

Giacomo Oberto

***LES CONTRATS PRÉNUPTIAUX EN
VUE D'UN ÉVENTUEL DIVORCE ET
LE RÔLE DU NOTAIRE DANS LA
PRÉDETERMINATION DES
CONSÉQUENCES DE LA CRISE
DU COUPLE***

Estratto

Giacomo Oberto

**LES CONTRATS PRÉNUPTIAUX EN VUE
D'UN ÉVENTUEL DIVORCE ET LE RÔLE DU NOTAIRE
DANS LA PRÉDETERMINATION DES CONSÉQUENCES
DE LA CRISE DU COUPLE (*)**

“To leave poor me thou hast the strength of laws,
Since why to love I can allege no cause.”
(Shakespeare, Sonnet 49)

SOMMARIO: 1. Contrats prénuptiaux en prévision d'un éventuel divorce: un aperçu historique. - 2. Les contrats prénuptiaux en prévision du divorce aux États-Unis. - 3. Les contrats prénuptiaux en prévision du divorce au Royaume-Uni. - 4. Contrats prénuptiaux en prévision du divorce dans l'Europe continentale: Catalogne et Allemagne. - 5. Le cas de la France. - 6. Les contrats prénuptiaux en prévision du divorce en Italie.

1. Dans le milieu culturel anglo-saxon, un contrat prénuptial (*prenuptial agreement*, ou *premarital agreement*), est en principe un contrat conclu avant le mariage par deux sujets ayant l'intention de se marier (1). Le contenu d'une entente prénupt-

Saggio sottoposto a referato.

(*) Testo della *lectio magistralis* tenuta il 6 luglio 2018 a Roma presso l'« Université du Notariat Mondial », ciclo formativo di specializzazione per notai dei Paesi aderenti all'Unione Internazionale del Notariato, organizzato dall'*Union Internationale du Notariat*, in cooperazione con il Consiglio Nazionale del Notariato italiano e con la *Fondation Henri Capitant des amis de la culture juridique française*.

(1) Sur ce thème cf. G. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I (Milano 1999), 387 s., 483 s.; Id., « *Prenuptial agreements in contemplation of divorce* » e *disponibilità in via preventiva dei diritti connessi alla crisi coniugale*, Riv. dir. civ., 1999, II, 171 s., Id., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, Fam. dir., 2003, 389 s., 495 s.; Id., *Contratto e famiglia*, Trattato del contratto, a cura di V. Roppo, VI, Interferenze, a cura di V. Roppo (Milano 2006), 242 s., 253 s.; Id., *Gli accordi*

tiale peut varier considérablement, mais comprend généralement des dispositions sur la répartition des biens et la pension

preventivi sulla crisi coniugale, *Famiglia*, 2008, 25 s.; Id., *Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia*, *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di S. Landini-M. Palazzo, Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato, n. 1-2018 (Milano 2018), 33 s.; testo disponibile aussi à la page web suivante: http://www.giacomooberto.com/Oberto_Per%20un%20intervento%20normativo%20in%20tema%20di%20accordi%20preventivi%20sulla%20crisi%20della%20famiglia.htm.

Cf. aussi M. Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, *Foro it.*, 1995, I, 105 s., 113 s.; G. Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza*, *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 699 s.; G. Giaimo, *I contratti paramatrimoniali in Common Law* (Palermo 1997), 31 s.; L. Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, *Corr. giur.*, 2000, 1023 s.; F. Angeloni, *La cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o perspective overruling?*, *Contr. impr.*, 2000, 1136 s.; E. Bargelli, *L'autonomia privata nella famiglia legittima: il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 303 s.; V. Di Gregorio, *Divorzio e accordi patrimoniali tra coniugi*, *Notariato*, 2001, 17 s.; M. Dellacasa, *Accordi in previsione del divorzio, liceità e integrazione*, *Contr.*, 2001, 46 s.; G. Ferrando, *Crisi coniugale e accordi intesi a definire gli aspetti economici*, *Famiglia*, 2001, 245 s.; A. Pazzaglia, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, *Vita not.*, 2001, 1017 s.; G. Palmeri, *Il contenuto atipico dei negozi familiari* (Milano 2001), 116 s.; E. Al Mureden, *Le rinunce nell'interesse della famiglia e la tutela del coniuge debole tra legge e autonomia privata*, *Famiglia*, 2002, 1014 s.; Id., *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, *Fam. dir.*, 2005, 543 s.; A. Busacca, *Autonomia privata dei coniugi ed accordi in vista del divorzio*, *Diritto & Formazione*, 2002, 57 s.; S. Catanossi, *Accordi in vista del divorzio e « ottica di genere »*. *Uno sguardo oltre Cass. n. 8109/2000*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 169 s.; M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 95 s.; C. Coppola, *Gli accordi in vista della pronuncia di divorzio*, *Lo scioglimento del matrimonio*, Art. 149, *Comm. Schlesinger*, a cura di G. Bonilini - F. Tommaseo (Milano 2004), 643 s.; Ead., *Le rinunzie preventive all'assegno post-matrimoniale*, *Fam. pers. succ.*, 2005, 54 s.; D.G. Ruggiero, *Gli accordi prematrimoniali* (Napoli 2005), 1 s.; E. Quadri, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, *Famiglia*, 2005, 6 s.; M. Romano - M. Sgroi, *Gli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. Come disciplinare i rapporti patrimoniali tra le parti*, *Gli aspetti patrimoniali della famiglia. I rapporti patrimoniali tra coniugi e conviventi nella fase fisiologica ed in quella patologica*, a cura di G. Oberto (Padova 2011), 25 s.; A. Fusaro, *Marital contracts, Ehevertraege, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica*, *NLCC*, 2012, 475 s.

alimentaire des époux en cas de divorce ou de séparation de corps. Ils peuvent également inclure des dispositions pour l'allocation des biens à la suite d'un divorce, ainsi que des règles sur la garde des enfants. On parle aussi de contrats « postnuptiaux », lesquels ne sont que des accords pré-nuptiaux conclus après la célébration du mariage, ayant trait aux conséquences d'une éventuelle rupture.

Pour en venir à l'histoire de ces contrats, je dois souligner que l'idée répandue, selon laquelle il s'agirait ici de quelque chose de « nouveau » et d'étranger à notre tradition juridique, n'est pas tout à fait vraie. Je ne citerai ici que quelques exemples.

De nombreuses règles du droit romain se référaient aux accords entre les futurs conjoints (ou leurs familles), appelés *pacta nuptialia* (contrats de mariage), très souvent nommés aussi *pacta antenuptialia*, ou *pacta ante nuptias*, avec une terminologie très semblable à certaines expressions courantes, encore en usage de nos jours dans les systèmes de *Common Law*, comme *antenuptial agreements*. L'un des éléments les plus récurrents de ces contrats était l'obligation du mari d'effectuer la restitution de la dot. La dot consistait dans le transfert d'une somme d'argent ou de certains biens déterminés (meubles, biens immobiliers, etc.) de la mariée (ou, plus souvent, de sa famille) à son époux, au moment du mariage, afin de contribuer aux frais liés à la création d'un nouveau ménage (*ad onera matrimonii ferenda*). Le mari avait le droit de gérer ces biens, de percevoir leurs fruits et les intérêts (pour les utiliser dans l'intérêt de la famille), mais il n'était pas leur propriétaire légal, du moins dans le plein sens du mot, puisqu'à la dissolution du mariage, il était obligé (lui ou ses héritiers) d'effectuer la restitution de l'apport dotal (2).

