si vede poi costretta ad ammettere che «una volta entrate nel giudizio di divorzio, le determinazioni dei coniugi, relative alla sistemazione dei loro rapporti patrimoniali per il tempo successivo allo scioglimento del matrimonio, devono intendersi sottratte al sindacato di merito del giudice» ([138]).

E del resto, come più evidenziato anche in altre parti del presente lavoro e di precedenti, si osserva ormai coralmente, e si osservava già da tempo ben precedente l'era della negoziazione assistita, che nel divorzio congiunto, come nella separazione consensuale, gli effetti patrimoniali derivano direttamente dall'accordo dei coniugi e non certo dal provvedimento giudiziale ([139]).

---

tenerli in conto entrambi è tecnicamente impossibile e l'equità del giudice degenera in arbitrio. Assai meglio, pertanto, lasciare l'intesa alla libera volontà delle parti, o, in alternativa, se si vuole invece continuare sulla strada del paternalismo giudiziario, quanto meno assegnare al giudice criteri preferenziali che gli impongano di tutelare gli interessi – non già di entrambi, ma – di uno solo dei coniugi: quello che la legge reputa più meritevole di protezione.

([137]) In favore di un controllo d'equità delle intese dei coniugi (anche a prescindere dalla liquidazione *una tantum*) da parte del giudice e, nel caso di negoziazione assistita, degli avvocati che assistono le parti (situazione in cui, peraltro, la legge si limita ad una certificazione di equità dei legali nel senso di corrispondenza della somma *una tantum* ad una capitalizzazione di un ipotetico assegno *inter partes*, non certo ad una valutazione in termini d'equità del complesso delle intese patrimoniali raggiunte), si esprime invece RIMINI, *Assegno divorzile e autonomia privata*, cit., 2243 s. Ma la posizione tradizionale e consolidata sul punto è molto diversa. Nel senso che l'omologa degli accordi di separazione consensuale deve avere ad oggetto esclusivamente la non contrarietà delle intese dei coniugi a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, tramite un esame che non investe il profilo dell'opportunità delle scelte operate dai coniugi, né la tutela di particolari interessi degli stessi, al di là di quello generale alla non violazione di disposizioni o di principi di carattere imperativo cfr. ad es. MANDRIOLI, *Il procedimento di separazione consensuale*, Torino, 1962, 90 ss., 94 ss.; GRASSETTI, *Scioglimento del matrimonio e separazione personale dei coniugi*, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* a cura di Carraro, Oppo e Trabucchi, I, 1, Padova, 1977, 312 ss.; LANZA, *Limiti dei poteri dell'autorità giudiziaria in materia di condizioni della separazione consensuale di coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 269 ss.; TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo di famiglia italiano*, Torino, 1976, 282; BIANCA, *Diritto civile*, II, *Famiglia e successioni*, Milano, 1981, 159; D'ANNA, *Note in tema di autonomia negoziale e poteri del giudice in materia di separazione dei coniugi*, nota a Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Riv. not.*, 1984, II, 599; POLLICE, *Autonomia dei coniugi e controllo giudiziale nella separazione consensuale: il problema degli accordi di contenuto patrimoniale non omologati*, in *Dir. giur.*, 1988, 110 ss.; ALPA e FERRANDO, *Se siano efficaci – in assenza di omologazione – gli accordi tra i coniugi separati con i quali vengono modificate le condizioni stabilite nella sentenza di separazione relative al mantenimento dei figli*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia discusse da vari giuristi e dedicate ad Alberto Trabucch*i, cit., 510 s.; DORIA, «*Negozio» di separazione consensuale dei coniugi e revocabilità del consenso*, nota a Trib. Napoli, 13 marzo 1989, in *Riv. dir. fam.*, 1990, 510 s.; ID., *Autonomia dei coniugi in occasione della separazione consensuale ed efficacia degli accordi non omologati*, nota a Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Riv. dir. fam.*, 1994, 564 ss.; MANTOVANI, voce *Separazione personale dei coniugi. I) Disciplina sostanziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, 29; DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, Torino, 1995, 14 s.; OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 235 ss. Per ciò che attiene, poi, alla giurisprudenza, va ribadito che la stessa da sempre vede nell'omologazione l'estrinsecazione di una mera «attività di controllo, di attribuzione di efficacia all'accordo privato», esplicantesi in una «verifica sulla compatibilità della convenzione rispetto alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico», riferendo invece la possibilità di un controllo «più penetrante» al solo caso dell'indagine sulla «conformità delle condizioni concernenti l'affidamento ed il mantenimento dei figli minori all'interesse di questi, ai sensi dell'art. 158, comma 2, c.c. [ora sostituito dalle norme citate qui sopra nel testo, *n.d.a.*]»: cfr. Cass., 8 marzo 1995, n. 2700, in *Riv. dir. fam.*, 1995, 1390; v. anche Cass., 20 novembre 2003, n. 7607, nella cui motivazione si legge che «il provvedimento di omologazione svolge la funzione di controllare la compatibilità della convenzione rispetto alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico, nonché di compiere la più pregnante indagine circa la conformità delle condizioni relative all'affidamento ed al mantenimento dei minori al loro interesse, e quindi di imprimere efficacia giuridica all'accordo stesso».

([138]) Così, ad es., COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 860 s.

([139]) Cfr. ad es., anche per gli ulteriori richiami, sulla scorta dei lavori dello scrivente, BENANTI, *Autonomia privata e tutele economiche nella complessità delle crisi familiari*, cit., 116 s.

Situazione, questa, ben diversa da quella francese, in cui, con riguardo alla *prestation compensatoire*, così come regolata dal *Code Civil* (art. 278 cpv.), il giudice *deve* rifiutare l'omologa della convenzione di divorzio «si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux». E questo costituisce, indubbiamente, l'indubbio aggancio normativo per negare la validità, in tale ordinamento, dei patti prenuziali su di un futuro, eventuale, assegno di divorzio. *A contrariis*, l'assenza di siffatta disposizione nel nostro sistema conferma ulteriormente (ove ve ne fosse ancora bisogno) la piena validità di questo genere d'intese in Italia.

12. Isolate, ma esplicite, aperture giurisprudenziali sul tema della disponibilità sostanziale degli assegni di separazione e divorzio

Per completezza dovrà aggiungersi, a questo punto, che ad alcuni degli argomenti sopra sviluppati in senso favorevole alla disponibilità dei diritti qui in discussione non sembra essere rimasta insensibile, nel corso del tempo, neppure la Corte di cassazione. In una sentenza del 2001, ad esempio, si è addirittura espressamente contestato che l'obbligazione di cui all'art. 156, c. 1, c.c. «sia la stessa che sussistenza durante la convivenza coniugale» ([140]), cioè a dire che essa sia null'altro che l'obbligazione di contribuzione *ex* art. 143 c.c. Rilievo, questo, che s'aggiunge ai tanti già ampiamente svolti in precedenza sulla meccanica riferibilità dell'art. 160 c.c. alla materia della crisi coniugale.

In maniera ancora più chiara, poi, diverse volte la stessa Corte ha affermato, in passato, vuoi che «i rapporti patrimoniali tra i coniugi separati hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata» ([141]), vuoi che l'assegno di divorzio «costituisce oggetto di un diritto disponibile» ([142]).

Le appena evidenziate ambiguità continuano peraltro nel corso degli anni (anzi, dei decenni) più recenti.

Così, ad esempio, nel 2014, la Cassazione, ammettendo che «l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora dà vita ad un vero e proprio contratto», soggiunge che «anche se esso non si configurasse come contratto, all'accordo stesso sarebbero sicuramente applicabili alcuni principi generali dell'ordinamento come quelli attinenti alla nullità dell'atto o alla capacità delle parti, ma pure alcuni più specifici (ad es. relativi ai vizi di volontà, del resto richiamati da varie norme codicistiche in materia familiare dalla celebrazione del matrimonio al riconoscimento dei figli nati fuori di esso) ([143]).

Peraltro, dopo siffatta premessa, e dopo aver precisato che «i coniugi, in quanto parti dei predetti accordi, non possono impugnare un decreto di omologa o la sentenza che li abbia recepiti», la stessa decisione s'affretta a precisare che «l'accordo (o il contratto) collegato alla

---

([140]) Cass., 22 marzo 2001, n. 4099. La causa aveva ad oggetto l'individuazione della competenza per territorio relativamente ad una domanda di modifica dell'assegno di separazione, *ex* art. 710 c.p.c., allora vigente (oggi si tratterebbe dell'art. 473-*bis*.51 c.p.c.). Il problema era quello di accertare, per gli effetti di quanto disposto dall'art. 20 c.p.c., dove fosse nata l'obbligazione in discorso: se, cioè, nel luogo di celebrazione delle nozze (in cui era sorto l'obbligo di contribuzione), ovvero, in alternativa, in quello in cui aveva sede il tribunale che aveva pronunziato la separazione, stabilendo l'obbligo di corresponsione del contributo periodico di mantenimento. La soluzione della Corte è nel senso che foro competente è il secondo, atteso che l'obbligazione oggetto della controversia (nata *ex* art. 156, primo comma, c.c.) è ontologicamente diversa da quella sorta (*ex* art. 143 c.c.) al momento della celebrazione delle nozze.

([141]) Così Cass., 23 luglio 1987, n. 6424.

([142]) Cfr. Cass., 1° dicembre 1993, n. 11860; Cass., 3 novembre 2004, n. 21080; Cass., 10 giugno 2005, n. 12283.

([143]) Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, in *Foro it*., 2015, 567, la quale richiama la precedente Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Corr. giur*., 2004, 307, con nota di OBERTO.

crisi familiare», potrebbe pur sempre «violare diritti indisponibili». E tra questi ultimi si insinua, immancabilmente, «una clausola che escluda in perpetuo la possibilità, per il coniuge, di un assegno di mantenimento o divorzile», trattata alla stessa stregua di una clausola – questa sì, certamente nulla, per le ragioni che verranno addotte più avanti ([144]) – che «limiti la possibilità o vincoli le parti al divorzio». Per queste ragioni non sembra che la decisione del 2014 appena citata sia da annoverarsi tra quelle favorevoli ai patti prematrimoniali ([145]) anche perché, nella specie, di tutto si discuteva tranne che di un accordo preventivo rispetto al divorzio. E, in ogni caso, anche in siffatta occasione si è preferito seguire la tesi di totale chiusura circa la disponibilità degli assegni.

Si pensi, poi, alla nota decisione del 2018 con cui le Sezioni Unite hanno affrontato l'argomento della misura dell'assegno di divorzio ([146]): sentenza, questa, nel contesto della quale si ammette, quasi con *nonchalance*, come se si trattasse di cosa ovvia e scontata (ovvia, certo, per chi qui scrive, ma sicuramente non altrettanto dalle parti di Piazza Cavour), che «i diritti in gioco», cioè proprio quelli relativi agli assegni di divorzio, posseggono «natura prevalentemente disponibile». Assunto, questo, peraltro, categoricamente smentito appena tre anni dopo, dalla decisione del 2021 con la quale si ribadisce (malgrado le timide aperture del passato) la nullità per asserita illiceità della causa degli accordi in vista del divorzio, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di (asserita) «radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.» ([147]), in conformità del resto ad una serie di decisioni precedenti nelle quali, pur non richiamandosi tale disposizione, si appoggiava l'indisponibilità delle prestazioni in discorso alla loro «natura assistenziale» ([148]).

È più che evidente, per concludere sul tema, che le rinunce di cui qui si è discusso non potranno invece dispiegare effetti nei confronti dell'obbligo alimentare, caratterizzato, come noto, dall'indisponibilità ([149]). Ma proprio la diversa natura delle prestazioni di cui qui parliamo – assistenziale, a tutto concedere e in ogni caso da non confondere con la ben diversa funzione alimentare – emerge nettamente in altre decisioni, come ad es., in quelle in cui si afferma, del tutto condivisibilmente, che il debito per il mantenimento del coniuge separato è compensabile

([144]) V. *infra*, par. 14.

([145]) Come invece sembra voler dire MONTINARO, *op. cit*., 84, nt. 41.

([146]) Cfr. Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it*., 2018, I, 3605, con nota di MACARIO; *ivi*, 3615, con nota di MORACE PINELLI; *Giur. it*., 2018, 1843, con nota di RIMINI; *Corr. giur*., 2018, 1186, con nota di PATTI. Sul tema v. inoltre PASQUILI, *La solidarietà coniugale al tempo del divorzio*, in *Riv. dir. civ*., 2021, 539 ss.; SALERNO, *Il diritto giurisprudenziale in materia di assegno di mantenimento nello scioglimento del matrimonio e dell'unione civile*, in *Riv. dir. civ*., 2021, 187 ss.

([147]) Cass., 16 aprile 2021, n. 11012, cit., su cui v. *supra*, par. 2.

([148]) Cfr. ad es. Cass., 27 aprile 2004, n. 17128: «Quanto alla prima cui viene lamentata la irrilevanza affermata dalla Corte d'Appello della mancata richiesta in sede di separazione dell'assegno di mantenimento ai fini del riconoscimento dell'assegno divorzile, devesi ribadire il giudizio espresso dalla sentenza impugnata, attesa l'indisponibilità del relativo diritto in considerazione della sua natura assistenziale».

([149]) La precisazione si rende necessaria a seguito del fraintendimento in cui cade BARGELLI, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, cit., 303 ss., la quale accusa lo scrivente di voler «considerare risolto il problema dei patti sulle conseguenze del divorzio in base alla semplice constatazione del carattere patrimoniale della prestazione», rimproverandolo altresì di non aver svolto un'analisi sufficientemente attenta dell'indisponibilità dell'obbligazione alimentare tra separati e divorziati (cfr. EAD., *op. cit*., 313, nt. 37). Ora, per i precedenti lavori dello scrivente in cui si richiama più che ampiamente la necessità del rispetto, nei contratti della crisi coniugale e familiare, delle regole d'ordine pubblico e dei principi inderogabili cfr., a mero titolo d'esempio, OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 32, 249 ss.; II, cit., 1085 ss. Per un dettagliato approfondimento delle questioni poste, in relazione ai contratti della crisi coniugale, dalle norme in tema di alimenti v. ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 798 ss., 844 ss. Per la trattazione dello specifico tema degli accordi sull'obbligazione alimentare tra separati cfr. ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., da 844 a 851. Per la trattazione della questione circa l'ammissibilità della costituzione *ex contractu* tra divorziati di un obbligo alimentare (obbligo *inesistente*, invece – e non sarebbe male ricordarlo – *ex lege*) cfr. ID., *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., da 851 a 861.

con un credito del debitore verso il creditore, non trovando applicazione, in difetto di un «credito alimentare», il divieto sancito dall'art. 447 cpv. c.c. ([150]).

A tal riguardo va notato che il *distinguo* operato dalla giurisprudenza di legittimità rinviene un autorevole precedente nella giurisprudenza costituzionale. Una decisione della Consulta, risalente al 1988, infatti, aveva già negato la natura alimentare dell'assegno di mantenimento al coniuge separato. La ragione di siffatta conclusione era stata reperita nella indicata «maggior estensione» dello stesso assegno, al cui interno risulta compresa anche la funzione e causa di alimenti riferibile al coniuge beneficiario che si trovi incolpevolmente in stato di bisogno e nell'impossibilità di svolgere l'attività lavorativa ([151]).

Si osserva poi anche che le differenze esistenti tra l'assegno di mantenimento e quello alimentare si evincono dal contenuto dell'art. 156 c.c. che, in caso di separazione, subordina il diritto a ricevere la corresponsione del mantenimento all'assenza di pronuncia di addebito, laddove lo stesso principio non opera con riferimento alla prestazione alimentare ([152]).

13. Suggello della tesi della piena disponibilità delle prestazioni postmatrimoniali (e addirittura dello stesso vincolo coniugale) da parte delle più recenti riforme

Tutte le considerazioni di cui sopra appaiono poi ulteriormente avvalorate dalle riforme che hanno interessato, in questi ultimi anni, il diritto e il processo di famiglia. E invero, nel momento in cui il legislatore viene ad ammettere che procedure quali quelle di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, si possono svolgere nella forma della negoziazione assistita da avvocati, argomenti quali il contributo al mantenimento nella separazione e l'assegno di divorzio non possono non essere «negoziati», proprio perché «negoziabili» e pertanto … disponibili ([153])!

Come viene, del resto, assai condivisibilmente posto in luce dalla migliore dottrina processualistica ([154]), il sistema ha sensibilmente mutato le proprie linee di indirizzo (anche) nella materia familiare, progressivamente stemperando l'originaria impostazione pubblicistica e sgretolando sempre più l'area dei diritti e delle situazioni soggettive indisponibili.

Così operando, il legislatore ha finito per assegnare spazi sempre più ampi all'autonomia privata delle parti non soltanto nella costruzione fisiologica delle proprie relazioni, ma altresì nella regolamentazione della relativa evoluzione patologica. E ciò al punto che appare ormai impossibile negare che, rispetto all'impostazione originale dei codici, tanto il diritto sostanziale quanto la disciplina delle tutele (giudiziali e stragiudiziali) proprie del diritto di famiglia abbiano fatto straordinari passi in avanti.

In questo contesto, a parte le plurime concessioni giurisprudenziali all'autonomia dei coniugi in crisi, anche al di fuori delle situazioni specifiche che si sono sopra esaminate ([155]),

---

([150]) Cass., 26 maggio 2020, n. 9686, in *Corr. giur*., 2021, 641, con nota di CERRI; sul tema cfr. anche ARCERI, *La compensazione come mezzo di estinzione delle obbligazioni di mantenimento, tra utopia e realtà*, in *Fam. e dir*., 2010, 600 ss.

([151]) Cfr. Corte cost., 30 novembre 1988, n. 1041.

([152]) Cfr. sul tema anche SESSO, *Sulla natura alimentare del credito basato su obblighi di mantenimento e sulla operatività della compensazione legale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 1997, 446 ss.

([153]) Sin troppo evidente la contraddizione logica in cui cade chi afferma che «dall'indisponibilità di un diritto inderogabile avente natura economica non può farsi derivare la negazione del potere di disposizione in ordine alle modalità di esercizio dello stesso, nel rispetto appunto dei limiti imposti dalla stessa *ratio* dell'inderogabilità» (in questi termini, T.V. RUSSO, *Il trust prematrimoniale e il trust endomatrimoniale*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2024, 463), posto che, come già detto, non si può certo disporre delle modalità di esercizio di un diritto senza disporre del diritto stesso (per la trattazione del tema dei rapporti tra potere di disporre di un diritto e potere di determinare contenuto e modalità di esercizio dello stesso v. *supra*, parr. 8 e 9).

([154]) DANOVI, *L'arbitrato nelle controversie familiari: aperture normative e di sistema e persistenti (relative) criticità*, in *Fam. e dir*., 2025, 748 ss.

([155]) Il tema è sviluppato in OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 105 ss., 231 ss.

vanno considerate riforme come quelle che, ad esempio, hanno incoraggiato la mediazione familiare, così assegnando un valore primario e non surrogabile all'autonomia delle parti ([156]), oltre alla già più volte ricordata negoziazione assistita.

E del resto, se si considera che proprio la negoziazione assistita investe non solo il profilo delle conseguenze, personali e patrimoniali della crisi coniugale, ma, addirittura, la determinazione sullo *status* stesso di coniuge (separato o divorziato che sia), per effetto di tale riforma, va ammesso che anche lo *status* matrimoniale ha perduto quell'originario connotato di indisponibilità e di ineludibile devoluzione alla tutela giurisdizionale costitutiva necessaria che aveva un tempo ([157]).

Inoltre, se è vero che, da un lato, la presenza dell'autorità giurisdizionale ha sempre inteso costituire sinonimo di una maggiore garanzia in ogni ipotesi di intervento sul vincolo matrimoniale, è altrettanto vero che, dall'altro, nelle ipotesi in cui in effetti i coniugi abbiano reperito un'intesa globale sulle condizioni con le quali disciplinare la fine della loro unione, le sopra accennate esigenze pubblicistiche vengono innegabilmente a sfumare. È innegabile, quindi, che, se due individui sono lasciati liberi di affrontare un passo fondamentale della loro vita come quello del matrimonio (oltre che di stabilire il relativo regime patrimoniale), formalizzando il tutto avanti all'ufficiale dello stato civile, va loro parimenti concesso anche di regolare congiuntamente – e senza gravosi strascichi giudiziari – il fallimento della loro unione.

Quanto appena detto, si badi, vale anche per il divorzio «in tribunale» su domanda congiunta, ove – a partire dalla c.d. «riforma Cartabia» (D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in vigore dal 28 febbraio 2023) – la relativa «sentenza» ([158]) viene ora dalla legge espressamente definita come di mera «omologazione» o «presa d'atto» degli accordi *inter partes* (art. 473-*bis*.51, comma 4, c.p.c.; lo stesso vale ora anche per l'omologazione della separazione consensuale, che un tempo veniva effettuata con decreto). Ciò avviene – si badi – senza che da tale disposizione (sull'omologazione o presa d'atto da parte del giudice) sia in qualche modo escluso o diversamente trattato l'effetto principale, vale a dire l'accordo sul mutamento di *status*.