Le concept de *pacta nuptialia* pouvait donc inclure des accords concernant, entre autres choses, la personne à qui la dot devait être rendue (soit l'épouse, soit sa famille: père, frères, héritiers, etc.). Les motifs de dissolution du mariage en droit romain n'étaient pas seulement constitués par la mort ou par la *capitis deminutio maxima* (par exemple si le conjoint était fait

(2) Cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* cit., 66 s.

prisonnier de guerre et vendu comme esclave), mais aussi le divorce. C'est pourquoi les sources romaines nous informent abondamment sur ce sujet et nous pouvons y trouver de nombreuses règles sur comment, à qui, à quel moment, etc. la dot aurait dû être restituée en cas de divorce. De plus, de nombreuses lois du Digeste et du Code de Justinien montrent que le scénario de dissolution du mariage envisagé « par excellence » était le divorce: celui-ci, en fait, était l'événement que, dans la plupart des cas, les juristes romains avaient à l'esprit au moment de la conclusion d'un accord sur les conséquences patrimoniales d'un mariage qui allait se célébrer (3).

Nous trouvons également dans les siècles suivants (moyen-âge, renaissance, âge de la contre-réforme) des preuves d'accords pré-nuptiaux visant à établir des règles patrimoniales sur les biens des parties en cas de crise matrimoniale (séparation de corps, puisqu'à l'époque le divorce n'était pas autorisé par l'Église catholique et, par conséquence, par l'État).

Le premier cas que je voudrais mentionner concerne une décision rendue à la fin du XVI^e siècle par la *Rota Romana* sur la validité d'un contrat de mariage que nous pourrions sûrement décrire, en termes modernes, comme un contrat pré-nuptial en vue d'une éventuelle crise du mariage. En l'espèce, la *Rota Romana* (deuxième instance et Cour Suprême des États pontificaux) confirma la décision du tribunal de première instance, rendue par la *Rota* de Bologne, qui avait déclaré valable et exécutoire l'accord conclu avant le mariage par un couple de cette ville. Selon ce contrat pré-nuptial, le mari avait promis de payer à sa femme chaque année une certaine somme d'argent

(3) Cf. D. 50, 16, 240: « Cum quaerebatur, an verbum: *Soluto matrimonio* dotem reddi, non tantum divortium, sed et mortem contineret, hoc est, an de hoc quoque casu contrahentes sentiant? Et multi putabant hoc sensisse; et quibusdam aliis contra videbatur: secundum hoc motus Imperator pronunciauit, id actum eo pacto, ut nullo casu remaneret dos apud maritum » (traduction: « Il a été demandé si l'expression 'dot à restituer en cas de dissolution du mariage' devrait comprendre non seulement le divorce, mais aussi le cas de la mort: à savoir, si les parties à un tel accord auraient l'intention de considérer aussi cette situation [c'est-à-dire le décès d'un conjoint et non seulement le divorce]. Beaucoup de juristes pensaient que c'était le cas, mais d'autres avaient une idée divergente. L'Empereur décida qu'en aucun cas la dot ne resterait auprès du mari »).

en cas de séparation de corps. Il avait également promis que, s'il ne s'acquittait pas de cette obligation une seule année, sa femme pourrait le poursuivre en justice et demander la restitution de toute sa dot. Comme il n'avait pas payé la pension alimentaire pour l'année 1589, le mari fut condamné à rendre la dot (4).

Encore plus intéressant est un cas décidé le 20 juin 1612 par la Cour suprême de Sicile. Ici, dans un curieux mélange d'italien et de latin, le notaire sicilien avait prévu dans le contrat de mariage qu'en cas de séparation de corps, le régime de la communauté coutumière des biens (cette forme de copropriété générale de tous les biens étant le système par défaut des rapports patrimoniaux entre mari et femme dans la ville sicilienne de Messine à cette époque là) serait considérée comme n'ayant jamais existé pour ce couple (5).

(4) Cf. *Bononien. restitutionis dotis*, 16 mai 1595, in F. Mantica, *Decisiones Rotae Romanae* (Romae 1618), 539 s.: « Placuit Dominis, sententiam esse confirmanda: quia cum convenerit, ut in eventum separationis tori, D. Constantius teneretur D. Lisiae eius uxori praestare scuta 270, pro alimentis, et si in solutione eorum cessaverit per annum, ipsa possit agere ad restitutionem totius dotis: & D. Constantius dictam summam non solverit anno 1589. necessario sequitur, quod dos eidem D. Lisiae debeat restitui » (traduction: « Les juges [de la *Rota Romana*] ont décidé de confirmer le jugement [rendu en première instance]: du moment que les époux avaient convenu qu'en cas de séparation de corps, M. Constantius verserait à Mme Lisia, sa femme, [chaque année] la somme de 270 écus [monnaie d'argent en vigueur dans les Etats Papaux, dont la valeur était d'env. € 75,00], à titre de pension alimentaire, et qui si M. Constantius cesserait le paiement de ce montant pour une année, sa femme pourrait agir en justice contre son mari et demander la restitution de toute la dot; attendu que M. Constantius n'a pas payé ce montant pour l'année 1589, il s'en suit qu'il doit rendre la dot à ladite Mme Lisia »).

(5) Cf. M. Giurba, *Decisionum novissimarum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, I (Panormi 1621), 399 s.: « Sanctorus Pagano matrimonium contraxit cum Cornelia de Pactis, Nullo expresso contrahendi more, Graecorum, vel Messanensium: Sed cum pacto, item che lo presenti matrimonio si intenda con patto, che casu (quod absit) di separatione di matrimonio, tanto senza figli come nati figli, et quelli morti in minori età, vel maiori ab intestato, che ogni uno stia con le suoi doti, et beni, che ha portato, et non aliter, et detta sposa non possa disporre, nisi tantum di unzi trenta » (traduction: M. Santoro Pagano a épousé Mme Cornelia de Pactis, sans faire aucun choix pour le type de mariage, à savoir si le mariage était 'à la grecque' [donc comportant un régime de séparations de biens], ou bien 'à la façon de

Ce n'est pas le seul exemple d'un accord de ce type en Europe. La tradition française connaît très bien la « clause alsacienne », selon laquelle un couple peut choisir le système de la communauté universelle de biens (comprenant aussi les biens immobiliers et les biens acquis par chacun des époux avant le mariage); le régime communautaire est pourtant soumis à une condition résolutoire, correspondant justement à l'hypothèse du divorce.

Le résultat final est donc que, si le couple ne se sépare pas et le mariage prend fin par le décès de l'un des époux, les règles de la copropriété s'appliqueront et le conjoint survivant conservera sa part (et bien sûr il y ajoutera la part provenant de l'héritage du conjoint prédécédé). Si, au contraire, le mariage se révèle un « échec », le système de la communauté (qui présuppose logiquement un couple dans lequel mari et femme ne sont pas en désaccord ...) sera « annulé » et remplacé rétroactivement par un régime de séparation de biens, comme si les deux n'avaient jamais été mariés: ce qui renferme bien entendu un principe de bon sens (6).

Messine' [comportant un régime de communauté universelle; n'ayant pas fait ce choix, le mariage en question aurait dû être considéré comme régi par le système local de la communauté universelle de biens], mais avec la clause suivante: qu'en cas (que Dieu nous garde) de séparation de corps, sans enfants, ou, en cas de naissance d'enfants, s'ils seraient décédés en bas âge, ou, si majeurs, s'ils seraient morts sans avoir fait testament, chacun des époux restera avec les biens qu'il/elle aura apporté dans le mariage et rien de plus, et ladite épouse ne recevra que le montant de trente onces [*unzo, onza, ou oncia* était la monnaie d'or du Royaume de Sicile à l'époque, dont la valeur actuelle serait d'env. € 180,00] »).

(6) Pour d'autres informations sur la clause alsacienne cf. G. Oberto, *La comunione legale tra coniugi*, Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, I (Milano 2010), 386, nt. 171; II (Milano 2010), 1671, nt. 198; Id., *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, Fam. dir., 2014, 90, nt. 11. Cf. aussi Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les régimes matrimoniaux* (Paris 2007), 89, 325 s.; Selon A.-S. Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés* (Orléans 2009), 267, « 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 de décès. 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,

2. Pour en venir à l'état actuel de la situation, nous savons que de tels accords sont largement connus et pratiqués aux États-Unis.

Cependant, les juges américains ont pendant longtemps exprimé l'avis que les accords pré-nuptiaux « corrompaient » l'essence même du mariage, et donc ils ne les considéraient pas valables. En fait, ce n'est qu'en 1976 que deux Cours Suprêmes

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 ». Selon la jurisprudence française « 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 de la communauté par divorce, les biens tombés dans la communauté de son chef »: cf. App. Colmar 16-5-1990, *Rép. Defrénois*, 1990, 1361, nt. G. Champenois; JCP, 1991, éd. N., II, 17, nt. Ph. Simler; Cass. 1^{ère} civ. 17-11-2010 n. 09-68292, a statué que la clause « ne confère aucun avantage matrimonial », ainsi confirmant l'avis de la doctrine, selon laquelle « loin de conférer un avantage, son effet est de faire obstacle à ce qu'un avantage matrimonial se réalise » (Ph. Simler, *La validité de la clause de liquidation alternative de la communauté universelle menacée par le nouvel article 265 du Code civil*, JCP, 2005, 1265). Aussi pour Cass. 1^{ère} civ. 17-1-2006, la clause est valable, du moment qu'elle représente « 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 ». Enfin cette pratique a reçu un aval ultérieur par la réforme française du 23 juin 2006 (sur les successions et les libéralités), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2007, laquelle a introduit un troisième alinéa à l'art. 265 du code civil, de la teneur suivante: « si le contrat de mariage le prévoit, les époux pourront toujours reprendre les biens qu'ils auront apportés à la communauté ». Selon une partie de la doctrine, « 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 préféreraient organiser par anticipation une telle modulation, plutôt que d'opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage »: cf. Brun-Wauthier, *Régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux des couples non mariés* cit., 267.

ont décidé pour la première fois de valider deux contrats de mariage de ce type (7). En fait, cela ne s'est produit qu'après que les législations des différents États faisant partie des États-Unis se furent débarrassés de l'ancienne règle du divorce fondé sur la faute de l'un des époux. Avant ces réformes, qui ont eu lieu au milieu des années soixante-dix du XX^e siècle, les accords pré-nuptiaux en vue d'un divorce étaient considérés comme un moyen pour le mari « to buy himself out the marriage, regardless of the circumstances of the divorce » (de s'acheter une voie d'issue de secours du mariage, indépendamment des circonstances du divorce) (8).

Actuellement, les contrats pré-nuptiaux en prévision d'un éventuel divorce sont reconnus, bien qu'ils ne soient pas toujours considérés valables. A cette fin les deux parties doivent avoir reçu préalablement (et séparément) conseil de la part de deux avocats indépendants sur le contenu de l'accord. Certains avocats recommandent aussi de filmer le moment de la signature, bien que cela soit facultatif. Certains États, comme la Californie, exigent que les parties soient représentées par un avocat au moment de la signature du contrat, si celui-ci exclut ou limite la pension alimentaire en cas d'un éventuel divorce.

Les accords pré-nuptiaux sont, au mieux, une solution partielle pour éviter certains des risques de litiges matrimoniaux en cas de divorce. Néanmoins, ils peuvent être très efficaces et limiter les droits de propriété et la pension alimentaire des parties. Il faut ajouter que ce type de contrat de mariage peut dicter non seulement ce qui arrivera en cas de divorce, mais aussi ce qui se passera en cas de décès, car les systèmes de *Common Law* ne connaissent pas le principe du *Civil Law* qui interdit les accords sur la succession d'une personne vivante. Par conséquent, les *prenups* américains peuvent agir comme des contrats pour faire valoir un testament et / ou éliminer tous les droits de succession des époux.

(7) Californie: *in Re Marriage of Dawley*, 17 Cal. 3d 342, S.F. No. 23418, Cour Suprême de la Californie (29-6-1976). Connecticut: *Parniawski v Parniawski*, 33 Conn. Sup. 44, 359 A. 2d 719 (1976).

(8) Cf. la décision de la Cour Suprême du Maryland dans l'affaire de l'année 1956 *Cohn v Cohn*; pour d'autres informations cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* cit., 494 s.

Aux États-Unis, les contrats pré-nuptiaux sont reconnus dans les cinquante États et dans le district de Columbia. De même, dans la plupart des juridictions, certains éléments sont requis pour qu'un accord de ce type soit censé être valable, à savoir:

1. l'accord doit être écrit;
2. les deux époux doivent déclarer quels sont leurs patrimoines et leurs revenus;
3. le contrat ne doit pas être *unconscionable*: il s'agit ici d'une expression qu'on pourrait traduire comme « injuste »; ce qui, évidemment laisse un pouvoir discrétionnaire plutôt large aux juges dans l'appréciation des accords des parties, compte tenu de leurs situations patrimoniales et personnelles respectives.

En Californie, les parties peuvent renoncer à la déclaration de patrimoines et de revenus, et il n'y a aucune exigence de notariation, mais c'est une bonne pratique de la faire. Des règles spéciales s'appliquent si les parties signent l'accord sans avocat, et les parties doivent avoir reçu conseil séparément par un avocat si elles veulent limiter le montant de la pension alimentaire. Les parties doivent attendre sept jours après la première présentation du contrat pré-nuptial avant de le signer, mais il n'est pas nécessaire d'attendre un certain nombre de jours avant le mariage.