Ben si può concludere, quindi, su questo punto, nel senso che il carattere costitutivo della procedura consensuale, nel suo complesso, di attenuazione (separazione) o di scioglimento (divorzio) del vincolo matrimoniale non deriva più – questa volta in linea generale e non solo in ipotesi particolari – dall'(eventuale) intervento di un giudice «omologante». Intervento che (ove previsto e voluto dalle parti, che si siano rivolte alle tradizionali forme di separazione e divorzio consensuali in tribunale) si limiterà comunque al riscontro della sussistenza delle condizioni di legge. L'effetto concordemente desiderato dai coniugi (o ex tali), discende, invece, direttamente dall'accordo delle parti, senza alcuna distinzione di sorta tra intesa sullo scioglimento (o allentamento) del vincolo matrimoniale in sé e/o intesa sulle relative condizioni di scioglimento (o di allentamento) del vincolo stesso.

A parere di chi scrive, dunque, proprio l'introduzione di istituti come la negoziazione assistita e la «sentenza» d'omologazione, di cui s'è appena detto, dimostra ormai irrefutabilmente come la contrapposizione tra negozio di separazione (o di divorzio) in sé, da un lato, e relativi negozi accessori, dall'altro, sia – per i fini in esame – divenuta artificiosa e di contenuto meramente descrittivo. L'intera attività (già processuale) in relazione alla

---

([156]) Proprio in questa prospettiva, nel 2006 è stato introdotto l'art. 155-*sexies*, cpv., c.c., traslato con la riforma del 2012 nell'art. 337-*octies*, cpv., c.c. e quindi da ultimo, per effetto del D.Lgs. n. 149/2022, nell'art. 473-*bis*.10, cpv., c.p.c. In forza di quest'ultima norma, «qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 473-*bis*.22 per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

([157]) Così DANOVI, *op. cit*., 753. Nello stesso senso v. anche BUGETTI, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur*., 2015, 527.

([158]) Ma sulla reale natura di tale provvedimento cfr. OBERTO, *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, cit., 1131 ss., 1145 ss.

separazione consensuale e al divorzio su domanda congiunta è stata «in blocco» portata fuori dalla sfera di attività del giudice (limitata ad un mero controllo formale, quando la procedura si svolge in tribunale), senza alcuna distinzione tra negozio separatizio (o divorzile) in sé, da un lato, e condizioni relative, dall'altro. I due tipi di negozi sono intrinsecamente connessi e il relativo trattamento giuridico è (e non può che essere) unitario ([159]). Inutile dire, quindi, che la completa privatizzazione delle scelte dei coniugi su consistenza e persistenza del loro vincolo matrimoniale non può non comportare pure una completa privatizzazione delle decisioni sulle conseguenze d'ordine patrimoniale delle scelte predette. E a questo punto, il profilo del tempo in cui le stesse sono adottate non può più assumere rilevanza alcuna ([160]).

Proprio per queste ragioni, è stato autorevolmente precisato che, nelle ipotesi di assenza di figli minori o maggiorenni ma non autosufficienti, il matrimonio deve ormai considerarsi «un affare privato dei coniugi» ([161]).

14. Inconsistenza delle obiezioni basate sulla tesi del (preteso) «mercimonio dello *status*», nonché dell'(asserita) irrilevanza della sopravvenienza.

È venuto ora il momento di trattare dell'altro (oltre al richiamo all'art. 160 c.c.), più volte ricordato, «cavallo di battaglia» della giurisprudenza di legittimità in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale: vale a dire quello circa un allegato «mercimonio dello *status* coniugale», contrario ai principi d'ordine pubblico ([162]). Orbene, non v'è chi non veda come la situazione di cui qui si parla sia ben diversa da quella in cui le parti intendano porre nel contesto del sinallagma negoziale lo scambio tra libertà di *status* e impegno contrattuale, come avverrebbe se, per esempio, le parti contraessero vincoli in termini quali «mi obbligo a non divorziare», «mi impegno a non chiedere la separazione», «prometto di non far valere alcuna eventuale causa di invalidità del nostro matrimonio» e altre promesse di tal genere ([163]). La

([159]) Per questi rilievi cfr. già OBERTO, *I contratti della crisi coniugale quali negozi dissimulati: ovvero degli effetti perversi di una giurisprudenza diseducativa*, cit., 213.

([160]) Le argomentazioni di cui al testo valgono anche a contrastare la tesi di chi (cfr. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., 646 ss.) s'oppone alla validità degli accordi prematrimoniali (e, più in generale in vista della crisi), asserendo che tale conclusione troverebbe «un più sicuro fondamento nel rispetto delle regole procedurali, che presuppongono l'attualità del consenso al momento in cui si acceda alla procedura dell'accordo per la separazione (…) e alla domanda congiunta per il divorzio (…)». Attualità, che, a ben vedere, non appare dato ricavare proprio da alcuna norma del vigente ordinamento, il quale suppone, tutto al contrario, che allorquando si inizi una procedura consensuale (o che i protagonisti intendano consensualizzare), le parti arrivino di fronte al giudice con un accordo già definito (l'osservazione, già formulata in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, 762, viene condivisa da ROMANO e SGROI, *op. cit.*, 181; CERRI, *Gli accordi prematrimoniali*, cit., 70; ARCERI, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso sulle condizioni della separazione, accordi* a latere *e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, cit., 99 e BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, cit., 313). L'accordo potrà, certamente, essere ancora eventualmente variato, ma ciò che è certo è che nessuna procedura consensuale può nascere come tale (semmai, tale potrà divenire «in corso d'opera», ma di una ben diversa procedura contenziosa), se intesa non v'è.

([161]) SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir*., 2015, 296.

([162]) Interno, pur se non internazionale, come già constatato a suo tempo: v. *supra*, par. 2.

([163]) Per un caso di questo genere cfr. Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; sull'irrinunziabilità del diritto a chiedere la separazione v. anche Cass., 6 marzo 1969, n. 714; per osservazioni analoghe a quelle qui svolte cfr. COMPORTI, *op. cit.*, 110; FREZZA, *Diritto del divorziato alla pensione di riversibilità e convenzioni preventive di divorzio*, in *Riv. dir. fam.*, 1996, 31; per la necessità di distinguere tra accordi aventi ad oggetto il condizionamento del comportamento delle parti in un giudizio sullo *status*, nulli per illiceità della causa, ed accordi diretti solo a concordare in prevenzione l'assetto economico dei rapporti conseguenti al divorzio, in cui il condizionamento del comportamento processuale rileva, semmai, alla stregua di un semplice motivo, cfr. G. GABRIELLI, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, cit., 700 s. (che pure si dichiara contrario alla validità degli accordi preventivi, per violazione dell'art. 160 c.c.).

contrarietà di un siffatto patto ai principi dell'ordine pubblico non potrebbe certo essere revocata in dubbio ([164]).

Ma ciò che l'opinione dominante (e qui contrastata) si preoccupa di impedire è che le determinazioni dei coniugi circa il loro stato (di persone, appunto, coniugate o meno) siano anche solo indirettamente influenzate dagli accordi economici in precedenza stipulati. Tale preoccupazione non ha però ragione di sussistere, ogni qual volta le parti si limitano a prevedere le conseguenze dell'eventuale scioglimento del matrimonio, senza impegnarsi a tenere comportamenti processuali diretti ad influire sullo *status* coniugale.

Una parte consistente e autorevole della dottrina ha posto in luce come «il rischio paventato che l'accordo sull'assegno possa mascherare un accordo sullo *status* trascura di considerare che legittimamente in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto i coniugi possono subordinare il proprio consenso al raggiungimento di una soddisfacente intesa sui profili patrimoniali» ([165]). Quanto alla tutela del coniuge debole – altro argomento, questo, sovente addotto per giustificare l'allegata indisponibilità delle prestazioni patrimoniali postmatrimoniali – non può essere sottovalutato il fatto che l'intreccio tra rapporti personali e patrimoniali, tra sentimenti e calcoli economici può accentuare la debolezza dell'uno e la forza dell'altro. Questo, tuttavia, non basta a mettere fuori gioco lo strumento contrattuale, a vantaggio di un controllo giudiziale preventivo ([166]).

Il diritto dei contratti non è nuovo ad affrontare esigenze di tutela dei soggetti deboli, si tratti dei lavoratori, dei consumatori, o di altre categorie svantaggiate. Anche nell'ambito del diritto di famiglia la constatazione che possono esistere situazioni di debolezza non è ragione sufficiente per ritenere, in linea di principio, nullo per illiceità della causa il contratto destinato a regolare i rapporti economici postdivorzili. Essa giustifica, piuttosto, rimedi volti a riequilibrare la posizione delle parti quando risulti in concreto dimostrato che l'una ha approfittato della situazione di debolezza, di fiducia, di dipendenza dell'altra, o a «rinegoziarne» i termini quando circostanze sopravvenute ne alterino l'originario equilibrio ([167]).

Ferma restando la possibilità di studiare *de iure condendo* forme di tutela «speciale» e più «intensa» (peraltro, in concreto, difficilmente immaginabili, a fronte della necessaria tutela anche dell'affidamento dell'altra parte sul rispetto della parola data) nei confronti di possibili sopravvenienze, rimane comunque il fatto che le considerazioni di cui sopra valgono a contrastare la tesi degli oppositori alla validità dei patti prematrimoniali e, più in generale, degli accordi in vista della crisi coniugale, i quali tentano di far leva sull'asserita mancanza di idonei strumenti di protezione della parte debole (o che si sia indebolita cammin facendo).

([164]) V., già sotto il vigore del codice abrogato, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, Napoli, 1907, 102; cfr. inoltre Cass., 21 luglio 1971, n. 2374; COMPORTI, *op. cit*., 110.

([165]) Così FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., 131; cfr. inoltre BARBIERA, *I diritti patrimoniali dei separati e dei divorziati*, 2ª ed., Bologna, 2001, 120 ss. Anche SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., 646, mostra, nei fatti, di aderire alle osservazioni già esposte dallo scrivente, osservando che «gran parte degli argomenti su cui è fondata la soluzione preclusiva della giurisprudenza di legittimità (…) non è più sostenibile nell'attuale quadro normativo, perchè superata dalle riforme della disciplina della crisi familiare» (lo stesso Autore ritiene, però, più oltre, di trarre argomenti negativi dalla disciplina del diritto materiale sulle sopravvenienze contrattuali, come si dirà immediatamente di seguito). Condivisibilmente, anche BARBA, *Patti matrimoniali in previsione della crisi familiare*, cit., 231, rimarca che la preventiva fissazione di un assegno di divorzio non può, in una visione contemporanea della nostra società, considerarsi realmente condizionante, in un senso o nell'altro, della libertà dei coniugi. Nel senso che il patto prematrimoniale non costituisca in modo alcuno un accordo sullo *status* si esprime pure BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, cit., 299 ss., il quale giustamente rileva come il divorzio, nella specie, «non formi "oggetto" dell'obbligo assunto dalle parti, bensì ne costituisca la "condizione di efficacia"».

([166]) ANELLI, *Sull'esplicazione dell'autonomia privata nel diritto matrimoniale (in margine al dibattito sulla mediazione dei conflitti coniugali)*, in AA. VV., *Studi in onore di P. Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 53; FERRANDO, *op. loc. ultt. citt.*

([167]) Così ancora FERRANDO, *op. loc. ultt. citt.*

Secondo questa tesi, dunque ([168]), la disciplina del contratto non sarebbe «idonea a regolare il tema delle sopravvenienze e della loro rilevanza nell'accordo prematrimoniale», posto che tale disciplina, «prende in considerazione, in via diretta e\o analogica, le sopravvenienze ogni qualvolta comportino variazioni qualitative e\o quantitative di una delle prestazioni. Le sopravvenienze più importanti che possono ricorrere negli accordi in vista della crisi non si riferiscono però alle variazioni intrinseche della prestazione dovuta: esse riguardano le condizioni patrimoniali dei *partner* e gli apporti che gli stessi *partner* hanno dato al *ménage* coniugale. Le sopravvenienze si riferiscono quindi ad aspetti esterni alla prestazione dovuta, i quali nella disciplina del contratto sarebbero, almeno in linea di principio, confinati nell'ambito dei motivi irrilevanti».

A ben vedere, però, la conclusione appena riportata appare piuttosto singolare, atteso che le variazioni attinenti le modificate «condizioni patrimoniali dei *partner*» ben possono dipendere dal verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili (malattie, incidenti, tracolli finanziari incolpevoli, etc.), tali da rendere le prestazioni promesse «eccessivamente onerose», secondo quanto stabilito dall'art. 1467 c.c.

Tanto per portare un esempio, già molti anni or sono la Suprema Corte ebbe ad affermare l'applicabilità del rimedio in discorso al caso (ovviamente diverso da quello qui in esame, ma fondato sulla variazione del valore di una delle due prestazioni a seguito di un avvenimento «esterno» di carattere generale, che, però, aveva inciso pesantemente sul programma negoziale *envisagé* dalle parti) di un preliminare di vendita di un fabbricato da costruire, riconoscendo l'azione in discorso «al promittente venditore quando la svalutazione monetaria, verificatasi dopo la conclusione del contratto, considerando la capacità di previsione dell'uomo medio, alla stregua della situazione esistente al momento della conclusione del preliminare, nonché l'entità della sua incidenza sui costi di costruzione e sul guadagno ripromesso presenti i connotati di un avvenimento straordinario ed imprevedibile» ([169]).

Non per nulla, una delle legislazioni straniere che hanno positivamente disciplinato la materia ha dettato una norma dal contenuto assai simile a quella del nostro art. 1467 c.c. Come si vedrà infatti brevemente più avanti, il codice civile della Catalogna stabilisce testualmente che «I patti in previsione di una rottura che, al momento in cui se ne pretende l'adempimento, risultino gravemente pregiudizievoli per uno dei coniugi non sono efficaci se quest'ultimo dimostra che sono sopravvenute circostanze rilevanti che non erano prevedibili né ragionevolmente potevano essere previste al momento in cui sono stati stipulati» ([170]).

Più in generale, poi, deve rigettarsi l'idea, assolutamente minoritaria, per non dire ormai isolata ([171]), secondo cui, addirittura, le intese di cui qui si discute non sarebbero riconducibili alla categoria contrattuale. L'ardita conclusione viene a (tentare di) smentire un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale compattamente svolta da almeno ottant'anni a questa parte ([172]). Tutto al contrario (e con la sola «sacca di resistenza» concernente le intese preventive sulla crisi coniugale), da decenni ormai dottrina e giurisprudenza si rifanno proprio alle norme sul contratto in generale per munire di idonea disciplina gli accordi che in coniugi raggiungono durante la crisi del loro rapporto affettivo.

E così, ancora una volta, la riconosciuta natura contrattuale degli accordi di cui qui si discute pone a disposizione delle parti i rimedi attinenti al sinallagma negoziale, vuoi genetico, vuoi funzionale, mercè gli strumenti risolutori e rescissori ampiamente collaudati.

([168]) Cfr. SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., 647 ss.

([169]) Cass., 13 febbraio 1995, n. 1559, in *Foro it*., 1995, I, 2897.

([170]) Cfr. art. 231-20, comma quinto, del codice civile catalano, su cui v. *infra*, par. 21.

([171]) Cfr., nel senso criticato nel testo, SALANITRO, *op. loc. ultt. citt*.

([172]) Per intenderci, da Santoro-Passarelli in avanti: per approfondimenti sul tema, impossibili, per ragioni di spazio nella presente sede, si fa rinvio per tutti a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., *passim*; ID., *Contratto e famiglia*, cit., *passim*; ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., 213 ss.

15. Validità delle clausole «premiali»

Scendendo ulteriormente nel dettaglio di queste osservazioni, non va poi trascurato che lo stesso ordinamento matrimoniale, permettendo la stipula delle convenzioni matrimoniali in epoca precedente al matrimonio e legandone l'operatività solo alla celebrazione dello stesso (*si nuptiae sequantur*), ammette e sembra, anzi, volere, che il soggetto all'atto del matrimonio «costruisca» le sue prospettive matrimoniali attraverso la stipulazione delle convenzioni (pre)matrimoniali più idonee alla tutela dei suoi interessi in relazione alle circostanze e alle esigenze di vita. Così, una rilevante osservazione, a conforto di questa tesi, proviene da quella dottrina che ha instaurato in proposito un interessante parallelo con quel mutamento di *status* che si attua attraverso la celebrazione delle nozze. Proprio con riguardo alla «purezza» della volontà matrimoniale, che non potrebbe subire alcuna compressione, essendo salvaguardata la assoluta libertà dei soggetti, si è osservato che l'ordinamento consente che il nubente si «induca» al matrimonio attraverso motivazioni di ordine patrimoniale, le quali, pur non essendo determinanti del consenso, indubbiamente lo orientano e lo sorreggono ([173]).

È pertanto sicuramente vero che gli accordi preventivi sugli aspetti economici connessi al divorzio mantengono la loro autonomia concettuale rispetto alla libertà di *status*, esattamente come le convenzioni matrimoniali, stipulate prima delle nozze, la mantengono rispetto alla volontà di contrarre matrimonio ([174]).

È noto che la tutela della libertà delle determinazioni dei soggetti nella sfera personale e sessuale è rimessa dall'ordinamento alla sanzione della nullità della causa per violazione dell'ordine pubblico o del buon costume ([175]). Peraltro, la nullità consegue sempre al fatto che l'aspetto personale sia portato dai soggetti a costituire parte integrante della causa («io mi impegno a darti cento e tu ti impegni, in cambio, a disconoscere la paternità di tuo figlio»): esso deve essere, cioè, preso direttamente in considerazione dalle parti come oggetto di un preciso obbligo che queste (errando, ovviamente) vorrebbero come giuridicamente vincolante e quindi processualmente azionabile ([176]). Proprio per questo motivo vanno considerate nulle le penali legate ad un dato comportamento intimamente personale: la presenza di una penale è evidente sintomo dell'esistenza di un'obbligazione, che le parti con siffatta clausola vorrebbero munire di garanzia, come è agevole desumere, del resto, dall'art. 79 c.c. ([177]).

Ma la dottrina più autorevole ammette – e da tempo – che un comportamento umano non deducibile in obbligazione possa essere dedotto in condizione ([178]) e che tra siffatti comportamenti umani ben possa rientrare anche la volontà di assumere uno *status* ([179]).

([173]) In questo senso cfr. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 178, nt. 230; le conclusioni tratte al riguardo dall'Autore sono limitate alla materia degli atti traslativi; esse peraltro ben possono essere estese, più in generale, ad ogni tipo di contratto concluso in occasione – o anche solo in vista – della crisi coniugale.

([174]) Così anche COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 858.

([175]) Per analoghe considerazioni relative ai contratti di convivenza si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 193 ss.

([176]) Sui rapporti tra *vinculum iuris* ed azionabilità in via processuale della relativa pretesa cfr. per tutti OBERTO, *La promessa di matrimonio tra passato e presente*, Padova, 1996, 37 s. e nt. 5.

([177]) Sul punto per approfondimenti si fa rinvio a OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 193 ss.

([178]) SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, 497 s., il quale porta l'esempio della promessa di una somma di denaro da un soggetto all'altro a condizione che quest'ultimo scriva un'opera letteraria.

([179]) JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1950, 54, secondo cui la volontà di assumere uno *status* è «suscettibile di essere eretta a condizione di altro negozio giuridico», anche se inidonea a «formare a sé oggetto di negozio».

Ciò in particolare si verifica quando le parti non intendono con il loro negozio porre un vincolo, giuridicamente rilevante a tenere o a non tenere quel certo comportamento, ma si limitano a prefigurare le conseguenze di quest'ultimo, condizionandovi l'efficacia di un determinato impegno di carattere patrimoniale. In questo modo può essere fatto sì che il comportamento di carattere personale non formi oggetto di vincolo, ma venga – di volta in volta – incoraggiato o scoraggiato a seconda che la promessa di carattere patrimoniale agisca, in alternativa, quale «deterrente» o, viceversa, «premio» per il fatto d'aver tenuto o meno quella certa condotta ([180]).

Siffatte clausole non suscitano obiezioni, posto che con esse l'esecuzione della prestazione di carattere personale (la prosecuzione della convivenza *more uxorio* oltre un certo limite temporale, la celebrazione delle nozze, la prosecuzione della convivenza matrimoniale, la prestazione del consenso per il divorzio su domanda congiunta, etc.) non viene «garantita» dalla presenza di una forma di coazione giuridica o dalla assicurazione del pagamento di una penale da parte del soggetto eventualmente inadempiente, ma viene piuttosto incoraggiata mediante la promessa di un premio da parte di colui che ha interesse a che il beneficiario tenga quel certo comportamento ([181]), secondo una regola ben conosciuta già dal diritto romano, come si ricorderà tra breve.

([180]) Qui il pensiero corre subito alla clausola penale, e alla disposizione, riflettente un principio di carattere certamente più generale, racchiusa nell'art. 79 c.c. Ma la clausola penale, proprio perché strumento di garanzia per l'adempimento di un'obbligazione, presuppone appunto l'esistenza di un impegno giuridicamente vincolante a tenere quel certo comportamento (positivo o negativo). La sussistenza di tale impegno – ancorché non formalmente enunciato dai contraenti – potrebbe proprio essere dedotta dal carattere «eccessivo» (secondo una valutazione da farsi, ovviamente, caso per caso) della prestazione patrimoniale promessa sotto la condizione che quel determinato evento si verifichi (o meno).