En Californie, les concubins « pacsés » peuvent aussi conclure un contrat de ce genre. Ce type d'accord entre concubins peut présenter des aspects de complexité, car le traitement fiscal fédéral des partenaires non mariés diffère de celui des couples mariés.

Une clause d'extinction (*sunset provision*) peut être insérée dans un contrat pré-nuptial, spécifiant qu'après un certain laps de temps, l'accord expirera. Dans quelques États, comme le Maine, l'accord cessera automatiquement après la naissance d'un enfant, à moins que les parties ne le renouvellent. Dans d'autres États, l'écoulement d'un certain nombre d'années de mariage entraînera l'annulation d'un accord pré-nuptial. Dans les États qui ont adopté l'UPAA (*Uniform Premarital Agreement Act* : il s'agit d'un modèle de loi uniforme, proposé pour l'adoption de la part de chaque Etat par un organisme fédéral appelé *Uniform Law Commission* dans le but d'avoir une discipline

uniforme sur le même sujet) (9), aucune clause d'extinction n'est prévue par la loi, mais une disposition de ce genre pourrait être prévue par les parties. A noter que les Etats ont adopté des versions plus ou moins différentes de l'UPAA.

Dans la rédaction d'un accord de ce genre, il est important de reconnaître qu'aux Etats-Unis il existe deux types de lois étatiques qui régissent le divorce, à savoir: (a) - le système dit de « répartition équitable » (*equitable distribution*), qui est en vigueur dans 41 États et (b) la communauté des acquêts (*community property*), qui est le système légal dans 9 Etats (anciennes colonies françaises ou espagnoles). Un accord signé dans un État qui suit le système communautaire pourrait donc ne pas être conçu pour régir ce qui se passe dans un système de « répartition équitable » et vice versa. Il pourrait donc être nécessaire de s'adresser à des avocats dans les deux États pour couvrir l'éventualité que les parties puissent vivre dans un État autre que l'État où elles se sont mariées. Il est donc important de tenir compte de cet aspect dans le processus de rédaction des contrats pré-nuptiaux.

3. Du point de vue historique, les contrats pré-nuptiaux n'ont pas été considérés juridiquement valables en Grande-Bretagne. Du moins, cela fut le cas jusqu'à l'affaire *Radmacher v. Granatino*. Les arrêts de la Cour d'appel et de la Cour suprême de Grande-Bretagne dans cette fameuse affaire constituent un véritable jalon dans l'histoire du droit matrimonial et du divorce en Angleterre (10). Ils ont clairement établi que, contrairement à la jurisprudence antérieure, selon laquelle les accords pré-nuptiaux étaient contraires à l'ordre public, ils doivent maintenant être considérés valables, pourvu qu'ils aient été conclus librement par les deux parties et en pleine connaissance de leurs conséquences.

Les parties étaient toutes deux des ressortissants étrangers:

(9) Cf. <https://my.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=2e456584-938e-4008-ba0c-bb6a1a544400>.

(10) Cf. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/649.html> (aussi: <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1322117/Judges-pre-nuptial-agreements-Britain-Katrin-Radmacher-wins-landmark-case.html>); <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2010/42.html>.

notamment l'épouse allemande (dont le patrimoine était coté à environ £ 100 000 000) et le mari français. Le couple avait signé un contrat pré-nuptial selon la loi allemande par-devant un notaire allemand, puis ils avaient divorcé au Royaume-Uni. En première instance, la Haute Cour de Londres avait alloué au mari le montant de 5,6 millions de livres, même si l'accord pré-nuptial stipulait qu'aucune des deux parties n'aurait à prétendre quoi que ce soit de l'autre en cas de divorce. L'épouse a donc interjeté appel.

Dans la motivation du jugement de la cour d'appel, le *Lord Justice Thorpe* a expliqué la décision de renverser le premier jugement, en soulignant que le premier arrêt n'avait pas accordé suffisamment de poids à l'existence de l'accord. Au paragraphe 53 de la motivation, il exprime l'avis suivant: « dans les affaires futures qui seront conformes à la présente sur les faits, le juge devrait accorder le poids voulu au régime matrimonial que les parties ont librement choisi. Il ne s'agit pas ici d'appliquer le droit étranger, ni de donner effet à un contrat étranger à la tradition anglaise. À mon avis, il s'agit là d'un exercice légitime du très large pouvoir discrétionnaire conféré aux juges d'assurer l'équité entre les parties à la procédure sur les conséquences patrimoniales du divorce ».

D'autres parties pertinentes du raisonnement de *Lord Justice Thorpe* peuvent être ici citées: « Il existe de nombreux cas où des couples matures, qui envisagent peut-être un second mariage, souhaitent régler la jouissance future de leurs biens et peut-être protéger les intérêts des enfants des liens antérieurs lors de la dissolution d'un second mariage. Ils ne peuvent pas chercher cette clarté sans raison avant de s'engager dans un second mariage. Le respect dû à l'autonomie des adultes suggère que, sous réserve, bien sûr, de garanties appropriées, un contrat soigneusement conçu devrait être disponible comme alternative au stress, aux angoisses et aux dépenses dérivant du choix de se soumettre à l'ampleur du pouvoir discrétionnaire du juge ».

« Je retiens aussi mon avis pour les raisons suivantes: a) La règle selon laquelle ces contrats pré-nuptiaux seraient invalides me semble de plus en plus irréaliste. Elle reflète les lois et la morale des générations précédentes. Elle ne reconnaît pas suffisamment les droits des personnes adultes et autonomes à régir

leur futures relations financières par un accord, à un âge où le mariage n'est généralement pas considéré comme un sacrement et le divorce est un lieu commun statistique ».

« En tant que société, nous devrions chercher à réduire et à ne pas maintenir les règles de droit qui nous séparent de la majorité des États membres de l'Europe. En dehors de l'Europe, d'ailleurs nous risquons l'isolement dans le monde de *Common Law*, si nous ne reconnaissons pas comme valables les contrats pré-nuptiaux ».

« Ce contrat a été conclu volontairement et sciemment par des adultes responsables. Le mari avait une bonne compréhension des conséquences de son accord. Il faut en déduire que, sans cet accord, le mariage n'aurait eu lieu, et que le père de l'épouse ne lui aurait pas fourni les ressources supplémentaires qui ont suivi son mariage. Les parties ont conclu leur accord avec l'aide et les conseils d'un juriste allemand, en vertu du droit allemand, en concluant un accord qui était reconnu par la *Civil Law* sous lequel les deux parties et leurs familles avaient grandi en Allemagne et en France ».

La décision de la Cour d'appel a été confirmée par la Cour Suprême du Royaume-Uni en 2010 (11).