([181]) La tesi qui (ri)esposta, proposta anche all'attenzione della dottrina tedesca (cfr. OBERTO, *Partnerverträge in rechtsvergleichender Sicht unter besonderer Berücksichtigung des italienischen Rechts*, in *FamRZ*, 1993, 7 ss.), sembra avere riscosso consenso presso quest'ultima (cfr. GRZIWOTZ, *Partnerschaftsvertrag, für die nichteheliche Lebensgemeinschaft*, München, 1994, 31). Contrario, invece, SPADAFORA, *Rapporto di convivenza* more uxorio *e autonomia privata*, Milano, 2001, 94 ss., per il quale, nel caso di clausole c.d. premiali, l'interesse all'evento dedotto in condizione assume un significato talmente preciso da richiedere un'assimilazione all'ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto di convivenza venga dedotta come oggetto di un'obbligazione. Il contributo trascura di prendere in esame il fatto che il nostro ordinamento positivo contiene svariate ipotesi (presentate qui nel testo) in cui un effetto premiale viene incontestabilmente prodotto da clausole e negozi (dalle convenzioni matrimoniali, alla donazione obnuziale) sicuramente validi per il nostro ordinamento. Per non dire poi del fatto che, in materia contrattuale, ogni lettura contraria a principi di autonomia negoziale si basa sull'eccezione e non, per l'appunto, sulla regola. Per una valutazione di tale impostazione «in termini problematici» in Italia, cfr. FRANZONI, *I contratti tra conviventi* more uxorio, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1994, 749 s.; similmente, esprimono dubbi DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, I, 977; DE SCRILLI, *I patti di convivenza*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I/1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Milano, 2002, 859 s. In senso, invece, decisamente favorevole alla tesi per la prima volta proposta all'attenzione della dottrina proprio dallo scrivente, si esprimono G. CECCHERINI, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del* ménage, Padova, 1999, 156; CASSANO, *Autonomia negoziale e rapporti familiari*, in *Contratti*, 2001, 1168; AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 45 ss., il quale tra l'altro rileva che «non di rado l'intento delle parti è solo quello di determinare in anticipo un (equo) assetto dei futuri rapporti economici, al fine di evitare irrigidimenti e contestazioni. Inoltre l'accordo può tendere in alcune circostanze a fornire mezzi sufficienti proprio al coniuge che intende divorziare e in séguito alla crisi potrebbe rimanerne sprovvisto, confermandolo dunque in una decisione liberamente presa e non forzandone la libertà (c.d. clausola premiale)». Analogo risulta il favorevole avviso formulato da RUGGIERO, *op. cit*., 159; BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, cit., 302 ss. Secondo TARDIA e BRIGNONE, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in vista del divorzio*, cit., 2008, 43 s., poi, le clausole premiali sono valide laddove svolgano la funzione di «delineare un quadro di composizione degli interessi per il tempo successivo alla crisi», mentre non sarebbero ammissibili nel caso intendessero «promuovere con la previsione di un obbligo di pagamento di somme o di trasferimento di beni proprio la decisione di avanzare la domanda di divorzio o di non opporsi a questa», atteso che in tal modo esse inciderebbero sulle determinazioni inerenti allo *status*; dall'(asserita) indisponibilità di quest'ultimo deriverebbe dunque la «nullità per contrarietà all'ordine pubblico familiare di clausole negoziali cosí congegnate, che pertanto non possono essere recepite nella sentenza di divorzio» (ma sulla attuale disponibilità non solo delle condizioni patrimoniali, bensì dello stesso *status* di

Ora, è vero che, nel caso di accordi come quelli tra coniugi, può talora sorgere il dubbio che una previsione contrattuale possa valere come «premiale» per chi deve ricevere una data prestazione, ma, allo stesso tempo, anche «penale» per chi la deve erogare. Come appena detto, però, la clausola penale, proprio perché strumento di garanzia per l'adempimento di un'obbligazione, presuppone logicamente, appunto, l'esistenza di un impegno giuridicamente vincolante a tenere quel certo comportamento (positivo o negativo). La sussistenza di tale impegno – ancorché non formalmente enunciato dai contraenti – potrebbe proprio essere dedotta dal carattere «eccessivo» (secondo una valutazione da farsi, ovviamente, caso per caso) della prestazione patrimoniale promessa sotto la condizione che quel determinato evento si verifichi (o meno). E, del resto, appartiene ad una consolidata tradizione risalente già al diritto comune la regola per cui il mancato conseguimento di un'utilità patrimoniale promessa a titolo, appunto, di premiale, rappresentando una mera *amissio lucri*, non può essere considerata alla stregua di una penale ([182]).

La soluzione, già proposta dallo scrivente, è stata accolta da quella attenta dottrina che ha rimarcato come il sintomo di un anomalo uso della condizione sia, tipicamente, «lo squilibrio tra le prestazioni oggetto dell'accordo sicché, in definitiva, quella sospensivamente condizionata alla crisi della coppia diventa una sorta di "penale" imposta a colui che intende rompere il vincolo matrimoniale o, alternativamente, costituisce il "prezzo" della separazione o del divorzio» ([183]).

16. Conferme dal diritto romano (e comune) circa la validità delle clausole «premiali». Ulteriori conferme sull'assoluta irrilevanza degli stimoli «premiali» all'effettuazione di un mutamento di *status*.

Il diritto romano proclamava il principio per cui «matrimonia libera esse debent», poiché «inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta» ([184]). Esso, peraltro, estendeva tale massima sulla libertà nella costituzione del rapporto coniugale anche al momento finale del vincolo così costituito, garantendo, quindi, con una sorta di ideale parallelismo, pure la totale libertà nella determinazione dello scioglimento del

---

coniuge v. quanto illustrato *supra*, parr. 13-17). Anche secondo PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1758 s., poi, «In una situazione al limite dell'ammissibilità, con prevalente giudizio positivo, potrebbero situarsi, peraltro, pattuizioni (non direttamente riconducibili a quelle condizionali) con le quali si facesse dipendere – ad esempio – l'incremento proporzionale delle somme che l'uno si impegnasse ad attribuire all'altro per ogni anno in più di convivenza; o che collegassero l'erogazione di una somma, una volta cessata la convivenza, ad una sua durata minima predeterminata». Alcuni richiami sul tema pure in BASINI, *Le promesse premiali*, Milano, 2000, 40, 58 ss., 260 ss. (ove l'Autore esclude la necessità di qualificare sempre e necessariamente come liberalità le promesse dove il comportamento del promissario sia diretto a soddisfare un interesse non patrimoniale del promittente, riportando le clausole individuate dallo scrivente come esempi di tale categoria).

([182]) Cfr. ad es. MANSI, *Consultationum sive rerum iudicatarum liber secundus*, Lucae, 1675, 195: «Privatio autem legati non est poena, quae proprie dicitur, quando aliquid aufertur de propria substantia, sed potius substractio lucri, cum sit differentia damnum sentire, aut lucrum non facere, ut auctoritate textuum probat late Barbat. supra relatus *de fideicomm.* [BARBAZZA, *Repetitio egregia ac peregrina legis cum acutissimi. C. de fideicommissis*, Bononiae, 1492] Par. pr. cap. 4. nu. 58. 59. & in puncto num. 56. Dicit non esse poenam privare haereditate non adimplentem appositam conditionem, eo quod conditione non adimpleta ius non erat adhuc acquisitum, vel radicatum, sed bene poena esset privare aliquem haereditate iam pure acquisita».

([183]) TAGLIASACCHI, *Accordi in vista della crisi coniugale:* from status to contract?, cit., 99, il quale condivisibilmente avverte che le decisioni di legittimità nn. 23713/2012 e 19304/2013, qui più volte evocate e antesignane dell'ordinanza n. 20415/2025), pur declinando il carattere innovativo del *decisum*, nel momento in cui affermano la liceità della condizione in cui è dedotta la separazione coniugale, determinano – consapevolmente o meno – il superamento della *ratio* posta alla base dell'orientamento precedente.

([184]) Cfr. D., 45, 1, 134.

matrimonio ([185]), come del resto posto in luce e ribadito nei secoli seguenti, già a partire dalla Glossa d'Accursio ([186]).

Fermo restando quanto sopra, si riconosceva, però, che il principio limitativo della libertà negoziale non operasse, con conseguente piena validità della clausola sopra definita come «premiale», nel caso in cui, ad esempio, venisse effettuata un'attribuzione patrimoniale a condizione che il beneficiario prendesse in moglie una determinata donna. Si rimarcava, infatti, al riguardo, che è «cosa diversa privare qualcuno della libertà di scegliere con chi sposarsi sotto la minaccia di una pena, rispetto a invitarlo a contrarre matrimonio, mercé la prospettazione di determinate condizioni favorevoli» ([187]).

Il principio testé enunciato venne poi per secoli costantemente confermato durante tutta l'epoca del diritto intermedio e comune ([188]) e in tale contesto esso venne talora ribadito proprio con specifico riferimento alla libertà di divorziare, in una situazione, quindi, assai simile a quella di un moderno accordo *in contemplation of divorce*.

Si giunse, pertanto, ad ammettere in modo esplicito la validità di un patto in previsione del divorzio (con ragionamento svolto peraltro, come s'usava allora, sulla scorta dei principi del diritto romano, come se tale istituto fosse ancora esistente, pur affermandosi, poi, che, esssendo invece all'epoca il diritto canonico prevalente negli affari matrimoniali, il divorzio non poteva in concreto trovare applicazione, ciò che peraltro nulla toglieva alla tesi in punta di penna dibattuta sulla scorta della compilazione giustinianea), quando l'attribuzione patrimoniale prevista «non est facta (…) nomine poenae, nec ad incitandum repudium, sed quasi sub quamvis conditione alia, si aliquo casu contingat ipsum repudium, et tunc forte hoc casu potest valere promissio, et tunc possit salvari» ([189]). E così, alla conclusione del giurista

([185]) Cfr. D., 45, 1, 19: «Si ita stipulatio facta fuerit, Si culpa tua divortium factum fuerit, dari, nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legibus comprehensis, nisi & stipulatio tantum habeat poenae, quanta lege sit comprehensa».

([186]) Cfr. ACCURSIO, *Digestum novum, seu pandectarum iuris civilis tomus tertius (...), post sane Accursii commentarios*, Venetiis, 1592, 1148: «Matrimonia contrahenda, vel solvenda»; v. inoltre *ibidem*, 1044: «Titius (…) stipulatus est hoc modo: 'Berta domina charissima (…) volo, quod mihi promittas centum nomine poenae, si tua culpa divortium factum fuerit'. Quaeritur utrum talis stipulatio valeat? Et dico quod non: quia contenti esse debemus poenis legum, quae sunt constitutae contra facientes divortium culpa sua».

([187]) «Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, quae viduam est, ducat: conditio non remittetur; et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refgragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, Praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari» (D. 35, 1, 71, 1: «A Tizio è stata lasciata la somma di cento, a condizione che prenda in moglie Mevia, che è vedova: la condizione è vincolante, e così pure l'eventuale garanzia prestata al riguardo può essere annullata. Non si oppone a questa interpretazione il fatto che, se qualcuno promette [a terzi] denaro nel caso dovesse prendere in moglie Mevia, il Pretore neghi l'azione: infatti, è cosa diversa privare qualcuno della libertà di scegliere con chi sposarsi sotto la minaccia di una pena, rispetto a invitarlo a contrarre matrimonio, mercé la prospettazione di determinate condizioni [favorevoli])».

([188]) Così, ad esempio, commentando il passo del Digesto D., 35, 1, 71, BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In secundam infortiati partem, cum Alexan. Barb. Paris. Claud. à Seissel. Poma. Io Franc. Rueren. Aliorumque Adnotabtionibus integris*, Venetiis, 1580, 118, osservava testualmente che «Matrimonia debent esse libera a poena damni, non a poena amissionis lucri». Similmente, BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria in vi. vii. viii. ix. x. et xi. Codicis lib. Adnotationibus Alexandri Imolensis, Andreae Barbatiae, Celsi, Philippique Decij Illustrata*, Venetiis, 1572, 81 (nel commento a C., 6, 25, 1) rimarcava che «Conditio nubendi, apposita institutioni, debet impleri», posto che «aliud est apponere poenam (…) aliud conditionaliter providere». Di analogo avviso MANTICA, *De coniecturis utlimarum voluntatum*, Venetiis, 1607, 304; BOSSIUS, *De Matrimonii contractu tractatus*, Venetiis, 1643, 371; SANCHEZ, *De Sancto Matrimonii Sacramento*, Venetiis, 1685, 54; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Venetiis, 1775, 184.

([189]) È la tesi del DE CAMBANIS, *Aureus clausularum omnigenarum tractatus*, Parisiis, 1515, 161, che dal già ricordato passo D., 45, 1, 134, traeva la validità del patto avente ad oggetto la promessa di una somma di denaro nel caso di ripudio (da riferirsi, peraltro, a quell'epoca, alla *separatio thori*, poiché «Repudium de iure canonico nullo modo est permissum, nisi ad thori separationem»), rimarcando, quindi, che sarebbe ammissibile considerare come valido il patto «quando non est facta promissio nomine poenae, nec ad incitandum repudium, sed quasi sub quamvis conditione alia, si aliquo casu contingat ipsum repudium, et tunc forte hoc casu potest valere promissio, et tunc possit salvari».

italiano Vitale De Cambanis, vissuto nel Quattrocento, faceva eco, quattro secoli dopo, l'insegnamento del Savigny, secondo il quale «Conventionalstrafen sind ungültig, wenn sie auf irgend eine Weise die Entschlüsse in Ehesachen zu leiten bestimmt sind. Vermögensvortheile können in der Regel auch an solche Entschlüsse, als gültige Bedingungen, geknüpft werden» ([190]).

Proprio con riguardo alle clausole «premiali» legate ad un comportamento personale di una delle parti, potrà aggiungersi che un'ulteriore conferma viene dallo stesso codice civile, che, oltre a consentire – come già posto in luce – la stipula di convenzioni matrimoniali prima della celebrazione delle nozze, espressamente configura (cfr. art. 785) il matrimonio (e dunque un fatto, per definizione, strettamente attinente alla vita personale, oltre che costitutivo di uno *status familiae*) alla stregua di una condizione sospensiva delle attribuzioni patrimoniali gratuite effettuate (si badi: anche l'un l'altro dai promessi sposi) in vista della celebrazione delle nozze.

Il che la dice lunga sulla distanza dalla realtà (oltre che dai principi istituzionali del nostro vigente ordinamento!) della posizione di chi ([191]) afferma che la proposta dello scrivente sulle clausole premiali «svilisce il valore dell'unità familiare e quella dimensione solidaristica, comunitaria e altruistica che per intero percorre il matrimonio».

Neppure appare trascurabile il sistematico rifiuto, da parte della giurisprudenza di legittimità, di estendere al di là dei suoi angusti limiti quella disposizione (art. 636 c.c.) che, in materia di disposizioni *mortis causa*, fulmina di nullità – proprio in quanto attinente ad un aspetto personalissimo – la condizione «che impedisce le prime nozze o le ulteriori», al punto da affermare la validità della clausola che subordina le attribuzioni testamentarie alla condizione (generica) di contrarre matrimonio ([192]), o di contrarlo con «persona appartenente alla stessa classe sociale dell'istituito» ([193]), ovvero ancora di non contrarlo con persona determinata ([194]).

Il favore nei confronti di una clausola del genere di quella sopra definita come «premiale», intesa nel senso testé chiarito, emerge con evidenza anche in una decisione del 1992, che ha affermato la piena validità della condizione *ex* art. 636 c.c., quando questa «non sia dettata dal fine di impedire le nozze ma preveda per l'istituito un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, e, senza per ciò influire sulle relative decisioni, abbia di mira di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituito, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio» ([195]).

Le considerazioni svolte nel presente par., così come nel precedente, sembrano, dunque, confermare l'assoluta irrilevanza – in termini di valutazione circa la contrarietà o meno all'ordine pubblico – degli stimoli «premiali» all'effettuazione di un mutamento di *status*,

---

([190]) SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, 183.

([191]) BIVONA, *Libertà e responsabilità dei coniugi negli accordi personali*, in *Riv. dir. civ*., 2020, 854.

([192]) Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, in *Foro it*., 1985, I, 701; *Riv. not*., 1985, II, 483.

([193]) Cass., 11 gennaio 1986, n. 102, in *Foro it*., 1986, I, 936; *Giust. civ*., 1986, I, 1009, con nota di AZZARITI; *Riv. not*., 1986, II, 945; *Giust. civ*., 1987, I, 188, con nota di SCHERMI; *Giust. civ*., 1987, I, 1, 1484, con nota di DE CUPIS; nello stesso senso in dottrina RESCIGNO, voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir*., VIII, Milano, 1961, 793; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Padova, 1982, 527.

([194]) Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, cit.

([195]) Cass., 21 febbraio 1992, n. 2122, in *Foro it*., 1992, I, 2120; *Giust. civ*., 1992, I, 1753, con nota di DI MAURO; *Dir. fam. pers*., 1992, 989; *Riv. not*., 1992, II, 198, con nota di SERINO; riconducibile allo stesso *rationale* appare la precedente Cass., 4 marzo 1966, n. 641, in *Giur. it*., 1967, I, 1, 836; *Foro it*., 1966, I, 414; *Giust. civ*., 1966, I, 1354, con nota di CASSISA. Sui rapporti tra libertà testamentaria e libertà matrimoniale in relazione alla norma citata si fa rinvio per tutti a MUSOLINO, *La condizione di contrarre matrimonio fra libertà testamentaria e libertà matrimoniale*, in *Riv. not*., 2010, 1261 ss. Per la dottrina francese – ove già il *doyen* Carbonnier osservava, molti anni or sono, che «La liberté est l'essence même du mariage et chacun doit être seul juge et responsable de son propre bonheur» (CARBONNIER, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in AA. VV., *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, I, *Études générales*, Paris, 1950, 328) – cfr. BÉNABENT, *La liberté individuelle et le mariage*, in *Rev. trim. dr. civ*., 1973, 440 ss.; COIRET, *La liberté du mariage au risque de pressions matérielles*, *ivi*, 1985, 63 ss.

rilevando, di conseguenza, unicamente, che il predetto mutamento non formi oggetto del sinallagma negoziale. Nessun effetto negativo può produrre, invece, il fatto che il comportamento personale venga in considerazione, come già illustrato, sul piano della condizione.

Proprio con riguardo a tale ultimo profilo, va considerato che nemmeno l'art. 1354 c.c. può costituire un ostacolo in ordine alla configurazione del regolamento preventivo dei rapporti nascenti da un eventuale divorzio alla stregua di negozi sospensivamente condizionati all'evento dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Basti, infatti, porre mente alla considerazione per cui la semplice predeterminazione delle conseguenze patrimoniali di un futuro ed eventuale divorzio (e lo stesso è a dirsi, ovviamente, per la separazione legale) non sembra poter dispiegare, di per sé, alcun effetto giuridicamente rilevante sulla spontaneità del comportamento attinente allo *status* ([196]), come del resto pure ammesso dalla più volte ricordata decisione di legittimità del 2025, che proprio all'istituto della condizione fa richiamo per «salvare» le attribuzioni patrimoniali in oggetto.

17. Perfetta liceità della rinunzia a diritti futuri

Un ulteriore e finale argomento, impiegato soprattutto in passato contro l'ammissibilità di negozi preventivi sui rapporti patrimoniali nascenti dalla crisi coniugale, investe l'aspetto peculiare delle rinunzie a diritti futuri.

Sul punto sarà però subito necessario precisare che siffatta considerazione appare essere stata oggi quasi del tutto abbandonata, persino dai più ostinati fautori dell'indissolubilità patrimoniale del matrimonio ([197]).

E si comprende ([198]).

L'(asserita) inammissibilità degli accordi in vista della crisi, quali mere espressioni di rinuncia preventiva a diritti non ancora sorti, residua quale affermazione di un principio che, tuttavia, deve fare i conti con una realtà pratica molto diversa, ove l'analisi empirica rende evidente come gli accordi funzionali alla gestione della crisi non si sostanziano mai in pure e

---

([196]) Per integrazioni e richiami su questi punti si fa ancora rinvio a OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 288 ss. Nel senso indicato dallo scrivente, circa la liceità della condizione di divorzio, ai sensi dell'art. 1354 c.c., si esprimono anche RUGGIERO, *op. cit*., 160 ss. e BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, cit., 301 ss.