Voici quelques parties de la motivation de ce jugement:

« Nous ferions valoir la proposition suivante, à appliquer dans le cas des contrats pré-nuptiaux, ainsi que post-nuptiaux, plutôt que celle retenue auparavant dans l'affaire *MacLeod*: 'Le tribunal devrait donner effet à un contrat de mariage librement conclu, chaque partie ayant pleinement conscience de ses implications, à moins que, dans les circonstances du cas concret, il ne serait pas équitable de tenir les parties à leur accord' ».

« 91. Le 1^{er} août 1998, les parties se sont rendues au bureau du Dr Magis [Notaire], près de Düsseldorf. Leur rencontre avec lui a duré entre deux et trois heures. Le mari a dit au Dr Magis qu'il avait vu le projet d'accord mais qu'il n'en avait pas la traduction. Le Dr Magis était en colère lorsqu'il a su de l'absence d'une traduction, qu'il considérait comme importante pour s'assurer que le mari avait eu l'occasion d'en examiner les

(11) Cf. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2010/42.html>.

termes. Le Dr Magis a indiqué qu'il était disposé à différer la signature, mais, quand on lui a dit qu'il était improbable que les parties soient de nouveau en Allemagne avant le mariage, il a été persuadé de continuer. Le Dr Magis, parlant anglais, a ensuite expliqué en détail aux parties les termes de l'accord et les a clairement commentés; mais il n'a pas offert une traduction *verbatim* de chaque ligne. Les parties ont signé l'accord (daté du 4 août 1998) en sa présence ».

« L'accord indiquait (au considérant nr. 2) que (a) le mari était un ressortissant français et, selon sa propre déclaration, ne maîtrisait pas bien l'allemand, mais qu'il maîtrisait suffisamment l'anglais, selon sa propre déclaration et selon l'avis du notaire (Dr Magis); (b) le document a donc été lu par le notaire en allemand et ensuite traduit par lui en anglais; (c) les parties à l'accord ont déclaré vouloir renoncer à l'usage d'un interprète ou d'un second notaire, ainsi qu'à une traduction écrite; (d) un projet de texte de l'accord avait été soumis aux parties deux semaines avant la signature du document ».

« L'article 1 énonçait l'intention des parties de se marier à Londres et d'y établir leur première résidence matrimoniale. Aux termes de l'article 2, les parties ont convenu que les effets de leur mariage en général, de même que ceux des biens matrimoniaux et du droit des successions seraient régis par le droit allemand. L'article 3 prévoyait le régime de la séparation de biens, et les parties ont déclaré: « 'Malgré l'avis du notaire, nous renonçons à la possibilité d'annexer un tableau de nos actifs actuels respectifs à cet acte' ».

« L'article 5 prévoyait la renonciation mutuelle aux demandes de pension alimentaire de quelque nature que ce soit après un éventuel divorce: 'La renonciation s'applique dans toute la mesure permise par la loi, même si l'un d'entre nous - qu'il s'agisse ou non de raisons imputables à une faute de sa part - se trouvera dans une situation de grave difficulté'. Le notaire nous a donné des conseils détaillés sur le droit à la pension alimentaire entre conjoints divorcés et sur les conséquences de la renonciation réciproque convenue ci-dessus. Chacun de nous est conscient qu'il peut y avoir des conséquences négatives importantes à la suite de la renonciation ci-dessus ».

La Cour Suprême a rejeté en outre l'argument du juge de première instance, selon lequel les parties n'avaient pas reçu un *independent legal advice* (information légale indépendante), en faisant remarquer que le notaire avait fourni suffisamment d'informations sur les conséquences de cet accord.

Après ce cas de référence, la *Law Commission* (Commission des lois: un organisme statutaire indépendant qui donne des avis sur les réformes législatives) (12), a recommandé que les contrats pré-nuptiaux deviennent juridiquement contraignants sous réserve du respect de certaines règles. Une exigence devrait être qu'au moment de la signature, les deux parties se donnent des informations complètes sur leur situation financière et reçoivent une information complète sur les conséquences de leur accord. Une autre condition, selon les propositions de la commission, est que les accords ne seraient valables « qu'après que les besoins financiers du partenaire et les responsabilités financières envers les enfants aient été satisfaits ». Introduire des accords pré-nuptiaux sans avoir égard aux nécessités des parties « serait très nuisible », prévient la Commission.

La Commission a également demandé au *Family Justice Council* (Conseil de justice de la famille), dont les membres comprennent des juges et des avocats, de rédiger des « directives sur le thème des nécessités financières » pour permettre aux couples de conclure un accord reconnaissant leurs responsabilités financières l'un envers l'autre. Le gouvernement, a déclaré la Commission, devrait également financer une « étude à long terme pour évaluer si une formule pratique et non-statutaire pourrait être produite qui donnerait aux couples une idée plus claire des montants qui pourraient devoir être payés pour satisfaire les besoins ».

Les propositions de la Commission des lois seront envoyées au ministère de la Justice, qui examinera s'il souhaite élaborer une législation sur la base des suggestions, mais il faut ajouter que les gouvernements précédents ont montré une certaine réticence à réviser les lois sur le mariage.

La doctrine juridique a accueilli favorablement ces recom-

(12) Cf. <https://www.lawcom.gov.uk/>.

mandations, soulignant que les accords pré-nuptiaux donneraient aux couples plus d'autonomie et de contrôle de leur situation, et rendraient le résultat patrimonial de la séparation plus prévisible. On a remarqué en outre que ces recommandations représentent une avancée bienvenue vers plus d'autonomie et de certitude pour les couples. Cependant, il a été remarqué qu'il ne sera pas possible d'éviter de répondre aux nécessités financières des partenaires et des enfants et, comme toujours, la question est de savoir ce qui relève de la définition de « nécessité ». En tout cas, les universitaires et les praticiens s'accordent sur l'effet positif de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges et d'accorder aux couples une plus grande certitude et un contrôle financier préalablement convenu, si leur relation se désintègre.

Entre-temps, les cours britanniques semblent suivre le précédent de *Radmacher v Granatino*, comme le montre, par exemple, un arrêt de 2014 (13), dans lequel le mari (néerlandais) a soutenu que les parties étaient liées par un accord pré-nuptial de droit néerlandais, tandis que l'épouse (britannique) demandait une pension compensatoire du fait qu'elle avait renoncé, pour se marier, à une carrière prestigieuse. La Cour a confirmé l'accord (signé aux Pays-Bas par les deux parties devant un notaire néerlandais) qui contenait des dispositions sur les biens des conjoints, à l'exclusion du régime légal hollandais de la communauté immédiate (copropriété) de tous les biens matrimoniaux. Le contrat n'avait pas de dispositions sur la pension alimentaire, contrairement à l'accord allemand dans le cas *Granatino*. En tout cas, la *ratio decidendi* de cet arrêt est clairement la même que celle de ce précédent, car le « noyau » de cette nouvelle décision contient la phrase suivante: « Le tribunal devrait donner effet à un contrat de mariage librement conclu par des parties qui se rendent pleinement compte de ses implications, à moins que, dans les circonstances du cas concret, il ne serait pas juste de tenir les parties à leur accord ».