([197]) Una lontana eco di questa impostazione può forse cogliersi nell'avviso (già esposto e criticato: v. *supra*, parr. 13-15) di SALANITRO, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, cit., 645 ss., il quale, come si è detto, individua nelle regole processuali che presuppongono (a suo avviso) la necessaria attualità del consenso al momento della domanda congiunta di scioglimento del matrimonio. Tra l'altro, in proposito non sembra neppure possibile osservare che la presentazione in un unico contesto delle domande congiunte di separazione e di divorzio (ora consentita dalla lettura giurisprudenziale e dottrinale della «riforma Cartabia», di cui si riferirà *infra*, par. 24) conferirebbe rilevanza al carattere unitario della crisi familiare «non soltanto sul piano processuale, ma anche sul piano sostanziale, cosicché l'accordo sulle condizioni del divorzio raggiunto negli atti introduttivi non verte su diritti futuri, ma su diritti attuali attinenti alle conseguenze di una crisi già in atto e presenta la necessaria certezza causale» (in questo senso, invece, BENANTI, *Il cumulo delle domande congiunte di separazione e di divorzio non incide su diritti indisponibili, perché la crisi familiare è unitaria*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2024, 189). In realtà, la facoltà concessa alle parti di presentare in unico ricorso le domande di separazione legale e divorzio non rende il processo unitario in senso tecnico, né, tanto meno, può fondere, neppure sul piano giuridico, assiologico e concettuale, i due ben distinti istituti in cui (purtroppo) ancora s'articola, si declina (e… si piange), oggi come oggi, la crisi coniugale (basti pensare al fatto che, ad es., una volta ottenuta la separazione, ben potrebbero i coniugi, di comune intesa, rinunziare alla domanda congiunta di divorzio).

([198]) Per una prima presentazione degli argomenti di cui al presente par. cfr. già OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 621 ss. Hanno mostrato di aderire alla soluzione proposta dallo scrivente, tra gli altri, RUGGIERO, *op. cit* 200; DE VELLIS e TAGLIAFERRI, *op. cit.*, 49; ROMANO e SGROI, *op. cit.*, 180, nonché BUSANI, *I contratti nella famiglia. Regolamentazione patrimoniale precedente, durante e dopo il matrimonio, l'unione civile e la convivenza*, cit., 313 s.

semplici rinunce unilaterali rispetto a diritti futuri, bensì si articolano perloppiù in pattuizioni transattive, operazioni economiche caratterizzate da (una qualche forma di) corrispettività ([199]): nel contesto, per l'appunto, di contratti caratterizzati dalla più volte ricordata causa tipica della crisi coniugale o comunque familiare ([200]).

Tornando, però, al tema delle rinunzie su diritti futuri e della sua «spendibilità» nell'analisi del tema qui in esame, è da molto tempo che si discute, in generale, se un soggetto possa abdicare in via preventiva ad un diritto che non sia ancora entrato nel suo patrimonio ([201]). Così, tale dubbio sull'ammissibilità della rinunzia ad un diritto futuro venne da taluno insinuato, verso la fine del secondo millennio, proprio in relazione al caso delle rinunzie preventive all'assegno di divorzio, sebbene il discorso fosse estensibile, ovviamente, ad ogni possibile diritto patrimoniale nascente dalla crisi coniugale a beneficio dell'uno o dell'altro coniuge ([202]).

Ora, le voci a sostegno della tesi (generale) della non configurabilità di rinunzie rispetto a diritti futuri prendono solitamente le mosse dalla constatazione secondo cui «stante la mancanza attuale del diritto nel patrimonio del rinunziante, questi non è legittimato all'atto», aggiungendo, a contorno di tale argomento, il richiamo agli artt. 458 e 2937 cpv. c.c. ([203]).

Ambigua, come sovente accade, la giurisprudenza, che, pure enunciando la regola «cerchiobottista» per cui «La rinunzia, quale espressione tipica dell'autonomia negoziale privata, può riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto, con il limite che non esistano divieti di legge ovvero che non si tratti di diritti indisponibili», omette poi di chiarire che si intenda esattamente per determinatezza o determinabilità nel senso ivi indicato, nonché quali siano i diritti che essa assume come indisponibili, così colorando di ulteriore incertezza un tema già di per sé delicato ([204]). Anche alla dottrina è sempre apparso evidente che le sentenze ([205]) non potevano offrire appigli sicuri, restandone «non chiaro» il fondamento, posto che l'affermazione della non rinunziabilità dei diritti futuri «trova il suo sostegno in sentenze emesse in casi in cui era futura la norma (e non già la fattispecie costitutiva del diritto), in cui si trattava di diritti limitatamente disponibili, e via dicendo» ([206]), al punto da far ritenere le predette massime «più appariscenti che probanti, perché utilizzate sempre per casi di specie» ([207]).

([199]) Così C. IRTI, *Sulla nullità degli accordi conclusi dai coniugi separati in vista del divorzio*, cit., 596, sulla scorta di ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, cit., 213 ss., 227 ed E. GABRIELLI, *L'autonomia privata*, Padova, 2020, 98 ss.

([200]) V. *supra*, parr. 5-7.

([201]) Sul punto v. per tutti BOZZI, voce *Rinunzia (Diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. dig. it*., XV, Torino, 1968, 1141 s.; con posizione più sfumata cfr. anche MACIOCE, voce *Rinuncia (Diritto privato)*, in *Enc. dir*., XL, Milano, 1989, 941; *contra*, per l'ammissibilità di tale rinunzia, SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, I, Torino, 1993, 288; SICCHIERO, voce *Rinuncia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ*., XVII, Torino, 1998, 658 s.

([202]) Cfr. BONILINI, *L'assegno post-matrimoniale*, cit., 531 s.; nel medesimo senso sembra anche orientata G. CECCHERINI, *Separazione consensuale e contratti tra coniugi*, cit., 402 s.

([203]) Così testualmente BOZZI, *op. cit.*, 1142, cui si fa rinvio anche per i richiami ai precedenti dottrinali.

([204]) «La rinunzia, quale espressione tipica dell'autonomia negoziale privata, può riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto, con il limite che non esistano divieti di legge ovvero che non si tratti di diritti indisponibili. L'accertamento in ordine alla sussistenza della volontà abdicativa e dei requisiti di validità è demandato al giudice di merito e sottratto al sindacato di legittimità, se congruamente e correttamente motivato»: cfr. Cass., 18 febbraio 1977, n. 745, contenente vari richiami a precedenti nello stesso senso (Cass., 15 maggio 1974, n. 1391; Cass., 1° giugno 1974, n. 1573, in *Giust. civ*., 1975, I, 116; Cass., 5 aprile 1975, n. 1222; nonché Cass., Sez. Un., 8 gennaio 1992, n. 104, in *Foro it*., 1992, I, 2437, sempre nello stesso senso).

([205]) Per una rassegna cfr. anche MACIOCE, *op. cit*., 941, nt. 93; v. inoltre SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1975, 484, nt. 9.

([206]) SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, cit., 484.

([207]) SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, cit., 507.

A ciò potrebbe aggiungersi ancora, quale sintomo della progressiva irrilevanza, per i giudici, della questione, il fatto che la giurisprudenza abbia sempre risolto un importante problema di diritto familiare, che pure toccava l'argomento in esame, senza far minimamente cenno alla questione della ammissibilità o meno, in linea generale, della rinunzia a (*rectius*: rifiuto di) diritti futuri. Ci si intende qui riferire alla nota questione del rifiuto preventivo del coacquisto *ex lege* ai sensi delle disposizioni in tema di comunione legale ([208]).

Ma, tornando *in medias res*, deve dirsi che i riferimenti agli artt. 458 e 2937 cpv. cit. appaiono ben poco probanti, in quanto fondati su disposizioni dotate di sicuro carattere eccezionale rispetto al principio generale sancito in materia contrattuale dall'art. 1348 c.c., secondo cui «La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge». Ora, la norma in esame, facendo espressamente salvi «i particolari divieti della legge» rende chiaro, nella maniera più esplicita, il fatto che dagli artt. 458 e 2937 cpv. c.c. non può certo ricavarsi un principio d'ordine generale, tanto più in contrasto con il citato art. 1348 c.c., avente sicuramente una valenza universale, specie in materia contrattuale, come ulteriormente confermato dagli artt. 1472 e 1938 c.c. Una volta venuti meno i richiami normativi in senso contrario, la semplice enunciazione del principio secondo cui presupposto necessario della rinuncia dovrebbe essere l'appartenenza attuale al patrimonio del rinunciante del diritto al quale egli dichiara di abdicare si risolve nell'imposizione d'un postulato assolutamente indimostrato ([209]).

A ciò s'aggiunga che, come acutamente rilevato in dottrina, la rinunzia ad un diritto di cui ancora non si è titolari assume, a ben vedere, la natura di rifiuto del diritto medesimo: non, cioè, come esercizio del diritto di cui non si è titolari, ma come opposizione a che quel diritto possa entrare nel patrimonio del dichiarante, ovvero come esercizio del diritto attuale a mantenere il proprio patrimonio nella situazione in cui si trova ([210]), non dissimilmente, del resto, a ciò che avviene nel caso di rinunzia all'eredità, *ex* artt. 519 ss. c.c. Ed in effetti, secondo un orientamento piuttosto accreditato, mentre il rifiuto attiene al procedimento acquisitivo, la rinunzia si specifica come atto abdicativo di un diritto in precedenza acquisito al patrimonio del soggetto ([211]).

Ora, l'applicabilità dell'art. 1348 c.c. anche ad una «rinunzia» così configurata appare evidente, ove si consideri quest'ultima quale negozio unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale e, quindi, soggetto al rinvio operato dall'art. 1324 c.c. ([212]).

Nessuna perplessità, infine, può poi sorgere sulla base del rilievo per cui la rinunzia relativa ai diritti futuri, quali quelli nascenti da una crisi coniugale non in atto, sarebbe difettosa sotto il profilo causale, posto che «l'anticipazione della sua dismissione, rispetto all'acquisto

---

([208]) Cfr. Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Foro it*., 1990, I, 608, con note di PARENTE e JANNARELLI; per una più completa trattazione del tema del rifiuto preventivo e per ulteriori richiami cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1102 ss.

([209]) Anche per COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 862 ss., «deve ammettersi, in linea generale, che un soggetto possa abdicare, nella prospettiva del suo acquisto, ad una situazione giuridica attiva soggettivamente futura, ossia ad un diritto del quale, al tempo della rinunzia, non è ancora titolare. Tale atto di disposizione anticipata, completo di tutti i suoi elementi costitutivi, trova la propria giustificazione normativa nella previsione dell'art. 1348 cod. civ., che, nel dichiarare le "cose future" possibile oggetto contrattuale, introduce un principio di eccezionale legittimazione al compimento di atti di disposizione su di esse».

([210]) Così SICCHIERO, *op. cit*., 659.

([211]) Così L. FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960, 43; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1978, 218 s.; MACIOCE, *op. cit*., 927 ss.

([212]) Così anche COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 862 ss., la quale soggiunge che «Il diritto futuro non costituisce un ente generico ed imprecisato, inidoneo a formare oggetto del negozio abdicativo: esso soddisfa, invece, il requisito della determinabilità per relationem, formale o sostanziale, a seconda del livello di conoscenza che il rinunziante abbia della fattispecie, da cui si attende la nascita del diritto. L'effetto principale della rinunzia caratterizzata da legittimazione anticipata, non è punto quello di impedire l'ingresso del diritto rinunziato nel patrimonio del suo autore, ciò che snaturerebbe la tipica causa negoziale, bensì quello di attuarne un'autentica dismissione, che abbia luogo nello stesso momento logico dell'effettivo acquisto».

della titolarità del diritto» sarebbe idonea ad «incidere sulla permanenza della meritevolezza dell'interesse negoziale tipizzato»: meritevolezza che sarebbe da negare, «considerata la funzione assistenziale dell'assegno» ([213]). Come già ampiamente illustrato, invero, la meritevolezza della rinunzia in questione è la meritevolezza tipizzata dal legislatore nel momento in cui lo stesso ha configurato e disciplinato la categoria dei contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare. Nessuna valutazione in concreto sarà, dunque, richiesta al riguardo, esattamente come sarebbe vano interrogarsi circa la meritevolezza – tanto per portare un esempio – del contratto di compravendita che stipulo in questo momento per l'acquisto del bene x, così come di qualsiasi altro contratto tipico. E se anche, per assurdo, una valutazione di meritevolezza dovesse cadere sull'intesa, non gioverebbe evidenziare la funzione assistenziale dell'assegno, che – come più volte ricordato – con la disponibilità dei diritti in gioco, presenti o futuri che siano, nulla ha a che vedere ([214]).

Miglior partito appare dunque, ancora una volta, quello che aderisce ad una posizione che trae alimento da una solida tradizione storica.

Nella più rilevante trattazione dell'epoca del diritto comune specialmente dedicata al tema delle rinunzie ([215]) la *renuntiatio juris futuri* veniva infatti presentata come ammissibile e, di fronte alle critiche secondo cui lo *jus futurum* non sarebbe negoziabile perché non ancora *in rerum natura*, si ribatteva che «in jure futuro duo considerantur nempe ipsum jus futurum, & spes». Ora, a differenza del primo elemento, «ipsa spes, sive illud incertum praesens est, proindeque recte deducitur in contractum». Da ciò derivava che «Expectatio quippe illa, quae pendet ex quopiam futuro eventu, quae proprie dicitur spes, cum sit res quaedam prasens distincta a jure ipso futuro certe ea deduci potest in contractum». Conseguentemente, «Constat (…) jus futurum deduci posse in contractu proindeque remitti posse. Sane renuntians juri futuro, sive potius spei non videtur se privare jure futuro quod non habet, sed privat se expectatione, & spe quam habet, ac videtur remittere rem aliquam praesentem (...). Et qui renuntiat spei remittit id quod est in jure suo, & competit de praesenti, nempe spei praesenti. Hinc remittens spem, ut aliquid detur, dicitur implevisse, atque dicitur dare rem. Hoc est spem atque ideo pro ea remissione juste accipit».

Sin dai tempi di Baldo era del resto chiaro che una netta distinzione andava compiuta tra i diritti futuri dipendenti *ex mera voluntate alterius* e quelli semplicemente dipendenti *ex futuro eventu*. In questo secondo caso siffatta *spes* avrebbe potuto essere dedotta in contratto, possedendo la stessa una *certa causa*. Per tale ragione, mentre non si sarebbe potuto disporre del patrimonio di un terzo vivente, in relazione al quale il disponente ha solo una *spes succedendi* legata alla *mera voluntas* del terzo, si sarebbe potuto disporre di tutti i propri beni presenti e futuri: «quod intelligitur de spe causata de praeterito, non de causanda de futuro» ([216]).

La conclusione si fondava a sua volta sull'autorità di Bartolo ([217]), che, sulla validità di un accordo con cui un soggetto avrebbe rinunziato ad un diritto *quod habet, vel habere sperat*, o *habere potest*, aveva chiarito che ciò che rilevava per la validità dell'intesa era che il soggetto

---

([213]) Così, nel senso criticato nel testo, si esprime COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 862 ss.

([214]) V. *supra*, par. 10.

([215]) Cfr. GALLERATI, *Tractatus de renuntiationibus*, II, Genevae, 1678, 47 ss.

([216]) «Qaedam est spes, quae dependet ex futuro eventu, non ex mera voluntate alterius, & ista proprie appellatur spes: & ista potest in contractum deduci (…). Proprie spes appellatur illa, quae proprie habet certam causam: sed illa, quae non habet certam: ut spes succedendi homini viventi, non appellatur proprie spes (…) & hoc facit ad quaestionem de obligante omnia bona, quae habet, & sperat habere, quod intelligitur de spe causata de praeterito, non de causanda de futuro»: BALDO DEGLI UBALDI, *In Primum, Secundum, & Tertium Cod. Lib. Com.*, Venetiis, 1599, 116.

([217]) Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Secundam ff. [Digesti] novi Partem*, Venetiis, 1575, 46.

disponesse di un diritto «quod quis habere sperat ex aliqua causa subsistente de praesenti», portando ad esempio proprio un passo del Digesto ([218]), che ammetteva la validità di accordi tra fidanzati sulla dote, pur nel caso in cui tali soggetti non avessero avuto l'età per contrarre le nozze, proprio perché in tal caso «spes est fieri matrimonium» ([219]). Già agli antichi era pertanto ben chiaro che, di regola (laddove una situazione futura non si presenti come *ab initio* impossibile) le posizioni giuridiche soggettive patrimoniali legate ad eventi (anche personali o personalissimi) futuri ed incerti, ma possibili, quali il matrimonio, l'acquisto di beni, o (perché no?) il divorzio erano devono essere pienamente disponibili.

In definitiva, assolutamente preferibile appare il parere della dottrina contemporanea più autorevole, generalmente orientata nel senso che la rinunzia ben possa avere ad oggetto «ogni diritto o ragione anche *futuri* od *eventuali*, purché non siano assolutamente indeterminabili» ([220]), con ulteriore conferma della conseguente perfetta liceità di una rinunzia preventiva ai diritti spettanti all'uno e/o all'altro dei coniugi per effetto di un'eventuale crisi coniugale.

([218]) Cfr. D., 12, 4, 8.

([219]) Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *op. loc. ultt. citt.*: «Probatur supra de condictio. ob causam. l. quod Servius, ubi donec matrimonium contrahi potest, intelligitur ex causa subsistente de praesenti, ut ex sponsalibus iam contractis»; v. inoltre la glossa d'Accursio, in margine alla l. *Quod Servius*, D., *De condictione causa data, causa non secuta*, in AA. VV., *Digestum vetus seu pandectarum iuris civilis Tomus Primus, cum lectionum florentinarum varietatibus*, Venetiis, 1592, 1518.

([220]) Così BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, 1955, 325; nello stesso senso DE RUGGIERO e MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Messina, 1965, 89. L'opinione appare inoltre conforme alla tesi della più approfondita monografia in tema di rinunzie sotto il vigore del codice abrogato: cfr. ATZERI (VACCA), *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, 315 ss., 321 ss., che evidenziava come anche i diritti sottoposti a condizione potessero formare oggetto di rinunzia, mentre, per quelli eventuali, la rinunzia era vietata esclusivamente in relazione a quelli «pei quali la legge ne ha espressamente vietata l'anticipata rinunzia».

SEZ. IV
DIALOGHI, SPUNTI E INTERAZIONI
TRA ACCORDI PREVENTIVI IN OGNI STABILE RAPPORTO AFFETTIVO
(CONIUGALE, DA UNIONE CIVILE, DA CONVIVENZA DI FATTO)

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

Chiusa la parte relativa alla confutazione dei rilievi che ancora taluni oppongono all'ammissione della validità dei patti prematrimoniali e, più in generale, delle intese preventive sulla crisi coniugale, è venuto il tempo di trattare di alcune ulteriori questioni da siffatta ammissibilità strettamente dipendenti.

Una visione «laica» e «tollerante» dei contratti prematrimoniali può, infatti, aprire questi ultimi al recepimento di positivi influssi e stimoli derivanti dalla considerazione dei contratti di convivenza, così come praticati da sempre e, a partire dalla L. n. 76 del 2016, disciplinati (pur se in modo tecnicamente certo non perfetto) anche nel nostro Paese. Infatti, che tra le due categorie predette si pongano forti legami ed interazioni è dimostrato, innanzi tutto, dall'osservazione di alcune tra le più significative esperienze straniere.

Così, posizionandoci idealmente ai nostri antipodi, e collocandoci temporalmente nel lontano 1984, scopriamo che, in una delle prime legislazioni al mondo ad occuparsi dei contratti di convivenza, vale a dire nel *De Facto Relationships Act* del Nuovo Galles del Sud (Australia), si prevede espressamente (art. 44) che un accordo di convivenza possa essere «made in contemplation of the termination of a domestic relationship». Proprio tale disposizione (ora inserita nel *Property (Relationships) Act*) ha, in tempi meno remoti, contribuito a determinare l'introduzione per via legislativa dell'ammissibilità della stipula di *prenuptial agreements*, conclusi anche eventualmente *in contemplation of divorce*, per effetto della riforma di cui al *Family Law Amendment Act 2000*, in vigore in Australia dal 1° gennaio 2001 ([221]). Si constatò, invero, al riguardo che «it seemed 'illogical' that parties to a de facto relationship may have contractual rights or entitlements enforceable by a court, whereas agreements by parties who intend to marry will generally after marriage not be recognised as binding or enforceable by the Family Court» ([222]).

Venendo a luoghi e tempi più vicini a noi, invece, va rilevato come, la legislazione catalana, dopo aver espressamente consentito, sin dal 1998, intese preventive, in contemplazione di una possibile rottura del rapporto, nel contesto degli accordi tra conviventi, sia eterosessuali che omosessuali ([223]), sia passata ad ammettere, nel relativo *Codi de familia* (art. 15), del medesimo 1998, che pure nei *capítols matrimonials*, «hom pot determinar el règim

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

([222]) Cfr. la relazione sul *Bills Digest No. 88 1999-2000, Family Law Amendment Bill 1999*, preparato nel 1999 dal *Department of the Parliamentary Library del Parliament of Australia*, consultabile all'indirizzo *web* seguente: https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/digest/flab1999204/flab1999204.html. La relazione informa che «In 1991, the Law Society stated that it seemed 'illogical' that parties to a *de facto* relationship may have contractual rights or entitlements enforceable by a court, whereas agreements by parties who intend to marry will generally after marriage not be recognised as binding or enforceable by the Family Court» (cfr. LAW SOCIETY, *Binding and Enforceable Pre-marital Agreements*, in *Law Society Journal*, 29, 1991, 27).

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

econòmic matrimonial, convenir heretaments, fer donacions i establir les estipulacions i els pactes lícits que es considerin convenients, àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial» ([224]), per poi pervenire ad un'articolata definizione di siffatto tipo di intese nel *Codi Civil de Catalunya* del 2008 ([225]).