4. Nous avons vu que, dans la motivation du jugement de

(13) Cf. *SA v PA* [2014] EWHC 392 (Fam), <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed127807>.

la Cour d'appel dans l'affaire *Radmacher v Granatino*, il est dit expressément que si un tel contrat prénuptial avait été présenté par-devant un tribunal en France ou en Allemagne, il aurait été considéré comme valable. Cette remarque est certainement vraie si l'on considère les contrats de mariage que nous utilisons en Europe continentale pour effectuer le choix du régime matrimonial, et en particulier le choix de la séparation de biens.

La réponse est différente si l'on se réfère à la prédétermination de la pension alimentaire en cas de divorce ou de séparation de corps. Cette possibilité est exclue actuellement dans des pays tels que la France ou l'Italie (du moins, par la jurisprudence prépondérante), alors que de plus en plus de pays d'Europe continentale autorisent de telles dispositions.

On pourrait citer ici le cas du Code de la famille de la Catalogne (*Codi de família*), dont l'article 15 prévoyait en 1998 la possibilité pour les époux de se mettre d'accord sur les questions patrimoniales « àdhuc en previsió d'una ruptura matrimonial » (aussi en prévision d'une rupture du mariage) (14). Cette disposition a été remplacée en 2010 (15) par l'article 231-20 du *Codi Civil de Catalunya* (16), qui dicte

(14) Article 15:

« *Contingut.*

1. En els capítols matrimonials, hom pot determinar el règim 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.

2. Els capítols matrimonials es poden atorgar abans o després del casament. Els atorgats abans només produeixen efectes a partir de la celebració del matrimoni ».

(15) See *Lei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.*

(16) Article 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.

désormais des règles très intéressantes sur la manière dont de tels accords doivent être conclus et appliqués. Ici, il est important de remarquer que les mêmes règles sont à la disposition des concubins, selon l'article 234-5 du même code (17).

Quant à l'Allemagne (18), il faut tenir compte du fait que l'autonomie contractuelle des parties a toujours joué un rôle clé dans ce Pays, ce qui reflète d'ailleurs la pensée des plus grands philosophes allemands. Je pourrais citer par exemple Hegel (19), qui disait que les contrats de mariage (*Ehepakten*) étaient destinés à régler les relations entre conjoints « en cas de séparation du mariage pour cause de décès, de divorce ou d'événements similaires » (*gegen den Fall der Trennung der Ehe durch natürlichen Tod, Scheidung u. dergl.*).

Lorsque nous considérons le système juridique allemand, nous devons toujours garder à l'esprit deux facteurs principaux.

(a) Depuis le début du XVI^{ème} siècle, l'Allemagne a connu l'avènement de la doctrine protestante, qui nie que le mariage

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 eficaces 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 ».

(17) Article 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 ».

(18) Cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* cit., 529 s.; Id., « Prenuptial agreements in contemplation of divorce » cit., 171 s.; Id., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale* cit., 25 s.; Id., *Il futuro europeo del diritto patrimoniale della famiglia (Conferenza in lingua italiana). Prenuptial Agreements in Contemplation of Divorce (Presentation in English). Eheverträge anlässlich der Scheidung nach deutschem Recht (Bericht auf Deutsch)*, Paragraphes 9-11, <http://giacomooberito.com/Bozen2012/traccia.htm#para9>.

(19) Cf. G.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Leipzig 1930), 147.

puisse être considéré comme un sacrement: il a été donc beaucoup plus facile pour les juristes allemands des XVI^{ème}, XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles (comme Thomasius, Struvius, Leyser, Lauterbach, Boehmer, etc.) d'élaborer une nouvelle doctrine du mariage. Selon ce nouveau point de vue, le mariage peut être vu comme un contrat qui, comme tout autre contrat, peut être dissous par consentement mutuel, avec n'importe quel type d'accord sur une telle dissolution.

(b) En outre, nous ne devons pas oublier que dans de nombreuses régions d'Allemagne, le droit romain a été appliqué jusqu'au 31 décembre 1899; dans le système juridique romain, comme je l'ai déjà signalé, il était admis que les époux pouvaient prévoir les conséquences patrimoniales d'un éventuel divorce depuis le moment même où ils se mariaient.

Par conséquent, la jurisprudence et la doctrine juridique allemande ont toujours déclaré que de tels accords devaient être considérés comme valables, même s'ils prévoyaient une renonciation complète aux droits des conjoints en cas de divorce.

Par exemple, selon une décision de la Cour Suprême d'Allemagne (BGH) de 1995 « pour les accords de caractère patrimonial, que les conjoints stipulent prudemment pendant le mariage ou même avant celui-ci en prévision d'un possible futur divorce, vaut le principe de la pleine liberté contractuelle (§ 1408 alinéa 1 et alinéa 2 du code civil allemand *BGB*). Aucun contrôle spécial sur le contenu de ces accords ne doit avoir lieu, si la réglementation est appropriée. L'applicabilité de l'accord ne dépend pas de conditions supplémentaires, comme par ex. du fait que, pour l'exclusion de la pension alimentaire, une quelque forme de compensation soit prévue » (20).

Aucun effet sur la validité et la force exécutoire de l'accord n'est également joué par le fait que « dans un tel cas, le choix du divorce pourrait s'avérer beaucoup plus difficile pour un conjoint que pour l'autre pour des raisons économiques » (21).

(20) Cf. BGH 27-9-1995, http://giacomooberto.com/prenuptial/bgh_27_9_1995.htm.

(21) Cf. BGH 19-12-1989, FamRZ, 1990, 372; cf. aussi BGH 2.10.1996, http://giacomooberto.com/prenuptial/bgh_2_10_1996.

Selon cette jurisprudence, les notaires allemands ont développé différents modèles de contrats de mariage, que j'ai décrit dans mon livre sur les « Contrats de la crise conjugale » (22). Ils peuvent contenir des clauses dans lesquelles une partie (ou les deux) renonce à tout droit à une pension alimentaire, comme: « le mari [ou la femme, ou les deux] renonce à toute prétention concernant la pension alimentaire en cas de divorce, même en situation de besoin » (23). Parmi les nombreuses autres possibilités, nous pouvons trouver des accords dans lesquels la pension alimentaire n'est pas exclue, mais elle est prédéterminée de manière précise (24), par exemple en fixant une limite

(22) Cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* cit. (une présentation de l'ouvrage est disponible à l'adresse web suivante: <http://giacomooberto.com/crisi/indice.htm>).

(23) « III.

Nachehelicher Unterhalt

1. Der Ehemann verzichtet gegenüber seiner Ehefrau vollständig auf die Gewährung nachehelichen Unterhalts (auch für den Fall der Not).