Ad ulteriore riprova di tale osmosi, va ricordato che, nel 2010, anche a seguito dell'apertura in Spagna del matrimonio alle coppie omosessuali, si è proceduto in Catalogna ad una revisione delle disposizioni sulla convivenza *more uxorio*, con la conseguenza che oggi il codice civile della citata regione autonoma iberica (cfr. le modifiche introdotte dalla *Ley* 25/2010, *de 29 de julio*) tratta in modo uniforme le coppie conviventi omosessuali ed eterosessuali, concedendo loro la possibilità, ove non intendano accedere al matrimonio, di stipulare *una escriptura pública*, nella quale esse regolino svariati aspetti patrimoniali della loro unione, persino «en previsió del cessament de la convivència», con espresso rinvio, in questo caso, alla dettagliata normativa degli accordi prematrimoniali all'uopo predisposta dal codice ([226]).

Il raffronto tra le due categorie di contratti conferma la presenza di più di un possibile punto di contatto. Il cultore del diritto di famiglia sa bene che svariati tipi di questioni teoriche, ma anche di sofferte controversie giudiziali, si pongono nel medesimo modo e con la medesima frequenza nel caso di crisi della coppia, coniugata o meno che sia ([227]).

Vale pertanto la pena tentare, nei parr. seguenti, di individuare, una per una, le clausole che – oltre a quelle sopra già presentate (*an* e *quantum* in materia di assegni, trasferimenti *una tantum*, restituzione di somme date a mutuo, ripetizione di indebiti o di arricchimenti, riconoscimenti di debiti, riconoscimenti della titolarità di beni mobili o immobili, etc.) ben potrebbero arricchire il contenuto di un patto prematrimoniale, o, perché no, di un'intesa tra conviventi *more uxorio* (o futuri tali). Siffatta ricognizione si rende utile specialmente dopo che l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità sembra essersi ormai orientato in senso favorevole

---

([224]) V. inoltre l'art. 3 della legge aragonese n. 2/2003, del 12 febbraio 2003 (*de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad*), secondo cui «Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer el matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos, sin más límites que los del principio "standum est chartae"», con una previsione comunemente interpretata come ammissiva degli accordi in vista del divorzio: cfr. MARTÍN CASALS e J. RIBOT, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436. Sul tema v. anche FERRER I RIBA, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in AA. VV., *From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, a cura di Hofer, Schwab e Henrich, Bielefeld, 2005, 271 ss.

([225]) Cfr. art. 231-20: «Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial. –

1. Els pactes en previsió d'una ruptura matrimonial es poden atorgar en capítols matrimonials o en una escriptura pública. En cas que siguin avantnupcials, només són vàlids si s'atorguen abans dels trenta dies anteriors a la data de celebració del matrimoni.

2. El notari, abans d'autoritzar l'escriptura a què fa referència l'apartat 1, ha d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre l'abast dels canvis que es pretenen introduir amb els pactes respecte al règim legal supletori i els ha d'advertir de llur deure recíproc de proporcionar-se la informació a què fa referència l'apartat 4.

3. Els pactes d'exclusió o limitació de drets han de tenir caràcter recíproc i precisar amb claredat els drets que limiten o als quals es renuncia.

4. El cònjuge que pretengui fer valer un pacte en previsió d'una ruptura matrimonial té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre el seu patrimoni, els seus ingressos i les seves expectatives econòmiques, sempre que aquesta informació fos rellevant amb relació al contingut del pacte.

5. Els pactes en previsió de ruptura que en el moment en què se'n pretén el compliment siguin greument perjudicials per a un cònjuge no són eficaços si aquest acredita que han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar».

([226]) Cfr. art. 234-5: «*Pactes en previsió del cessament de la convivència*. – En previsió del cessament de la convivència, els convivents poden pactar en escriptura pública els efectes de l'extinció de la parella estable. A aquests pactes se'ls aplica l'article 231-20».

([227]) Cfr. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, in AA. VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di Landini e Palazzo, cit., 52 ss.

rispetto ad ogni intesa preventiva d'ordine patrimoniale, pur se non coinvolgente i profili del contributo al mantenimento del coniuge divorziato e l'assegno di divorzio. Ora, come si vedrà, tutte le ipotesi di cui ai parr. seguenti attengono a profili patrimoniali che rispetto a tali ultimi aspetti, almeno in apparenza, nulla hanno a che fare. Si può quindi proporre che le stesse siano prese in considerazione dagli addetti ai lavori (in particolare, dai notai, per quanto attiene alle convenzioni matrimoniali e dagli stessi notai e dagli avvocati, per ciò che attiene ai contratti di convivenza) per l'inserimento di accordi tra coniugi o conviventi. Inutile aggiungere, poi, che alle due categorie qui individuate va aggiunta, su un piede di assoluta parità, anche quella dei civilmente uniti. Quanto sopra deriva, inevitabilmente, dal fatto che, come già ampiamente detto, la posizione dei civilmente uniti, in relazione ai profili patrimoniali, è pressoché interamente equiparata a quella dei coniugi. Rispetto ad essi si pone pertanto il medesimo (falso) problema circa l'ammissibilità di accordi preventivi, superabile come qui illustrato.

19. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Clausole sulla sorte delle attribuzioni patrimoniali «a senso unico»

Il primo caso che si può ricordare è quello della clausola circa la sorte delle attribuzioni patrimoniali «a senso unico» eseguite in costanza di rapporto coniugale (o di convivenza) per l'acquisto di beni operati esclusivamente (o in una quota non proporzionale all'esborso effettuato) dall'ex coniuge, già in regime di separazione dei beni (o dall'ex *partner*) ed all'uno o all'altro «intestati» in modo, per così dire, «difforme» rispetto al soggetto da cui il denaro proveniva ([228]). Orbene, il suggerimento ([229]) di inserire una clausola «preventiva» sul significato da attribuire a determinati tipi di attribuzioni patrimoniali, nel caso fossero concretamente eseguite in costanza di rapporto affettivo, sembra possedere valore e pratica utilità.

La «cartina di tornasole» dell'attendibilità di questi rilievi e dell'utilità dell'idea è rappresentata dal singolare raffronto tra la giurisprudenza in tema, ad esempio, di mutuo (*rectius*: allegato, ma mai dimostrato mutuo) tra coniugi o conviventi per l'acquisto di beni immobili in capo (in tutto o in parte) all'asserito mutuatario (coniuge o *partner* che sia), di cui si è dato conto in altra sede ([230]), ove è dato riscontrare una curiosa convergenza, assolutamente trasversale rispetto ai due tipi di famiglia, sia nel modo di impostare la causa, allegazioni e *petita* della parte attrice, difese della parte convenuta, sia nella sentenza di (inevitabile) rigetto, fondata sulla semplicissima constatazione dell'inidoneità della prova dell'effettuazione di un esborso per un acquisto operato da un altro (coniuge o convivente che sia) a dimostrare la sussistenza dell'obbligazione di restituire il *tantundem* da parte dell' «utilizzatore finale» dell'attribuzione.

E' pur vero che dubbi sono stati espressi in dottrina sulla validità delle intese preventive tra conviventi, auspicate e proposte al riguardo dallo scrivente; dubbi attinenti all'allegato mancato rispetto del principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali accolto dal nostro ordinamento. Questo principio, si asserisce, non potrebbe infatti «essere semplicemente determinabile mediante la *relatio* ad un precedente negozio normativo» ([231]).

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

([229]) Su cui v. già OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 280 s.

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

([231]) Cfr. in particolare ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, cit., 537 s.

Siffatte perplessità appaiono peraltro agevolmente superabili ponendo mente, innanzi tutto, alla conclamata piena validità di negozi traslativi a causa esterna. Ipotesi, questa, alla quale può poi essere affiancata anche quella del contratto normativo o programmatico, specie tenuto conto dell'incontestabile dato normativo scolpito nell'art. 1321 c.c., da cui emerge che, mercé lo strumento contrattuale, le parti possono non solo costituire od estinguere, bensì anche «regolare» rapporti giuridici, senza che la disposizione distingua a seconda che tali rapporti giuridici siano già in essere o meno *inter partes*. Del resto, una volta ammessa la validità del negozio d'accertamento nel nostro ordinamento, non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione tale istituto non dovrebbe avere cittadinanza nel sistema vigente, sol perché concluso in via preventiva rispetto ai negozi che si pongono quali possibili fonti, a loro volta, di situazioni di incertezza ([232]). Resta inteso, ovviamente, che la qualificazione giuridica, in caso di controversia, non potrà spettare che al giudice. Le clausole in esame servono però ad «orientare» la decisione nel caso di difetto di elementi da cui trarre, di volta in volta, indicazioni circa la sussistenza di una volontà negoziale in senso difforme ([233]). Anche siffatti suggerimenti paiono aver ricevuto in dottrina accoglienza favorevole ([234]).

20. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Clausole sull'esercizio della responsabilità genitoriale e su possibili interazioni con una successiva convivenza

Altri esempi di «contaminazione» e «interazione» tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza potrebbero essere costituiti dalle intese sulla gestione della responsabilità genitoriale, in relazione sia alla prole nascitura, che a quella già nata, che a quella che venga a porre un problema di affidamento in sede di crisi dell'unione affettiva, tanto più che le relative regole non possono, per definizione, differire, una volta operata la piena equiparazione tra tutte le «antiche» categorie di figli ([235]).

([232]) Sul tema cfr. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 161 s.

([233]) Ecco le formule suggerite al riguardo, per iniziativa dello scrivente e con la fattiva collaborazione dei Notai Antonio Diener e Francesco Striano, dal Consiglio Nazionale del Notariato (cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente* more uxorio *in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, Roma, 2013, p. 34):

«10.1. I pagamenti relativi a spese non comuni, ove effettuati da un convivente con mezzi propri, ma a vantaggio dell'altro convivente, sono da considerarsi liberalità d'uso o di modico valore, se di importo non superiore ad Euro … per ogni pagamento; ove invece siano di ammontare maggiore, superando i singoli importi la somma di Euro …, essi dovranno intendersi quali mutui erogati da un convivente all'altro, da restituirsi alla scadenza di mesi … dalla loro erogazione, senza interessi [ovvero: maggiorati dell'interesse pari al … per cento (%) in ragione d'anno]. La medesima regola sarà applicabile ad ogni attribuzione patrimoniale effettuata da un convivente a vantaggio dell'altro, qualora la parte interessata non dimostri che l'attribuzione è avvenuta per un titolo differente.

10.2. Le parti, ai fini civilistici e fiscali, dichiarano che la presente convenzione si configura quale strumento negoziale atipico per dedurre in obbligazioni, suscettibili di valutazione patrimoniale, le rispettive condotte comportamentali determinate dal comune legame di convivenza e che la medesima convenzione pertanto: - non è stata posta in essere da parte di essi conviventi con alcun intento donativo o liberale; - esaurisce la disciplina delle obbligazioni reciproche indicate nel presente contratto e derivanti dal rapporto di convivenza, con conseguente esclusione di altre cause contrattuali tipiche od atipiche che non siano concordemente ed espressamente adottate per iscritto o siano meramente esecutive della presente convenzione».

([234]) Cfr. ad es. NOBILE DE SANTIS, *op. cit*., 883, nt. 38, la quale rimarca che, «A testimonianza dell'utilità di simili accordi preventivi», le parti potrebbero stabilire, ad esempio, «che le elargizioni superiori ad una certa somma debbono considerarsi alla stregua di mutui».

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

E, del resto, l'inarrestabile processo di riconoscimento della dignità di «famiglia» anche alle convivenze non matrimoniali è, infine, culminato con il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. «riforma Cartabia»), che è venuto a modificare, da un lato, il codice di rito, con l'inserimento ([236]) di un Titolo IV-*bis* all'interno del Libro II del c.p.c., intitolato «Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie», e, dall'altro, lo stesso ordinamento giudiziario, stabilendo ([237]) l'istituzione del «tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie».

La novella del 2022 è venuta, pertanto, a porre un chiaro punto finale al dibattito sulla natura di «famiglia» proprio della convivenza di fatto ([238]), posto che la testé evidenziata declinazione al plurale del sostantivo «famiglia» è stata volutamente compiuta proprio «per dare evidenza alla molteplicità di modelli familiari presenti nell'attuale contesto sociale» ([239]). Quanto mai significativo appare, poi, che, proprio l'anno 2025, che segna il cinquantennale della Riforma del 1975, veda la Corte di cassazione riconoscere espressamente, per la prima volta, «l'affermazione progressivamente sempre più estesa di una concezione pluralistica della famiglia» ([240]).

Quanto sopra convince quindi della possibilità che, proprio in sede d'intese stipulate al momento dell'inizio della convivenza, vuoi matrimoniale vuoi di fatto, così come durante lo svolgimento di quest'ultima, le parti dispongano di comune accordo circa i profili tanto personali che patrimoniali dell'esercizio della loro responsabilità genitoriale, tanto su figli già nati che nascituri, sia nella fase fisiologica, che in quella patologica del loro rapporto, come del resto confermato dai principi già da tempo recepiti nel nostro sistema e ora scolpiti negli artt. 316, 337-*ter* cpv. e quarto comma, c.c. ([241]).

Il tutto, naturalmente, e come sempre, con l'avvertenza fondamentale ([242]), per cui, vigendo in materia il principio inderogabile del superiore interesse del minore, siffatti accordi potranno in ogni tempo essere portati all'attenzione del giudice, perché ne dichiari eventualmente la nullità per contrasto con questo canone imprescindibile ([243]).

([236]) Cfr. art. 3, comma 33, D.Lgs. cit., in vigore a decorrere dal 28 febbraio 2023.

([237]) Cfr. art. 49, R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, così come sostituito dall'art. 30, D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, la cui entrata in vigore è peraltro prevista, al momento, ai sensi del D.L. 4 luglio 2024, n. 92, conv. con modif. in L. 8 agosto 2024, n. 112, per il 17 ottobre 2025.

([238]) Sul tema cfr. per esteso OBERTO, *Nuove famiglie e vecchi regimi*, cit., 563 ss.

([239]) Così, testualmente, si esprime la relazione della «Commissione Luiso»: «La denominazione del costituendo tribunale specializzato cerca di riassumerne le competenze. Il nuovo ufficio giudiziario verrà denominato "tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie" in quanto concentrerà le competenze in materia di persone (oggi prevalentemente attribuite al giudice tutelare presente presso i tribunali ordinari), di minori e di famiglie, termine volutamente indicato al plurale, per dare evidenza alla molteplicità di modelli familiari presenti nell'attuale contesto sociale»: cfr. COMMISSIONE PER L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE DI INTERVENTI IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE E DI STRUMENTO ALTERNATIVI (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso), *Proposte normative e note illustrative*, Lucca, 2021, testo disponibile al sito del Ministero della Giustizia, al seguente indirizzo *web*: https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf, 148.

([240]) Così, riconducendo al concetto di obbligazione naturale tra conviventi di fatto alcune prestazioni patrimoniali effettuate dopo la cessazione del rapporto *more uxorio*, da un ex convivente all'altro, si esprime Cass., 2 gennaio 2025, n. 28, in *Giur. it*., 2025, 278, con nota di BALESTRA.

([241]) In senso contrario, ma del tutto immotivatamente, si esprime SPADAFORA, *L'incedere della causa familiare sul terreno della negozialità*, in *Dir. fam. pers*., 2021, 1788 ss.

([242]) Sul punto v. già OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, cit., 1088 ss.

([243]) Nel senso di cui al testo si esprime ormai anche la giurisprudenza di legittimità. Da ultimo, Cass., 21 luglio 2025, n. 20415 (su cui v. *supra*, parr. 4 ss.), nell'affermare la validità degli accordi preventivi tra coniugi in vista della crisi coniugale, purché non concernenti «diritti indisponibili», ha aggiunto testualmente quanto segue: «Solo qualora il patto in vista della rottura familiare riguardi i rapporti personali e patrimoniali relativi a figlie o figli minori di età, la sua validità ed efficacia sarà sempre soggetta a un controllo di legittimità volto a verificare la sua rispondenza al miglior interesse della persona minore di età e, dunque, che i coniugi non abbiano assunto nessuna decisione che possa incidere negativamente sulla condizione personale e patrimoniale delle figlie o dei figli».

Altro possibile punto di contatto (o… di scontro) tra accordi prematrimoniali e contratti di convivenza è rappresentato da un argomento che ormai s'avvia a diventare un «classico» della crisi coniugale, vale a dire il rilievo che l'eventuale instaurazione di una convivenza *more uxorio* – da parte dell'uno e/o dell'altro dei (futuri) coniugi – può dispiegare sull'efficacia dell'assetto postmatrimoniale, eventualmente già divisato in un'intesa prematrimoniale. Anche in questo caso è opportuno che le parti d'un *prenuptial agreement* s'accordino, espressamente prevedendo o, in alternativa, escludendo che la realizzazione di tale eventualità dispieghi effetti sulle attribuzioni postmatrimoniali (contributo al mantenimento del coniuge separato, assegno di divorzio, assegnazione convenzionale della casa coniugale, etc.) pattuite *ex ante*, così come su quelle che dovessero venire concordate *ex post*, o eventualmente anche determinate dal giudice, in caso di separazione o di divorzio contenziosi ([244]).

Inutile rammentare che una soluzione del genere è valida alla sola condizione che, secondo la tesi di gran lunga preferibile, le prestazioni postmatrimoniali in oggetto (concernenti i rapporti tra i coniugi, così come quelle coinvolgenti la prole minorenne, a condizione che le stesse non si pongano in contrasto con l'interesse di quest'ultima) siano pienamente disponibili *inter partes* ([245]).

Correlativamente, anche un contratto di convivenza può mettere in conto la possibilità che la prestazione postmatrimoniale attualmente goduta da uno dei due *partners* (o, perché no, da entrambi) venga meno per qualche ragione (magari proprio per l'instaurazione della convivenza in oggetto). In ogni caso, ciò che appare vivamente consigliabile in ipotesi del genere è che le parti sappiano «calibrare» opportunamente, oltre che con la dovuta precisione, le reciproche contribuzioni e le condizioni di modifica o cessazione delle stesse.

21. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. La *Zugewinngemeinschaft* in salsa tricolore. Impostazione del problema

Un definitivo «sdoganamento» dei patti prematrimoniali consentirebbe anche una valorizzazione dell'utilizzo delle convenzioni matrimoniali (e del relativo intervento notarile), che oggi languono in una sorta di limbo senza apparenti vie d'uscita, nell'impossibilità di far assumere ad esse quella funzione «perequativo-compensativa» delle sorti patrimoniali dei membri della coppia, che, del tutto impropriamente, viene assegnata invece al tardivo, farraginoso, costoso intervento giurisdizionale in sede di procedura contenziosa di divorzio.

Chi scrive ha avuto più volte occasione di rimarcare come le rigidità del sistema normativo, da un lato, e una serie di chiusure giurisprudenziali in tema di comunione legale ([246]), dall'altro, sono alla base di una curiosa situazione di stallo, che vede i notai italiani, nel (sovente, purtroppo, fondato) timore di incorrere in responsabilità *ex* art. 28, L.Not., non farsi promotori dell'introduzione di innovative clausole contrattuali, per tema di vederle fulminate da nullità.

Ora, un'apertura in materia di intese preventive del genere di quella concessa da Cass., n. 20415/2025, anche se non coinvolgente (come, pure, sarebbe stato auspicabile) il tema degli assegni postmatrimoniali, consente di valutare in modo ben diverso rispetto al passato l'ammissibilità di alcuni tipi di clausole di un possibile *contrat de mariage* all'italiana.

([244]) Ovviamente le clausole dovranno tenere conto del necessario rispetto dei principi d'ordine pubblico: così, ad esempio, non sarebbe valido l'impegno a non porre in essere *tout court* una convivenza *more uxorio*: il tema è sviluppato in OBERTO, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati,* in *Riv. not*., 1999, 337 ss.

([245]) Su questo tema v. *supra*, parr. 8-17.

([246]) Per un corposo elenco al riguardo si fa rinvio a OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, I, Milano, 2010, 380 ss.

Il pensiero corre *in primis* alla possibilità di prevedere per via convenzionale un regime tra coniugi (e, ovviamente, tra civilmente uniti) di compartecipazione differita agli acquisti. Per effetto di tale convenzione, pur instaurandosi *inter partes* una situazione di rigida separazione patrimoniale, al momento della cessazione del regime stesso si dovrebbero valutare gli incrementi patrimoniali conseguiti da ciascuno dei contraenti durante la convivenza, raffrontarli, determinando quale sia la parte che ha ottenuto l'incremento maggiore, per condividere infine quest'ultimo, mercé l'insorgere di un credito della parte svantaggiata ad ottenere la metà del *surplus* conseguito dall'altra. Il risultato sarebbe una forma di *participation aux acquêts*, o, se si preferisce, di *Zugewinngemeinschaft* convenzionale all'italiana, in cui – tra l'altro – l'accordo delle parti, grazie all'intervento del notaio rogante, potrebbe porre rimedio alle vistose carenze di «protezione» del coniuge «debole» proprie dell'italico sistema di comunione *de residuo*. Carenze, che, come noto, hanno ben contribuito, purtroppo, all'estrema impopolarità del nostro regime legale ([247]).

L'ammissibilità di una siffatta soluzione deriva anche dalla corale accettazione della regola della atipicità delle convenzioni matrimoniali ([248]). Nell'ottica qui proposta, inoltre, nessun dubbio potrebbe sorgere anche con riferimento alla liceità di un'intesa di questo genere nel contesto di un contratto di convivenza ([249]).

Così, quei meccanismi contenuti nelle più significative disposizioni straniere a tutela del coniuge non titolare, in costanza di regime, dei beni che concretano il suo incremento patrimoniale ben potrebbero essere previsti per via negoziale. Ovviamente, sarebbe comunque necessario operare un siffatto trapianto mercé una specifica enunciazione dei singoli rimedi enucleati e non già tramite un generico rinvio a norme di altri ordinamenti, fulminato di nullità dall'art. 161 c.c.

Tra l'altro, proprio con particolare riguardo al regime di compartecipazione agli incrementi patrimoniali, vale la pena domandarsi se non sia venuto il tempo di approdare ad una disciplina uniforme europea in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia, sulla linea, del resto, della convenzione bilaterale franco-tedesca del 2010 in materia di regime patrimoniale dei coniugi, la quale si muove proprio nella direzione della predisposizione di un regime convenzionale di partecipazione agli acquisti (*participation aux acquêts/Wahl-Zugewinngemeinschaft*), modellato su quello conosciuto dal *Code Civil* agli artt. 1569-1581, come regime convenzionale e dal *BGB* ai §§ 1363-1390 ss. come regime legale ([250]).

È noto, poi, che proprio il predetto regime di compartecipazione differita costituisce oggetto di attenzione da parte di vari studiosi del nostro continente, che lo hanno indicato come quello preferibile, tra i vari astrattamente immaginabili, essendo il medesimo in grado di conciliare il

---

([247]) Sul punto specifico si tenta di fornire qualche indicazione pratica *infra*, nel par. seguente.

([248]) Cfr. per tutti OBERTO, *Contratto e famiglia*, cit., 164 ss. Sullo specifico profilo dell'ammissibilità di una convenzione matrimoniale costitutiva in Italia di un regime analogo a quello della *Zugewinngemeinschaft* tedesca v. per tutti anche Cfr. ad es. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, 9ª ed., Padova, 2021, 138.

([249]) Purtroppo, è sin troppo noto che l'adozione di una disciplina positiva per i siffatta categoria di negozi ha costituito un'occasione mancata, attesa l'assoluta modestia della soluzione concretamente prescelta dal riformatore del 2016 (sul punto v., anche per i necessari richiami, OBERTO, *I contratti di convivenza*, Commento all'art. 1, commi 50-63, Legge 20 maggio 2016, n. 76, in AA. VV., *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, Milano, 2017, 1329 ss.; cfr. inoltre ID., *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, in BLASI, CAMPIONE, FIGONE, MECENATE e OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze – Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, 59 ss.; ID., *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., 943 ss.), con particolare riguardo all'individuazione di un contenuto che, disciplinato dal comma 53 dell'art. 1 della L. n. 76 del 2016, appare testualmente limitato ad ipotesi, tutto sommato, piuttosto marginali. Va però subito aggiunto che l'aver ricondotto la regolamentazione convenzionale dei rapporti patrimoniali tra conviventi allo schema generale del contratto consente senza esitazione alcuna di rinviare, *ex* art. 1322 c.c., a tutti quei possibili contenuti che, pur non espressamente presi in esame dal legislatore come riferibili alla fattispecie in esame, appaiano pur tuttavia idonei a risolvere uno o più problemi concreti della coppia e non si pongano in contrasto con norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume.

([250]) Per ulteriori informazioni e rinvii al riguardo cfr. STÜRNER, *Il regime patrimoniale convenzionale franco-tedesco come modello per l'armonizzazione del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 888 ss.

tentativo «to promote self-sufficiency, gender equality and the autonomy of the spouses», con l'attenzione che va prestata «to the need of inter-spousal solidarity and fairness between the spouses, both during the regime, and upon its dissolution» ([251]).

L'accordo franco-tedesco sul regime patrimoniale, dal canto suo, ha già ottenuto un primo, innegabile, successo, nell'altrove indicata ottica di «uniformazione mite» del diritto di famiglia europeo ([252]). Esso, invero, ha visibilmente influenzato la riforma belga dei regimi patrimoniali realizzata con legge del 22 luglio 2018 ([253]), che ha introdotto la possibilità di stemperare le «asprezze» del regime opzionale di separazione dei beni mercé l'inserimento di una clausola di «participation aux acquêts». Inserimento, questo, della cui possibilità (e delle cui conseguenze) i novelli coniugi belgi dovranno essere edotti all'atto della stipula del *contrat de mariage*, così pure come della possibilità di prevedere un'eventuale «correction judiciaire en équité» della convenzione matrimoniale, nel caso dovessero presentarsi, all'atto dello scioglimento del vincolo, circostanze imprevedibili in grado di determinare conseguenze manifestamente inique a carico di un coniuge ([254]).

Quanto sopra in maniera, del resto, curiosamente avvicinabile a quanto previsto dal legislatore catalano in merito agli accordi prematrimoniali (*Pactes en previsió d'una ruptura matrimonial*), laddove si concede al coniuge interessato di contestare i patti stipulati, allegando e dimostrando che «han sobrevingut circumstàncies rellevants que no es van preveure ni es podien raonablement preveure en el moment en què es van atorgar» ([255]). Regola, questa, che, come già detto, come tutte quelle proprie dei contratti prematrimoniali di quella Regione Autonoma spagnola,

---

([251]) Cfr. AA. VV., *Principles of Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, a cura di Boele-Woelki *et al*., Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, 139 ss., 147, 348 ss. Il volume raccoglie i lavori della *Commission on European Family Law* (CEFL), a seguito di un'approfondita indagine comparata sui regimi patrimoniali delle coppie coniugate in Europa, che ha tracciato l' «ossatura» di una serie di *principles* che potrebbero valere a regolare in modo uniforme i singoli tipi di regime patrimoniale nel nostro Continente. Lo studio presenta, così, tanto la compartecipazione differita degli incrementi patrimoniali, quanto la comunione degli acquisti, come i regimi che – ovviamente, in alternativa tra di loro – potrebbero valere «per *default*» rispetto agli altri astrattamente ipotizzabili. Peraltro, una qualche forma di preferenza sembra comunque, nei fatti, manifestata per il primo dei due sistemi, laddove viene giustamente posto in evidenza quanto riportato qui nel testo. Per i rapporti patrimoniali delle coppie di fatto, invece, cfr. AA. VV., *Principles of Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in* de facto *Unions*, a cura di Boele-Woelki *et al*., Antwerp-Oxford, 2017, *passim*. Per il contributo fornito dalla CEFL in merito ai problemi collegati alla crisi della coppia e alle prestazioni legate al divorzio e alla separazione si fa rinvio a quanto osservato in OBERTO, *Il divorzio in Europa*, cit., 124 s., 136. In Italia suggerisce una «tipizzazione, in via normativa, di possibili varianti del modello legale di comunione», tra cui proprio quello della compartecipazione differita agli acquisti, QUADRI, *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in *Riv. dir. fam*., 2006, II, 1821. La prospettiva di cui sopra appare del resto collocarsi nell'ottica di due risalenti strumenti del Consiglio d'Europa. Il primo di essi, vale a dire la risoluzione del 1978 sulla parità tra i coniugi, raccomanda agli Stati Membri di «ensure that, where a matrimonial property regime of separation of goods arises by the operation of law, a spouse, on the termination of the marriage by a judicial decree of divorce or nullity, has a legal right to obtain a fair share in the property of his former spouse, or a fixed sum, for any financial inequalities which have arisen during the course of the marriage» (cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Resolution 78 (37) on Equality of Spouses in Civil Law*, adottata dal Comitato dei Ministri il 27 settembre 1978). Inoltre, la Raccomandazione del 1989 sulle prestazioni patrimoniali a seguito di divorzio, spinge gli Stati Membri a «enact appropriate rules relating to, *inter alia*, matrimonial property regimes, in particular by granting to a former spouse the right to obtain a fair share of the property of the other» (cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation No. R (89) on Contributions Following Divorce*, adottata dal Comitato dei Ministri il 18 gennaio 1989).

([252]) Cfr. OBERTO, *Il divorzio in Europa*, cit., 138 ss.

([253]) Il cui contenuto è successivamente stato trasfuso nella nuova versione, in vigore dal 1° luglio 2022, del c.c. di quel Paese: cfr. artt. 2.3.65 ss., disponibile al sito *web* seguente: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/article.pl?language=fr&sum_date=&pd_search=2022-03-14&numac_search=2022A30600&page=1&lg_txt=F&caller=list&2022A30600=2&trier=promulgation&view_numac=1804032130fr&dt=CODE+CIVIL&fr=f&choix1=ET#Art.2.3.66.

([254]) Sul tema v. per tutti HESBOIS, *Epoux séparatistes et collaborations économiques : quels sont les apports de la réforme des régimes matrimoniaux du 22 juillet 2018 quant au préjudice de carrière de l'un des époux ?*, https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/6924/4/TFE-M%C3%A9gane%20HESBOIS.pdf.

([255]) Cfr. il già ricordato e citato art. 231-20, comma 5, del *Codi civil de Catalunya*, di cui alla Llei 25/2010, del 29 de juliol 2010.

si estende ai contratti di convivenza, in forza di una semplice norma di rinvio, la quale consente espressamente la stipula di *Pactes en previsió del cessament de la convivència*, disciplinati, per l'appunto, dagli articoli codicistici sui patti prematrimoniali ([256]). Orbene, anche siffatto principio potrebbe essere convenzionalmente adottato nel contesto di un regime pattizio di compartecipazione differita, tra (futuri) coniugi o conviventi.

22. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. La *Zugewinngemeinschaft* in salsa tricolore. Come concretamente realizzare un regime convenzionale di compartecipazione degli incrementi patrimoniali per coniugi (e conviventi)

Dunque, proprio nel momento in cui l'accordo condizionato all'insorgere della crisi del rapporto di coppia comincia finalmente ad essere ritenuto valido, ben potrà configuarsi tale evento alla stregua del fatto condizionante il momento in cui il calcolo dell'incremento patrimoniale va effettuato.

Dal punto di vista pratico, dovrà soltanto porsi attenzione alla necessità di individuare con certezza sia il *dies a quo* (quello in cui, cioè, si calcola il valore di quello che i tedeschi chiamano *Anfangsvermögen*, cioè il patrimonio iniziale di ciascuna delle parti), che quello *ad quem* (*Endvermögen*, o patrimonio finale).

Il primo dei due punti è di facile determinazione, coincidendo con la data del matrimonio (o della costituzione dell'unione civile), ma ben potrà essere pattiziamente individuato anche in un giorno diverso (così come dovrà accadere sempre per le coppie non coniugate o non civilmente unite, per ovvi motivi). Più problematica la fissazione del secondo termine, posto che andrà con esattezza identificato l'evento cui le parti intendono ricollegare la cessazione del regime. Per evidenti ragioni sarà opportuno collegarlo all'inizio della procedura di separazione personale (o dell'inizio della procedura di scioglimento dell'unione civile), *ad instar* di quanto stabilito ora dall'art. 191 c.c., anche se non può escludersi in via di principio che la volontà delle parti si accordi per un evento diverso: ad es., l'invio di una raccomandata o di una notifica a mezzo ufficiale giudiziario, o, come si fa oggi, con un messaggio di p.e.c. (e questa sarà, evidentemente, la soluzione obbligata per le coppie non coniugate, in relazione alle quali, forse l'unica «formalità solenne» alternativa potrebbe essere eventualmente quella prescritta per il recesso del contratto di convivenza, secondo quanto stabilito dall'art. 1, commi 51, 52, 60 e 62, della L. n. 76/2016).

Poi, come già ricordato ([257]), sarà più che opportuno trarre dalle riferite esperienze straniere formule e soluzioni per la protezione degli interessi della parte destinata a divenire creditrice, nei confronti di possibili manovre fraudolente o elusive da parte dell'altro prima della cessazione del regime, magari nel momento in cui la crisi comincia a profilarsi.

Si pensi, ad esempio, al principio secondo cui per l'interessato è sufficiente la dimostrazione del fatto che il patrimonio dell'altro si è incrementato *ex* artt. 177, lett. *b*) e *c*), nonché 178 c.c. (oppure, ovviamente, dei beni e arricchimenti patrimoniali di altro genere che le parti dovessero ritenere di tenere in considerazione come facenti parte dell'*Ausgleich* finale), gravando, invece, su quest'ultimo, cioè sul percettore di tali utilità, l'onere di dimostrarne l'intervenuta consumazione. In siffatto contesto sarebbe poi opportuno chiarire l'effettivo

([256]) Cfr. il già ricordato e citato art. 234-5 del *Codi Civil de Catalunya*. Sul tema v. ampiamente MARTÍN CASALS e RIBOT, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436 ss.; FERRER I RIBA, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in AA. VV., From Status to Contract? – *Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, cit., 271 ss.; BARBA, *Patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un* revirement *della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 16 ss.; DE VERDA Y BEAMONTE, *La solidarietà postconiugale tra autosufficienza economica e istanze compensative*, in AA. VV., Liber amicorum *per Michele Sesta*, a cura di Al Mureden e Balestra, I, Milano, 2025, 722 ss.

([257]) V. *supra*, nel par. precedente.

significato del concetto di «consumazione», anche al fine di evitare l'improvvida confusione, operata dalla giurisprudenza italiana, di siffatto evento con quello rappresentato, invece, dalla semplice «sparizione» da conti bancari di determinate somme, operata sovente dalla parte «forte» al fine di occultare siffatti cespiti patrimoniali (con trasferimento su altri conti bancari, magari situati in paradisi fiscali), per sottrarli al paventato *redde rationem* ([258]).

Un ultimo, non trascurabile, punto attiene all'altro modo di cessazione del regime patrimoniale *inter coniuges* (o civilmente uniti, o conviventi), alternativo alla crisi della coppia, vale a dire il decesso di una delle parti, anche se qui le perplessità circa la pendenza sull'accordo della «spada di Damocle» del divieto dei patti successori appaiono difficilmente superabili. In senso favorevole alla validità, potrebbe forse considerarsi la pattuizione *de qua*, per ciò che attiene allo scioglimento del vincolo matrimoniale per morte di una delle parti, alla stregua di un accordo *post mortem* e non già *mortis causa*, avuto riguardo alla circostanza che il decesso verrebbe in considerazione non già in quanto tale, ma come causa di scioglimento del matrimonio.

Rimane comunque il fatto che, come noto, la linea di demarcazione tra tali due categorie di negozi (*post mortem* e *mortis causa*, appunto) appare quanto mai incerta ([259]). Nel caso di specie, è vero che i diritti del superstite si riferiscono ad acquisti operati dall'altro coniuge durante la sua vita, in base a regole predeterminate nella convenzione matrimoniale (negozio, pacificamente, *inter vivos*). Dunque, si potrebbe dire, almeno *prima facie*, che qui difetta uno dei requisiti fondamentali dell'attribuzione *mortis causa*, vale a dire «un atto che regola un rapporto che non è preesistente, ma trova la sua origine soltanto nella morte di una persona» ([260]). E invero, il rapporto di cui si discute non trova origine «soltanto nella morte di una persona», ma appare, in qualche modo, preesistere a questo evento. In altre parole, potrebbe, forse, dirsi che, in tal caso, «la morte funziona o come elemento a cui è subordinato il verificarsi di determinati effetti

---

([258]) Cfr. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 1304 ss. Particolare attenzione a questo profilo viene dedicata, ad esempio, dai principi elaborati in materia di regimi patrimoniali dalla *Commission on European Family Law* (CEFL) nello studio seguente: AA. VV., *Principles of Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, a cura di Boele-Woelki *et al*., cit., 192 ss., ove vengono indicate le precauzioni da adottare, al momento del calcolo del valore del patrimonio finale, al fine di scongiurare gli effetti di atti pregiudizievoli (alienazioni a titolo gratuito, dissipazioni, riduzioni di valore, etc.) di un coniuge ai danni dell'altro. Il tutto, del resto, sulla falsariga di disposizioni quali quelle contenute nel § 1375 *BGB*, per la germanica *Zugewinngemeinschaft*, o negli artt. 1572 e 1573 *Code Civil*, per la francese *participation aux acquêts*, o, ancora, nell'art. 1469/4 del previgente *Code Civil* del Belgio, per il regime belga della *séparation de biens avec participation aux acquêts*. Da notare che tale ultimo articolo è ora sostituito dall'art. 2.3.68 del vigente codice civile belga, introdotto dalla L. 19 janvier 2022. - *Loi portant le livre 2, titre 3, "Les relations patrimoniales des couples" et le livre 4 "Les successions, donations et testaments" du Code civil*, in vigore dal 1° luglio 2022, dal contenuto peraltro assolutamente identico al precedente. Da aggiungere che gli artt. da 2.3.65 a 2.3.77 (redatti, del resto, con il fattivo contributo del notariato belga) costituiscono una vera e propria miniera d'indicazioni pratiche da cui un regime di compartecipazione all'italiana potrebbe trarre ispirazioni, soprattutto con riguardo alle *technicalities* relative alle operazioni relative alle modalità di computo del patrimonio iniziale e di quello finale, nonché degli accorgimenti per ottenere un'esecuzione corretta e in buona fede del regime stesso. Potrà infine menzionarsi, sempre in merito alle tutele del coniuge «debole», l'art. 10 del *Décret* n° 2013-488 del 10 giugno 2013, *portant publication de l'accord entre la République française et la République fédérale d'Allemagne instituant un régime matrimonial optionnel de la participation aux acquêts*, per il già ricordato regime convenzionale franco/tedesco di cui alla convenzione bilaterale predetta, firmata a Parigi il 4 febbraio 2010.

([259]) Cfr. sul punto per tutti NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali* post mortem *e* mortis causa, in *Vita not*., 1971, 147 ss.; PADOVINI, *Rapporto contrattuale e successione a causa di morte*, Milano, 1990, *passim*; MARELLA, *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in AA. VV., *I contratti in generale. I contratti atipici*, II, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, 1185 ss.; EAD., *Il divieto dei patti successori e le alternative convenzionali al testamento*, in AA. VV., *I contratti in generale*. Aggiornamento 1991-1998, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1999, 1185 ss.; PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, *passim*; ID., *I contratti* post mortem, in *Rass. dir. civ*., 2012, 768 ss.; MONCALVO, *I così detti negozi "transmorte", La successione ereditaria*, I, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, Milano, 2009, 225 ss.; FUSARO, *Uno sguardo comparatistico sui patti successori e sulla distribuzione negoziata della ricchezza d'impresa*, in *Riv. dir. priv*., 2013, 1128 ss.; in giurisprudenza v. Cass., 13 dicembre 2023, n. 34858, in *Nuova giur. civ. comm*., 2024, 790, con nota di G.B. FERRI JR, in tema di donazione *si praemoriar*.

([260]) Così si esprime, in relazione ai negozi a causa di morte, NICOLÒ, *op. cit*., 148

o come elemento temporale che determina il momento di produzione dell'effetto giuridico» ([261]).

Per contro, però, e concentrando per il momento l'attenzione sull'ipotesi del predecesso del coniuge (o convivente) che ha conseguito il maggior incremento patrimoniale (e dunque è destinato a figurare quale debitore nel rapporto di compartecipazione), non vi è dubbio che le clausole di tale intesa vengono ad attribuire diritti sul patrimonio del *de cuius*, che sorgono solo al momento del trapasso di quest'ultimo. Non per nulla, invero, lo stesso Autore appena citato ([262]), annoverava tra i negozi *mortis causa* proprio «il cd. patto dotale, con il quale un coniuge assegna all'altro, reciprocamente, una quota proporzionale del residuo della dote al momento della morte. In questa ipotesi si realizzerebbe una attribuzione *mortis causa* perchè vi sarebbe una situazione che trova la sua origine nel fatto della morte, e l'oggetto della attribuzione patrimoniale sarebbe qualche cosa che non preesiste, ma che viene commisurato al momento della morte stessa. Il che è proprio una delle caratteristiche dell'atto patrimoniale *mortis causa* consistente nel fatto che l'oggetto deve essere un bene che "superest" cioè che rimane al momento della morte, e non determinato al momento in cui si opera l'attribuzione ma in quello successivo alla morte».

Orbene, un'attribuzione patrimoniale come quella che, stipulata in vita tra i coniugi (o futuri tali e comunque il discorso non muterebbe, ovviamente, per un analogo patto tra civilmente uniti o tra conviventi), prevedesse il sorgere di un diritto di credito sulla massa ereditaria del predefunto nella misura della metà di quello che i tedeschi chiamano *Zugewinn* (cioè degli acquisti operati in vita), ben potrebbe essere visto come qualcosa che, pur se pattuito in vita, «viene commisurato al momento della morte». Tanto più ove si ponga mente al fatto che, nel nostro sistema, la comunione *de residuo* è, per l'appunto, residuale, e dunque si riferisce a incrementi patrimoniali rilevanti solo se e in quanto siano ancora presenti (non siano stati «consumati») nel patrimonio del titolare, il quale, dunque, ben potrebbe rimanere pur sempre libero di neutralizzare (salvi gli auspicabili contemperamenti contrattuali appena suggeriti) *ad libitum suum* gli effetti del negozio, anche alienando a terzi gli incrementi patrimoniali conseguiti, di guisa che l'attribuzione in concreto, diverrebbe stabile e definitiva nei suoi elementi soggettivi e oggettivi solo dopo la sua morte.