2. Für den Unterhaltsanspruch der Ehefrau verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung, jedoch mit folgenden Maßgaben:

a) Der Anspruch auf Unterhalt wird auf höchstens ... DM monatlich begrenzt. Die Ehefrau verzichtet auf einen etwa weitergehenden Unterhaltsanspruch.

b) Die Ehefrau ist verpflichtet, die zu einem Steuervorteil für ihren Ehemann erforderlichen Erklärungen abzugeben, wenn ihr die hieraus entstehenden Nachteile ersetzt werden. Der obige Höchstbetrag ist also immer als Nettobetrag zu verstehen.

c) Der Höchstbetrag ist nach den heutigen Lebenshaltungskosten festgelegt. Wir vereinbaren deshalb, daß der Höchstbetrag noch oben oder nach unten im gleichen prozentualen Verhältnis verändert, wie sich der von statistischen Bundesamt festgestellte Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte nach oben oder unten verändert. Die erste Anpassung erfolgt nach Rechtskraft der Ehescheidung durch Vergleich des für den Monat des Vertragsschlusses festgestellten Preisindex mit dem dann festgestellten Preisindex. Jede weitere Anpassung erfolgt dann jeweils für den Januar eines Jahres.

d) Durch die Vereinbarung einer Höchstgrenze bleiben die gesetzlichen Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt im übrigen unberührt » (modèle de *Ehevertrag* rédigé par le notaire Dr. W. Reimann: cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* cit., 540).

(24) « III.

Nachehelicher Unterhalt

1. Für den Fall der Scheidung der von uns beabsichtigten Ehe vereinbaren wir in Bezug auf den nachehelichen Unterhalt:

(pas plus de € ... pour chaque mois), ou en fixant le montant de la pension alimentaire comme rapport du revenu de la partie la plus « riche » (par exemple: 20% du revenu net de la partie qui aura le revenu le plus élevé), ou en fixant une date limite (*sunset provision*) pour ces pensions (par exemple: pas plus de 5 ans après la dissolution du mariage). Les contrats de mariage allemands (*Eheverträge*) peuvent également contenir des dispositions en cas de décès de l'un des époux (25).

a) Der Unterhaltsanspruch wird insgesamt ausgeschlossen, wenn die Ehe nicht länger als fünf Jahre Bestand hatte.

b) Dieser Ausschluß gilt jedoch nicht, wenn und soweit der Unterhaltstatbestand des § 1570 BGB (Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes) vorliegt.

c) Im übrigen verbleibt es bei den gesetzlichen Bestimmungen.

2. Der Unterhaltsanspruch wird, sofern er gemäß den vorstehenden Vereinbarungen besteht, der Höhe nach wie folgt begrenzt:

a) Für den Ehepartner, der ein gemeinschaftliches Kind betreut, beträgt der Unterhaltsanspruch höchstens pro Monat DM 1.800,-.

b) In allen anderen Fällen, in denen ein Unterhaltsanspruch kraft Gesetzes nach Maßgabe der vorstehend vorgenommenen Beschränkungen besteht, beträgt der Unterhaltsanspruch die Hälfte des vorgenannten Betrages.

c) Tritt eine Änderung in der Höhe des Lebensbedarfs infolge der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse ein, so ist der genannte Betrag entsprechend zu ändern. Er soll sich dabei im gleichen Prozentverhältnis erhöhen oder vermindern, in dem sich der vom Statistischen Bundesamt festgestellte durchschnittliche jährliche Preisindex für die Gesamtlebenshaltung aller privaten Haushalte — berechnet auf der Basis 1980 = 100 — im Vergleich zu demselben Index für den Monat des Vertragsabschlusses erhöht oder vermindert. Die Neufestsetzung findet jeweils im April eines Kalenderjahres statt, wobei dann jeweils der Index für das vergangene Kalenderjahr mit dem Index für den Monat des Vertragsabschlusses verglichen wird.

Die Beträge gelten in ihrer veränderten Höhe jeweils vom ersten Januar an als geschuldet, der dem Monat der planmäßigen Neufeststellung vorangegangen ist. Bei einer Umstellung auf eine neue Indexbasis gilt die neue Indexreihe von ihrer amtlichen Veröffentlichung an.

Die Vertragsteile beantragen die Genehmigung dieser Wertsicherungsvereinbarung gemäß § 3 des Währungsgesetzes durch die Landeszentralbank.

d) Die Anwendung der Vorschrift des 323 ZPO wird im übrigen ausgeschlossen.

3. Für den Fall, daß ein Unterhaltsanspruch nach den vorstehenden Vereinbarungen besteht, gelten im übrigen die gesetzlichen Bestimmungen » (modèle de *Ehevertrag* rédigé par le notaire Dr. W. Reimann: cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale cit.*, 541).

(25) « IV.

Certaines modifications ont été apportées par un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*) en 2001 (26), suivie d'une décision de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) rendue en 2004 (27). Ces deux jugements ont statué que les accords pré-nuptiaux par acte notarié qui désavantagent sérieusement l'un des deux époux par rapport à l'autre pourraient être considérés comme non valables. Les juges ont déclaré que si, en principe, un contrat peut stipuler que l'un des époux renonce à son droit de recevoir une pension alimentaire, si l'accord est préjudiciable pour une partie, il serait moralement inacceptable et pourrait donc être attaqué en justice. La Cour a également statué que le conjoint est libre de contester le contrat dans les cas de déséquilibre — si le revenu de son partenaire a augmenté de façon importante pendant le mariage — parce que, par exemple, l'autre époux (épouse) était à la maison pour s'occuper des enfants.

De nombreux juristes ont critiqué ce point de vue, selon

Erbrechtliche Regelungen

Die Vertragsteile verzichten hiermit gegenseitig auf Pflichtteils und Pflichtteilsergänzungsansprüche, die ihnen beim Ableben des jeweils anderen Ehepartners zustehen könnten. Der Verzicht ist jedoch gegenständlich beschränkt und bezieht sich nur auf

- a) das jeweilige voreheliche Vermögen der Vertragsteile,
- b) dasjenige Vermögen, daß ein Vertragsteil während der Ehe durch Erbschaft, Schenkung oder vorweggenommene Erbfolge erhält,
- c) die Surrogate der vorgenannten Gegenstände.

Der vorstehend erklärte Verzicht der Ehefrau gilt aber nur für den Fall abgegeben, daß durch ihn ein gemeinsamer Abkömmling der Vertragsteile begünstigt wird.

Der vorstehend erklärte Verzicht gilt nur für den Fall als abgegeben, daß durch ihn ein gemeinsamer Abkömmling der Vertragsteile, die Eltern der Ehefrau oder deren Geschwister begünstigt werden. Im letztgenannten Fall Begünstigung der Eltern bzw. der Geschwister der Ehefrau durch den Pflichtteilsverzicht gilt der Verzicht auch nur als abgegeben, wenn dem Ehemann, solange er nicht wieder verheiratet ist, ein unentgeltlicher Nießbrauch an dem Hause ... in ... eingeräumt wird, das die Ehefrau von ihren Eltern übergeben erhalten hat » (modèle de *Ehevertrag* rédigé par le notaire Dr. W. Reimann: cf. Oberto, *I contratti della crisi coniugale* cit., 545).