Il che sembra dimostrare la sostanziale affinità esistente, in questi casi, tra tali operazioni contrattuali e gli atti *mortis causa* ([263]). La conclusione pare, del resto, ricevere indiretta conferma proprio dalla disciplina germanica della *Zugewinngemeinschaft*, che, per il caso di scioglimento del regime conseguente alla morte di uno dei coniugi, risolve la determinazione dei diritti del superstite mercè una rideterminazione *ex lege* della quota successoria sul patrimonio del *de cuius* (cfr. § 1371 *BGB*).

Al fine di eliminare ogni possibile rischio sembra, dunque, preferibile stabilire in modo espresso che l'eventuale credito sulla differenza dell'incremento patrimoniale conseguito dall'altra parte non sorga in caso di decesso di quest'ultima.

Diverso, invece, potrebbe sembrare, almeno in teoria, il discorso per il caso di decesso della parte eventualmente creditrice, posto che l'intesa non verrebbe a disporre *inter vivos* della sua successione, ma si limiterebbe a definire la sua morte quale evento condizionante l'acquisto di un credito contro l'«arricchito» superstite. Siffatto credito, nascente per effetto della morte di una delle parti, non potrebbe, peraltro, nascere in capo al predefunto, proprio perché passato a miglior vita, salvo ipotizzare che, nello stesso istante, egli/ella acquista siffatto diritto per trasmetterlo, in un istante immediatamente successivo, alla massa ereditaria ed essere acquisito con l'accettazione dell'eredità da parte dei chiamati alla successione del coniuge (o civilmente

([261]) Così, ancora, NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt.* Ancora, potrebbe dirsi, con la S.C., che il negozio in esame sembra «destinato a regolare una situazione preesistente, sia pure subordinandone gli effetti alla morte di una delle parti» (così Cass., 13 dicembre 2023, n. 34858, cit.).

([262]) Cfr. NICOLÒ, *op. loc. ultt. citt*.

([263]) Così, pur se non con specifico riguardo al problema in esame, si esprime PUTORTÌ, *I contratti* post mortem, cit., 777 s.

unito, o convivente) «povero», secondo le usuali regole successorie ([264]).

Peraltro, nel senso dell'invalidità del patto anche in siffatta ipotesi, potrebbe deporre la considerazione per cui, a ben vedere, nel concetto di «disporre della propria successione», cui si riferisce l'art. 458 c.c., potrebbe forse farsi rientrare anche l'intesa con la quale si preveda che la morte di una delle parti derterminerà l'insorgere di un credito. Ciò tanto più ove si ponga mente al fatto che pure i crediti del *de cuius*, pacificamente, ne compongono l'asse ereditario. Vista, quindi, anche dalla parte del possibile creditore predefunto, l'intesa, sottoscritta ovviamente pure dall'altro, viene a basarsi su di un atto dispositivo anticipato della «propria» successione, intesa come successione di entrambe le parti, qualunque sia la sua posizione (debitoria o creditoria) verso l'altro (o i suoi eredi) rispetto all'*Ausgleich* finale tra i due arricchimenti.

In ogni caso, anche se si dovesse abbracciare la tesi della validità della clausola in caso di predecesso dell'«impoverito» (e, dunque, ipoteticamente, «creditore» della quota di *surplus* dell'arricchimento conseguito dall'altro), al momento della stipula del contratto non è comunque certo possibile vaticinare chi per primo passerà a miglior vita e, soprattutto, chi tra i due sarà debitore e chi creditore. Appare pertanto raccomandabile – in luogo di prevedere un diritto *in incertam personam* (con una clausola che rischierebbe, comunque vada, di compromettere l'attribuzione nel caso di predecesso della parte «arricchita» e, oltre tutto, di travolgere nella sua caduta, *ex* art. 1419 c.c., l'intero contratto) – escludere del tutto il decesso quale causa di operatività del meccanismo compartecipativo convenzionalmente costruito.

23. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. *Clause alsacienne… à l'italienne*

Altro possibile effetto della tesi della liceità degli accordi prematrimoniali sui regimi patrimoniali della famiglia potrebbe essere dato dal riconoscimento della validità, anche in Italia, di quella che in Francia viene chiamata *clause alsacienne*, in forza della quale le parti creano un regime di comunione convenzionale universale, destinato, però, a cedere retroattivamente il passo al regime di comunione dei soli acquisti nel caso di crisi coniugale, con conseguente ripresa, da parte di ciascuno dei coniugi, degli apporti effettuati alla comunione ([265]). Il risultato perseguito è sicuramente commendevole, posto che, «en période de divortialité galopante, on peut comprendre la préoccupation des époux de faire en sorte que le bénéfice susceptible d'être tiré du régime matrimonial soit minimal en cas de divorce et maximal en cas dedécès» ([266]).

La clausola, già ritenuta conforme al sistema del *Code civil* ([267]), ha ricevuto un ulteriore

([264]) Tra costoro dovrebbe anche figurare, tra l'altro, lo stesso coniuge superstite *medio tempore*, in costanza di regime convenzionale, «arricchitosi» più dell'altro, che, per confusione (art. 1253 c.c.), vedrebbe estinto il proprio debito: in tutto, se unico erede, o in parte, se erede in concorso con altri (ad es. con uno o più figli), cui dovrebbe pertanto versare le relative quote.

([265]) Cfr. MALAURIE e AYNÉS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, 89, 325 s.: «les époux peuvent adopter un régime alternatif, c'est-à-dire différent suivant la cause de dissolution: décès ou divorce. C'est l'objet de la clause de reprise dans une communauté universelle, dite souvent 'clause alsacienne', prévoyant qu'en cas de divorce, les époux pourront reprendre leurs apports. Techniquement, cette clause est un avantage matrimonial, une clause de partage; si bien qu'elle ne modifie pas le régime de communauté universelle. En pratique, il s'agit bien d'en revenir à la communauté d'acquêts, si le mariage est un échec».

([266]) BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés*, Orléans, 2009, 267, che osserva ulteriormente: «La clause de liquidation alternative répond à cette attente (également dénommée clause alsacienne en raison de son développement par les praticiens alsaciens en réponse à la fréquence de la communauté universelle dans cette région, pour des raisons historiques). Elle consiste, dans le cas d'une communauté universelle, à liquider celle-ci différemment selon la cause de dissolution. En cas de dissolution par décès, les règles de la communauté universelle s'appliquent. Au contraire, en cas de dissolution par divorce, la liquidation est réalisée comme s'il s'agissait d'une communauté réduite aux acquêts, par la possibilité offerte à chacun des époux de reprendre ses "apports", c'est à dire les biens qui auraient été propres en régime légal ou les biens non constitutifs d'acquêts».

([267]) Nel senso che «Ne porte pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales la clause par laquelle, dans le cadre d'un régime de communauté universelle, chaque époux reprendrait, en cas de dissolution

avallo dalla riforma francese del 23 giugno 2006 (sulle successioni e liberalità), in vigore dal 1° gennaio 2007, che ha introdotto un terzo comma all'art. 265 del *Code*, a mente del quale «si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté» ([268]).

La predetta clausola potrebbe da noi assumere una valenza ancora più «spinta» verso la *contemplation of divorce*. In altri termini, sulla scia di una remotissima decisione siciliana di oltre quattro secoli or sono ([269]), si potrebbe immaginare una convenzione costitutiva di un regime di comunione, vuoi legale, vuoi convenzionale, destinata però a lasciare il posto, retroattivamente, ad un regime di separazione dei beni, in caso di crisi coniugale.

L'accordo risponderebbe così all'idea di considerare i coniugi in comunione in caso di scioglimento del matrimonio per morte (con i conseguenti diritti competenti, sia *iure proprio*, che *iure haereditario*, al superstite), trattandoli, invece, come *séparés de biens* nel caso il vincolo venga meno per effetto di crisi coniugale ([270]).

Sul punto si deve aggiungere, per completezza, che, pur dando per scontata «non ostilità» della Cassazione, a seguito della più volte citata e commentata giurisprudenza in tema di patti in vista della crisi coniugale ([271]), un altro ostacolo potrebbe profilarsi, considerando il disposto dell'art. 210, ult. cpv., c.c., nonché quello, ad esso collegato, dell'art. 194, primo comma, c.c. L'intesa in esame potrebbe, invero, essere vista come costitutiva di una comunione convenzionale non rispettosa del criterio inderogabile della parità delle quote relativamente a quei beni che formerebbero oggetto di comunione legale.

Per ciò che attiene ai coniugi ([272]), l'ostacolo potrebbe essere in parte superato, limitando

---

de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef», v. App. Colmar, 16 maggio 1990, in *Rép. Defrénois*, 1990, 1361, con nota di CHAMPENOIS; *JCP*, 1991, éd. N., II, 17, con nota di SIMLER. Ancora vent'anni dopo la validità della clausola è stata ribadita da Cass.1ère civ., 17 novembre 2010, n. 09-68292, la quale ha affermato che la stessa «ne confère aucun avantage matrimonial», confermando l'avviso della dottrina, secondo cui «loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise» (SIMLER, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil*, in *JCP*, N 2005, 1265). Anche per Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, la clausola è valida, costituendo «un aménagement des règles du partage (le bien repris est commun), qui ne porte pas atteinte à l'immutabilité ou à l'unicité du régime matrimonial».

([268]) La disposizione testé citata apre il varco a nuove audacie applicative, sempre nel segno di un'ampliata libertà negoziale: «Dans l'hypothèse dans laquelle les époux auraient prévu une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, ils pourraient prévoir une double clause: une clause de reprise des apports en cas de divorce et une clause d'exclusion de reprise des apports en cas de décès. On pourrait, également, songer à la clause qui exclurait, dans le contrat de mariage portant adoption du régime de participation aux acquêts, le calcul de la créance de participation en cas de dissolution du mariage par divorce. Les époux préféreront organiser par anticipation une telle modulation, plutôt que d'opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage" (BRUN-WAUTHIER, *op. loc. ultt. citt*).

([269]) Cfr. la sentenza del 20 giugno 1612 (riportata in GIURBA, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae volumen primum*, Panormi, 1621, 398 ss.) emessa dal Concistorium del Regno di Sicilia in applicazione delle consuetudini di Messina, ove per determinati tipi di matrimonio (detti «alla latina») vigeva un regime di comunione universale legale. La sentenza confermò la validità della clausola del contratto matrimoniale, redatto da un notaio siculo in un curioso idioma «legalese», misto, per così dire, di italiano e latino, che escludeva la comunione consuetudinaria «casu (quod absit) di separatione di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, e quelli morti in minori età, vel maiori ab intestato», stabilendo altresì che, in tale ultima ipotesi, «detta sposa non possa disponere, nisi tantum di unzi trenta».

([270]) *Mutatis mutandis* si potrebbe pensare ad una soluzione analoga per i conviventi stretti da apposito contratto ai sensi del già ricordato comma 53 dell'art. 1, L. n. 76/2016, con l'ulteriore clausola nel senso indicato, laddove, però, per ovvi motivi, le parti dovrebbero individuare un atto certo, idoneo, secondo la loro comune intenzione, a suggellare la fine retroattiva del regime.

([271]) Almeno fin tanto che qualcuno non s'avvedrà che, come pure già ricordato poco sopra, la previsione di un dato regime legale svolge proprio, e nella forma più idonea, quella funzione «perequativo-compensativa» che il pensiero dominante oggi, del tutto impropriamente, appioppa all'assegno divorzile, così magari inducendo la Suprema Corte a ritornare ad agitare, anche su questo tipo d'intese, lo spauracchio dell'art. 160 c.c.

([272]) Ai conviventi, infatti, l'art. 210 c.c. non risulta certo applicabile. In proposito, sarà il caso qui di ripetere che, a ben vedere, la «vera» disposizione che sancisce l'inderogabilità del principio di parità delle quote è proprio

la clausola alsaziana «all'italiana», per l'appunto, ai soli «apporti» di beni personali di cui le parti erano titolari prima della stipula della convenzione, così come, eventualmente ad altri beni personali ai sensi delle lettere *b*) ed *f*) dell'art. 179 c.c., in modo tale da non toccare il principio della parità delle quote per i beni in comunione legale.

Si potrebbe però anche dire (riconsiderando l'ipotesi più «ampia», cioè quella che ammette la possibilità di prevedere che la crisi funzioni come esclusione retroattiva della comunione *in toto*) che la situazione qui considerata è ben diversa da quella presupposta dall'art. 210 cit. La crisi coniugale (o, comunque, l'evento individuato dalla sovrana volontà delle parti come risolutivo) opera, per l'appunto, come condizione risolutiva del regime convenzionale comunitario e sospensiva di quello vuoi *ex* artt. 177 ss. c.c. o di quello (pure convenzionale) di separazione dei beni. Siffatta condizione, in perfetta coerenza con lo schema delineato dall'art. 1360 c.c. retroagisce «al tempo in cui è stato concluso il contratto», dando luogo, sin da quel momento, all'instaurazione del regime (a seconda dell'ipotesi prescelta dalla volontà dei coniugi) di comunione legale, o di separazione dei beni, convenzionalmente previsto come operativo nell'ipotesi di avveramento della condizione medesima ([273]).

E del resto, se è possibile derogare al regime di comunione legale *in toto* e sin *ab initio* della relazione coniugale, sembra dover essere possibile optare, invece, per essa (o per un regime ancor più «comunistico»), peraltro rinunziandovi al sopravvenire di situazioni determinate (crisi coniugale, nella specie).

In appoggio a tale soluzione si potrebbe anche invocare il fatto che la stessa Corte di legittimità ([274]) ammette che, a seguito dello scioglimento del regime legale, la divisione del patrimonio comune (e già soggetto alle regole di cui agli artt. 177 ss. c.c.) possa essere diviso per quote diseguali ([275]). Il riconoscimento di siffatto potere, una volta cessato il regime legale, deve necessariamente indurre ad analoga soluzione una volta che si ammetta la possibilità che i coniugi vengano a trovarsi, con effetto retroattivo, nella stessa situazione di separazione dei beni in cui essi si trovano una volta sciolto il regime legale.

Semmai, poiché, comunque, *factum infectum fieri nequit*, gli acquisti operati congiuntamente nel periodo di vigenza del regime di comunione successivamente riconosciuto come mai operativo, per via del carattere retroattivo degli effetti dell'avveramento della condizione, non potranno considerarsi come personali, ma andranno ritenuti come da sempre oggetto di una comunione ordinaria. Personali dovranno invece considerarsi gli acquisti operati separatamente ([276]).

---

quella di cui all'art. 210 c.c., piuttosto che quella di cui all'art. 194 c.c., che della prima si pone piuttosto quale conseguenza (sul punto v. per tutti OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 386 ss., 397 ss., 859 ss., II, cit., 2010 ss.). Art. 194 c.c., che la L. n. 76/2016 comunque non richiama (OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 104). Va poi aggiunto che il contesto è pur sempre quello della negozialità, in relazione al quale non può non operare, come già più volte ricordato, il principio generale consacrato dall'art. 1322 c.c. Inutile dire che il richiamo a tale principio non deriva (secondo quanto sostenuto invece da BONA, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, nota a Cass., 7 marzo 2016, n. 4386, in *Foro it.*, 2016, I, 2101) da un supposto «carattere ricognitivo ed integrativo» della novella del 2016, bensì dal semplice fatto che l'espresso richiamo normativo alla figura del contratto non può non dirigere l'interprete verso l'applicazione di quella «parte generale» che a tale istituto il codice civile, per l'appunto, assegna (cfr. OBERTO, *La modifica del regime patrimoniale scelto nel contratto di convivenza*, in *Contr. e impr.*, 2019, 670).

([273]) Per uno studio sugli effetti della retroattività dell'instaurazione (o, per converso, cessazione) del regime legale e dei regimi convenzionali si fa rinvio a OBERTO, *Mutuo dissenso e convenzione di separazione dei beni*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 817 ss.

([274]) Cfr. Cass., 3 febbraio 2025, n. 2546.

([275]) Possibilità, questa, già anticipata in dottrina da OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2010 ss.

([276]) Quanto detto vale, salvi, probabilmente, gli effetti nei confronti dei terzi: in particolare, i creditori della comunione, *ex* art. 186 c.c. Per ciò che attiene, invece, agli aventi causa dai coniugi, che i terzi credevano in comunione, la realtà che si vuole opporre è il fatto di aver acquistato solo dall'unico titolare, laddove il loro titolo, in quanto proveniente da entrambi, fonda un acquisto che è certamente, comunque, *a domino*, posto che il negozio di alienazione è stato compiuto dai due coniugi, anche se avrebbe potuto essere posto in essere, «con il diritto del

Ulteriori casi di possibili clausole prematrimoniali sul regime patrimoniale della famiglia sono ricavabili da alcuni peculiari profili dei rapporti patrimoniali tra coniugi o conviventi di fatto.

Uno di questi potrebbe essere dato dalla predeterminazione del contributo del *partner* (coniuge, civilmente unito, o convivente che sia) ad un'eventuale impresa familiare ([277]), che, in via programmatica potrebbe preventivamente attribuire eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o affettivo.

Si potrebbe, così, tra l'altro, approfittare della stipula dell'intesa anche per tracciare più precisi contorni a rapporti piuttosto sommariamente descritti dalla scarna disciplina codicistica. Tanto per citare un possibile esempio, l'accordo relativo ad un'impresa familiare ben potrebbe specificare natura e contenuto del diritto competente al partecipante in merito ai «beni acquistati» con gli utili dell'impresa stessa «ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento» (art. 230-*bis*, primo comma, c.c.), chiarendo se trattasi di diritti reali o di credito e, in quest'ultima misura, in quale misura e con quali criteri essi andrebbero determinati ([278]).

---

poi», da quello dei due che sarebbe stato successivamente, con effetto retroattivo, riconosciuto come esclusivo titolare già all'epoca dell'alienazione. Comunque sia, il carattere personale degli acquisti operati dai coniugi separatamente in regime di comunione, successivamente retroattivamente «annullata», potrà essere opposto solo a condizione che la pubblicità della convenzione qui *envisagée* sia in grado di far comprendere l'esistenza e l'operatività di siffatta clausola. A proposito va considerato che l'annotazione *ex* art. 162 c.c. appare inidonea all'uopo, atteso che il sistema, come oggi configurato, non consente di rendere visibile la presenza di eventuali condizioni cui l'operatività dei regimi è sottoposta. Se così stanno le cose, non resta che ricorrere alla soluzione, proposta da chi scrive, centrata sulla funzione complementare e integrativa di svolta dalla trascrizione sui pubblici registri immobiliari, *ex* art. 2647 c.c. rispetto all'annotazione *ex* art. 162 c.c. sugli atti di matrimonio (e ora anche sugli atti di costituzione d'unione civile); circa i rapporti tra trascrizione e annotazione dei regimi patrimoniali v. per tutti OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 2169 ss., 2236 ss.). In assenza di tale idonea pubblicità, i terzi dovrebbero essere autorizzati a ritenere i coniugi come in comunione, pur dando l'annotazione atto della presenza di una convenzione matrimoniale, sull'atto di matrimonio (o, se del caso, di unione civile). Il regime, infatti, verosimilmente, verrebbe qualificato sull'annotazione alla stregua di una «comunione convenzionale», e «pubblicizzato» come tale, vale a dire mercé la solita seguente formula: «Con atto ricevuto dal Notaio [Nome e Cognome] in data [gg/mm/aaaa], repertorio n. [numero], i coniugi hanno stipulato convenzione matrimoniale con la quale hanno adottato il regime patrimoniale della comunione convenzionale» (e… più non dimandare, verrebbe quasi da dire). La presenza della condizione risolutiva – «invisibile» in questo modo – sarebbe, dunque, opponibile ai terzi solo ove risultante da idonea trascrizione immobiliare, effettuata atto per atto in relazione ai singoli cespiti immobiliari, o mobiliari registrati, caduti di volta sotto siffatto regime (sul tema della trascrizione del contratto condizionato e delle relative modalità operative, v. per tutti PETRELLI, *Clausole condizionali e prassi notarile, in Notariato*, 2001, 165 ss., 274 ss.), con l'ulteriore finale precisazione per cui, in ogni caso, il coniuge interessato, nell'ipotesi di contestazioni sulla natura del bene, potrebbe far trascrivere la relativa domanda giudiziale, al fine di rendere opponibile l'eventuale sentenza di accoglimento.

([277]) Su cui v. le clausole proposte in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente* more uxorio *in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 22 e dallo scrivente commentate *ivi*, 23. La partecipazione del convivente di fatto all'impresa familiare del *partner* è oggi disciplinata dall'art. 230-*bis* c.c., a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 230-*ter* c.c. (introdotto dalla L. n. 76 del 2016): cfr. Corte cost., 25 luglio 2024, n. 148. Sull'argomento specifico v. per tutti BALESTRA, *L'impresa familiare apre, infine, la porta d'ingresso principale al convivente* more uxorio, nota a Corte cost., 25 luglio 2024, n. 148, in *Giur. it*., 2024, 2557 ss.; ID., *Il convivente* more uxorio *e l'impresa familiare: un lungo percorso, infine con un approdo definitivo*, in *giustizia civile.com*, Editoriale del 29 agosto 2024, 1 ss.

([278]) Sulla natura obbligatoria e non reale dei diritti sui beni acquistati dal partecipante v. in giurisprudenza Cass., 6 giugno 2024, n. 15810. Circa il modo concreto di determinazione del diritto di partecipazione agli utili cfr. inoltre Cass., 16 marzo 2016, n. 5224, secondo cui tale determinazione è «condizionata dai risultati raggiunti dall'azienda, atteso che i proventi – in assenza di un patto di distribuzione periodica – non sono naturalmente destinati ad essere ripartiti ma al reimpiego nell'azienda o in acquisti di beni». Nel senso che, nella determinazione del diritto del partecipante, va inclusa «anche la rivalutazione di un fattore della produzione riferibile a cause estranee all'attività svolta dal partecipante, che si sia tradotto in un aumento di redditività dell'impresa medesima, ed analogamente i fattori di decremento dei beni che abbiano riflessi sulla produttività», incluso, ad es., l'aumento di valore di mercato degli immobili imputabile all'introduzione della moneta unica, cfr. Cass., 22 gennaio 2021,

Altra ipotesi da prendere in esame sarebbe costituita dalla creazione di un vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. a favore della famiglia, munito di clausole specificamente collegate alla sorte e al concreto contenuto del vincolo, nel caso di sopravvenuta crisi e cessazione del rapporto familiare ([279]).

Sempre con riguardo a tale ultima norma potrà notarsi come questa si presti a costituire un vero e proprio «ponte» tra tutti i tipi di famiglia (matrimoniale, fondata sull'unione civile, o sulla convivenza di fatto), ben potendo adattarsi a realizzare interessi meritevoli di tutela in relazione alle formazioni sociali in discorso, una volta superata la tesi, pure autorevolmente prospettata, che predicava l'inapplicabilità dell'art. 2645-*ter* c.c. alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale si sarebbe potuto dar vita solo ad un fondo patrimoniale ([280]). Per questa ragione, tanto alcuni progetti di legge sugli accordi prematrimoniali ([281]), quanto taluni formulari ufficiali di contratti di convivenza ([282]), vi fanno esplicito richiamo.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento ad un altro possibile punto di convergenza, costituito dalla creazione *de iure condendo* di un *trust* familiare all'italiana, di cui si rinvengono tracce in alcune proposte di legge sui patti prematrimoniali ([283]), ma che ben s'adatterebbe a soddisfare analoghe esigenze della famiglia di fatto (oltre che, ovviamente, dell'unione civile). Uno specifico intervento normativo consentirebbe, tra l'altro, di superare le persistenti obiezioni (per molti profili largamente fondate) circa l'ammissibilità *de iure condito*

---

n. 1401. In dottrina, sulla natura dei diritti di credito spettanti ai partecipanti dell'impresa familiare cfr. per tutti BALESTRA, *Attività d'impresa e rapporti familiare*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da Alpa e Patti, Padova, 2009 223 ss.

([279]) Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente* more uxorio *in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza open day*, 30 novembre 2013, cit., 66 ss., 71 ss.; sul tema v. anche OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 137.

([280]) Cfr. G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ*., 2007, 321 ss. *contra* OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in AA. VV., *Le destinazioni patrimoniali*, a cura di Calvo e Ciatti, in AA. VV., *Trattato dei contratti*, a cura di E. Gabrielli e Rescigno, Torino, 2014, 236 ss.

([281]) Cfr. ad es. la proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino, disponibile nella pubblicazione CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, Roma, 2011.

([282]) Cfr. CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Guida operativa in tema di convivenza. Vademecum sulla tutela patrimoniale del convivente* more uxorio *in sede di esplicazione dell'autonomia negoziale. Contratti di convivenza* open day, 30 novembre 2013, cit., 66 ss.

([283]) Cfr. OBERTO, *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, cit., 33 ss., su cui v. anche, ad es., COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, 2022, cit., 867 s. Per ulteriori approfondimenti sui disegni di legge presentati al Parlamento italiano, rimasti ad oggi, tutti, lettera morta, cfr. SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia (in margine alla p.d.l. n. 2669*), in *Nuove leggi civ. comm*., 2017, 191 ss.; AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, 601 ss.; BASINI, *I cosiddetti «patti prematrimoniali». Note* de iure condendo, cit., 1153 ss. Si vedano, inoltre, i seguenti progetti di legge: d.d.l. n. 506 del 2018, d'iniziativa della deputata Morani, recante «Modifiche all'articolo 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di assegno spettante a seguito di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile», approvato dalla Camera dei deputati il 14 maggio 2019, ma decaduto con la fine della legislatura, e volto ad introdurre maggiori tutele per il coniuge economicamente più debole che avesse compiuto sacrifici professionali nell'interesse comune. Stessa sorte è toccata al d.d.l. n. 2669 del 2014, d'iniziativa dei deputati Morani e D'Alessandro, recante «Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali», presentato alla Camera dei Deputati il 15 ottobre 2014, avente ad oggetto l'introduzione nel codice civile del nuovo art. 162-*bis*, disciplinante la possibilità per i futuri coniugi di stipulare accordi patrimoniali in previsione di un'eventuale crisi coniugale. Nella XVI legislatura risultava poi essere stato presentato al Senato, in data 18 marzo 2011, il d.d.l. n. 2629, su iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, dal titolo «Modifiche al codice civile e alla legge 1º dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali», pure esso decaduto.

di un *trust* interno, di cui si è dato conto in altra sede ([284]).

24. Conclusioni

Rinviando alle già più volte richiamate sedi la compiuta esposizione delle argomentazioni a sostegno della tesi della piena disponibilità, in ogni tempo, della prestazioni tutte, di carattere patrimoniale, che, per legge o per volontà delle parti, possono caratterizzare la fine di un rapporto coniugale ([285]), sarà opportuno ricordare che, a tutti gli elementi sopra individuati viene ad aggiungersene ora uno, di fonte processuale, certo di non scarso peso. Ci si intende qui riferire ad una ben nota decisione di legittimità del 2023, con cui la Suprema Corte ha ritenuto ammissibile il cumulo, in un unico ricorso (e dunque in unico procedimento), delle domande di separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta ([286]). Come condivisibilmente osservato in dottrina, l'introduzione del cumulo, in definitiva, realizza una regolamentazione unitaria e anticipata dell'intero assetto economico coniugale. La definizione contestuale dei rapporti patrimoniali, oltre a prevenire contenziosi successivi, accelera i tempi della giustizia e conferisce maggiore certezza agli accordi patrimoniali ([287]).

Ora, appare sin troppo evidente che consentire il predetto cumulo significa ritenere possibili le intese preventive sulla separazione e sul divorzio. Dell'incompatibilità della tesi del cumulo con la giurisprudenza tradizionale sulla nullità degli accordi «ora per allora» si era resa già perfettamente conto una parte – a dire il vero, la più retriva, quella ancorata all'idea dell'«indissolubilità patrimoniale» del vincolo coniugale – della giurisprudenza di merito (evocata dalla motivazione della sentenza di legittimità che il cumulo ha, invece, ammesso), affermando che le intese in oggetto avrebbero dato luogo a «patti prematrimoniali» volti a «incidere sugli effetti dell'eventuale futuro divorzio e quindi nulli, ai sensi dell'art. 160 c.c., vieppiù se si considera che essi avrebbero ad oggetto diritti che, oltre ad essere indisponibili, non sarebbero ancora sorti» ([288]).

L'obiezione è stata, però, superata dalla Corte, con un argomento inconsistente e puramente verbale, secondo cui, cioè, le due domande (separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta) si fonderebbero in «un accordo, unitario, dei coniugi sull'intero assetto delle condizioni, che regolamenteranno oltre alla crisi anche la loro vita futura, pur sempre sottoposto al complessivo vaglio del tribunale». Come se tale accordo unitario non riguardasse (anche) le conseguenze di un divorzio che non è ancora intervenuto e dunque – sempre secondo la giurisprudenza imperante – non incidesse sulle conseguenze patrimoniali del relativo mutamento di *status* delle parti ([289]). È evidente, del resto, che la domanda per l'omologazione

([284]) Cfr. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, cit., 147 ss.

([285]) Cfr. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 589 ss.; ID., *Contratto e famiglia*, cit., 285 ss.

([286]) Cfr. Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, in *Guida dir*., 2023, n. 42, 28.

([287]) Così BENANTI, *Autonomia privata e tutele economiche nella complessità delle crisi familiari*, cit., 130. Sul punto cfr. anche LAZZARA, *Domanda congiunta e cumulata di separazione e divorzio: verso l'ammissibilità degli accordi di gestione della crisi coniugale*, cit., 63 ss. Anche ad avviso di COSCO, *L'incidenza delle funzioni dell'assegno post-matrimoniale. Estinzione e disponibilità del diritto*, in *Dir. fam. pers*., 2024, 1138 ss., l'introduzione del «cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio» manifesta il tentativo del legislatore di una «consensualizzazione del rapporto attraverso una programmazione degli effetti nella patologia del matrimonio sia sul fronte dei rapporti tra coniugi che su quello tra genitori e figli».

([288]) Così si esprime, riassuntivamente, richiamando opinioni emerse in una parte dei giudici di merito, Cass., 16 ottobre 2023, n. 28727, cit.

([289]) Per ulteriori rilievi critici si fa rinvio a OBERTO, *I contratti della crisi coniugale quali negozi dissimulati: ovvero degli effetti perversi di una giurisprudenza diseducativa*, cit., 209 s.

della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta ([290]) non può proporsi se non vi è già un'intesa globale e tale intesa non può non prevedere (oltre alle condizioni della separazione, anche) le condizioni del divorzio, le quali vengono, però, presentate (in modo vincolante per chi le sottoscrive) al momento del deposito del ricorso per separazione.

Chiarissimo, dunque, il meccanismo di accordo *in contemplation of divorce*.

Il tutto, poi, come già ricordato, in un contesto generale in cui non solo in Italia la negozialità dei coniugi viene ad investire lo stesso *status*, nell'ambito di procedure attinenti alla crisi coniugale sempre più contrattualizzate e degiurisdizionalizzate ([291]). Ciò non senza sottolineare, ancora una volta, il contributo fornito dalla contrattualizzazione del diritto di famiglia all'ottenimento di un livello di sicurezza e affidabilità ([292]) nelle relazioni patrimoniali della coppia ben più elevato rispetto alla scelta di rimettere tali rapporti a complesse, farraginose e costose procedure contenziose, che neppure un possibile richiamo al salvifico potere dell'onnipresente algoritmo ([293]), implacabile dominatore del mondo ([294]), potrà mai risolvere in modo più «giusto» ed adeguato di quanto voluto dagli stessi interessati.

In conclusione, dunque, deve approvarsi il rilievo di chi, riprendendo le osservazioni dello scrivente, rimarca come la stipula di intese preventive su di una possibile crisi della famiglia lenisce lo smarrimento psicologico che può derivare ai coniugi dal timore, fondato o

---

([290]) Sul punto e sulla natura omologatoria della sentenza prevista dalla normativa vigente si fa rinvio a OBERTO, *L'annullamento per vizi del consenso della separazione consensuale e del divorzio su domanda congiunta*, cit., 1145 ss.

([291]) Cfr. OBERTO, *Contractual Solutions to Family Problems*, cit., 29 ss. (§ 3.4).

([292]) Ovviamente, categorie come la sicurezza, l'affidabilità, la certezza etc. non appartengono certo, in grado assoluto, alle vicende umane; per questo motivo vanno considerate non isolatamente, ma con riferimento alla tesi che si prospetta come alternativa. Tenere presente questa banalissima considerazione evita di cadere nelle posizioni sterili proprie di chi, ad esempio, all'estero si oppone alla contrattualizzazione delle relazioni familiari, osservando che l'introduzione del contratto non espunge il giudice dalla vita di coppia, posto che il contratto, a sua volta, ben può essere impugnato davanti, appunto, ad un giudice: cfr. ad es. SHERPE e SLOAN, *Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs. Judicial Discretion*, in AA. VV., *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives*, a cura di Swennen, Antwerp, 2015, 165, secondo cui «parties to an agreement cannot usually be sure of the true effect of that agreement until it is considered in the course of proceedings that it was often designed to avoid». La superficiale osservazione evita, però, di considerare che la possibilità di un intervento giudiziale sul contratto non è – e non può essere quasi mai – un intervento sul merito dell'accordo stesso, bensì, al limite, una pronunzia sulla relativa validità: ne sanno qualcosa le centinaia e centinaia di coniugi italiani che, fatto affidamento su di un accordo concluso in sede di separazione, se lo sono poi visti, slealmente, impugnare dalla controparte in sede di divorzio, mercé il richiamo alla tesi della nullità per violazione di regole d'ordine pubblico o dell'art. 160 c.c.! Ma il piano della validità di un contratto è proprio quello su cui l'interprete (o, al limite, lo stesso legislatore) può, in linea generale, operare, proprio come qui suggerito. Appare necessario, dunque, accostandosi ad un'ottica di valutazione dei costi/benefici, paragonare il livello di incertezza (assoluta) fornito dall'assenza di un accordo preventivo con quello di certezza (ovviamente, relativa, nei termini appena precisati) dato dalla presenza di esso. Così, ad esempio, la dottrina britannica, sulla scia del caso *Radmacher v Granatino*, ha più volte sottolineato che il riconoscimento degli accordi prematrimoniali *in contemplation of divorce* porta al risultato di «enhance autonomy, predictability, and fairness», soggiungendo che «limiting judicial discretion and allowing couples to predefine financial outcomes would reduce uncertainty and litigation», assicurando «legal certainty for couples (…) limiting judicial discretion and allowing couples greater predictability and pre-agreed financial control in the event of relationship breakdown»: cfr. MORGAN, *Family Law*, Oxford, 2024, 216 ss.

([293]) Strumento, sia ben chiaro, di estrema utilità, laddove correttamente utilizzato al fine di fornire informazioni al vero decidente in caso di contrasto, che è – e sempre resterà – solo il giudice, ma che, comunque, non potrà mai fornire una soluzione più idonea rispetto a quella maturata di comune accordo tra i più diretti interessati. Sul tema dell'impiego dell'intelligenza artificiale nel campo della soluzione della crisi coniugale v. per tutti AL MUREDEN e ROVATTI, *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, Torino, 2020; AL MUREDEN, *Solidarietà post-coniugale e intelligenza artificiale, tra clausole generali e sistemi di calcolo scientifici*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 17 *bis*, diciembre 2022, 18 ss.; MORACE PINELLI, *L'intelligenza artificiale nella crisi della famiglia. Alla ricerca di un diritto calcolabile giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2025, 286 ss.

([294]) La tesi – inquietante ma certo non lontana dalla realtà – secondo cui nel mondo contemporaneo il diritto è stato sostituito dall'algocrazia, è alla base del noto saggio di N. IRTI, *Sguardi nel sottosuolo*, Milano, 2025.

solo paventato, di una situazione conflittuale, sottraendo all'intervento giurisdizionale una materia che la coscienza sociale avverte, istintivamente, come inerente alla sfera privata delle persone. Il tutto, poi, senza minare ulteriormente l'istituto matrimoniale, più di quanto non abbia già fatto l'introduzione del divorzio, evitando altresì di trattare i coniugi alla stregua di soggetti incapaci ([295]).

Come correttamente osservato dalla dottrina tedesca, «incoraggiare le coppie a considerare – prima o dopo il matrimonio – le conseguenze di un possibile divorzio non incoraggia il divorzio; al contrario, può addirittura favorire la stabilità del legame» ([296]). Contrattualizzare, con i dovuti accorgimenti, le relazioni patrimoniali endofamiliari lasciandole all'autonomia privata non significa consegnarle alla legge della jungla. Come pure condivisibilmente rimarcato oltralpe, «Certaines banlieues ne sont pas des zones de non droit, mais des périmètres d'un droit autre que celui en vigueur sur le reste du territoire» ([297]).

Si auspica pertanto che le oscillazioni, cui il titolo del presente lavoro fa riferimento – tanto sul piano giurisprudenziale, quanto su quello dottrinale – possano presto attenuarsi, aprendo la strada a un pieno riconoscimento della negozialità tra futuri coniugi, liberata finalmente dagli ingiustificati ed inutili ostacoli che ancora si tenta di opporle. In fondo, la famosa massima di Montesquieu secondo cui «les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires» ([298]) vale sicuramente anche per dottrina e giurisprudenza.

([295]) COPPOLA, *Gli accordi in vista della pronunzia di divorzio*, 2004, cit., 644.

([296]) DETHLOFF, *Contracting in Family Law: A European Perspective*, in AA. VV., *The Future of Family Property in Europe*, a cura di Boele-Woelki, Miles e Scherpe, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, 85.

([297]) PANSIER, *De la contractualisation du droit de la famille en general et du droit du mariage en particulier*, https://www.fjpansier.com/resources/contractualisation.htm, 6.

([298]) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Liv. XXIX, Chap. XVI.

INDICE

SEZ. I – INTRODUZIONE. CRONISTORIA RAGIONATA DELLE OSCILLAZIONI GIURISPRUDENZIALI E DOTTRINALI SUL TEMA DEGLI ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI CONIUGALE 5

1. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Impostazione del problema. Alcuni dei molti spunti che si possono trarre dalla comparazione 5

2. La tradizionale posizione negativa della giurisprudenza italiana (e di parte della dottrina) 10

3. Timide e contraddittorie aperture della giurisprudenza, a partire dal 2000, sino alle soglie della decisione del 2025 13

4. Fatto e diritto in Cass., n. 20415/2025 17

SEZ. II – LA TIPICITÀ DEI CONTRATTI DELLA CRISI CONIUGALE E FAMILIARE 22

5. Perché l'accordo di cui a Cass., n. 20415/2025 *non* è un contratto atipico. I contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare 22

6. Fondamento normativo del carattere tipico dei contratti della crisi coniugale e familiare.....23

7. L'accoglimento della tesi proposta dallo scrivente, sui contratti (tipici) della crisi coniugale e familiare, in dottrina e giurisprudenza. Tipicità e «negoziazione globale».....26

SEZ. III – LA VALIDITÀ DEGLI ACCORDI IN VISTA DELLA CRISI CONIUGALE, ANCHE ALLA LUCE DELLA PIENA DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI IN GIOCO 30

8. La piena e incondizionata validità delle intese preventive sulla crisi coniugale. Inconferenza del richiamo all'art. 160 c.c.....30

9. La piena disponibilità, anche non in via preventiva, in qualunque momento e sede, delle prestazioni postmatrimoniali. Inconferenza dell'argomento pretesamente fondato sulla valutazione d'equità delle attribuzioni *una tantum*. 34

10. Danni causati dalla confusione concettuale tra mantenimento, alimenti, funzione assistenziale e funzione alimentare 37

11. Ammissioni implicite, da parte di dottrina e giurisprudenza, circa la validità delle rinunzie agli assegni postmatrimoniali. In particolare, la non rivedibilità (*rebus sic stantibus*) delle rinunzie agli assegni e il rilievo attribuito alla dichiarazione di autosufficienza.....39

12. Isolate, ma esplicite, aperture giurisprudenziali sul tema della disponibilità sostanziale degli assegni di separazione e divorzio 43

13. Suggello della tesi della piena disponibilità delle prestazioni postmatrimoniali (e addirittura dello stesso vincolo coniugale) da parte delle più recenti riforme 45

14. Inconsistenza delle obiezioni basate sulla tesi del (preteso) «mercimonio dello *status*», nonché dell'(asserita) irrilevanza della sopravvenienza. 47

15. Validità delle clausole «premiali» 50

16. Conferme dal diritto romano (e comune) circa la validità delle clausole «premiali». Ulteriori conferme sull'assoluta irrilevanza degli stimoli «premiali» all'effettuazione di un mutamento di *status*.....52

17. Perfetta liceità della rinunzia a diritti futuri 55

SEZ. IV – DIALOGHI, SPUNTI E INTERAZIONI TRA ACCORDI PREVENTIVI IN OGNI STABILE RAPPORTO AFFETTIVO (CONIUGALE, DA UNIONE CIVILE, DA CONVIVENZA DI FATTO) 60

18. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Ricognizione di possibili punti di contatto, anche alla luce della L. n. 76 del 2016 60

19. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Clausole sulla sorte delle attribuzioni patrimoniali «a senso unico» 62

20. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. Clausole sull'esercizio della responsabilità genitoriale e su possibili interazioni con una successiva convivenza 63

21. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. La *Zugewinngemeinschaft* in salsa tricolore. Impostazione del problema 65

22. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. La *Zugewinngemeinschaft* in salsa tricolore. Come concretamente realizzare un regime convenzionale di compartecipazione degli incrementi patrimoniali per coniugi (e conviventi) 68

23. Contratti prematrimoniali e contratti di convivenza. *Clause alsacienne… à l'italienne* 71

24. Conclusioni 76