(26) BVerfG 6-2-2001, https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20010206_1bvr001292.html.

(27) BGH 11-2-2004, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d45ce16fe9b926a5ab4635a5807d5aa6&nr=28453&pos=14&anz=15>.

lequel la liberté traditionnelle des parties d'un contrat est « chaperonnée » par les opinions personnelles de tel ou tel autre juge. De plus, les pouvoirs des juges dans les systèmes de *Civil Law* n'autorisent pas ce type d'intervention, qui est plutôt caractéristique d'un jugement en « équité ». En effet, dans les systèmes continentaux, toute considération de caractère équitable est exclue, si les parties ne violent pas les règles du Code civil sur la validité et sur l'exécution des contrats, librement et sciemment conclus; par conséquent, les parties n'ont pas le pouvoir de se débarrasser de leurs engagements contractuels, simplement parce que l'une d'elles a changé d'avis.

5. En France aussi, comme dans tout autre Pays d'Europe continentale, les époux ont la possibilité de signer un contrat de mariage avant ou pendant le mariage. Un contrat de mariage français traite (comme en Italie, en Espagne, en Allemagne etc.) des conséquences possibles du mariage sur les biens des époux, acquis avant ou pendant le mariage. C'est la raison pour laquelle en droit français, comme en Italie, en Espagne ou au Portugal, nous utilisons l'expression « régime matrimonial », le mot « régime » signifiant « règle » dans les langues d'origine latine (en latin *regimen* signifie « gouvernance », « gestion » ou « administration »). Un régime matrimonial est donc un ensemble de règles sur l'effet du mariage en matière d'administration, de jouissance et de pouvoir de disposition sur les biens des conjoints.

En droit français (comme en droit italien, espagnol, portugais etc.), la portée d'un contrat de mariage est de déterminer le régime matrimonial choisi par les époux, sans référence à la pension alimentaire en cas de séparation de corps ou de divorce. Ainsi, les contrats de mariage sont chez nous juridiquement valables et contraignants, mais concernent le partage des biens et plus en général, le sort des acquisitions faites par les époux, alors qu'en Angleterre (comme d'ailleurs dans tous les pays de *Common Law*), ils sont essentiellement liés au thème du divorce et tendent à éviter la *equitable distribution* qui serait faite par le juge en cas de désaccord.

Selon de nombreux chercheurs, en droit français, on ne peut pas exclure le droit à la pension alimentaire à l'occasion d'un divorce, contrairement au droit allemand, où on peut y

déroger (comme dans l'affaire *Radmacher v Granatino*). En effet, la réforme relative au divorce de 2004 a mis de côté le projet de voir transposer les *prenuptial agreements* en droit français. Dans son rapport pour la commission des lois, Patrice Gélard estime qu'il s'agit « d'une suggestion, quoiqu'intéressante », mais « qui ne paraît pas adaptée à l'état actuel de la société ».

La profession notariale milite, par contre, pour la transposition des *prenuptial agreements* en droit français, afin d'anticiper la fixation de la prestation compensatoire qu'elle estime à juste titre imprévisible et source d'insécurité juridique. Les notaires préconisent donc le recours systématique à l'acte notarié, ce qui permettrait de s'assurer de la réalité du consentement de l'époux. En fait, la tendance actuelle porte sur une plus grande autonomie des volontés. Si, actuellement, le droit français prohibe de telles conventions, il pourrait être amené à évoluer, puisque la conclusion d'un contrat pré-nuptial présente plusieurs avantages. Il permet en effet de prévoir une grande flexibilité pour les époux, de prévoir les sommes pouvant être allouées au titre des obligations alimentaires entre époux en cas de séparation et les conséquences d'un divorce avant qu'il ne se produise et de réduire en conséquence le contentieux du divorce devant le juge, afin d'éviter de devoir négocier les conséquences financières d'une telle procédure dans un climat de tension, devant le juge (28).

Il faut d'ailleurs souligner qu'à la différence de ce qui se passe en Italie lors de la rédaction d'un contrat de mariage, les notaires français ont le pouvoir de « personnaliser » le régime matrimonial choisi par les époux en le façonnant sur mesure, compte tenu des besoins, des souhaits et des attentes de leurs clients. Ainsi, juste pour faire quelques exemples, les tribunaux français estiment que la « clause alsacienne » — mentionnée précédemment — est parfaitement valable et contraignante; les parties peuvent en outre prévoir un régime de communauté dans lequel les parts des époux ne sont pas égales (stipulation de parts inégales), ou dans lequel les droits de l'une des parties

(28) Cf. A. Thuegaz, *Le « contrat pré-nuptial », bientôt en France?*, 2017, <https://www.village-justice.com/articles/contrat-prenuptial-bientot-France,24630.html>.

peuvent être satisfaits avec le paiement d'une somme forfaitaire (forfait de communauté), ou avec la cession de biens meubles ou de biens immobiliers ou avec le droit de prélever avant tout partage, sur la masse commune, lors de la dissolution de la communauté, un bien déterminé ou une somme d'argent (préciput): le résultat est donc celui d'un véritable aménagement contractuel du régime légal, tout à fait inconnu en Italie (29).

Par ailleurs, certaines décisions rendues dans des affaires concernant des couples internationaux prouvent que les juges français ne sont pas opposés aux accords pré-nuptiaux étrangers, comme le montre, par exemple, un arrêt de 2010 du Tribunal de Grande Instance de Grasse (30). En l'espèce, le juge confirma un contrat pré-nuptial anglais, dans lequel les parties étaient convenues qu'en cas de rupture du mariage, chaque conjoint conserverait ses biens, la femme recevrait 50 000 livres sterling (indexées) pour chaque année de mariage (jusqu'au dépôt de la demande de divorce) et ce montant devrait couvrir et exclure toute prétention financière.

6. En Italie (31), les contrats de mariage peuvent être conclus avant ou pendant le mariage par acte notarié (cf. art. 162 du code civil italien).

Cependant, comme on l'a déjà expliqué, de tels actes sont principalement conçus comme des instruments pour choisir un « régime matrimonial » autre que celui prévu par la loi par défaut, qui est la *comunione legale* (communauté d'acquêts). Cependant, le système optionnel de la *separazione dei beni* (séparation de biens) peut être choisi au moment même de la célébration du mariage avec une déclaration des conjoints au maire ou au curé célébrant le mariage. Par acte notarié les époux peuvent également choisir un *fondo patrimoniale* (un ou

(29) Cf. Oberto, *La comunione legale tra coniugi* cit., 385 s.; Id., *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, Fam. dir., 2012, 69, en particulier les notes 42-47.

(30) Cf. <http://villardcornec.files.wordpress.com/2010/05/article-cornec-bull-family-law.pdf>; <http://villardcornec.wordpress.com/tag/enforcement-of-foreign-judgments>.

(31) Cf. G. Oberto, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, http://giacomooberto.com/pollenzo2011/Oberto_Contratti_Prematrimoniali_e_Accordi_Preventivi.htm.

plusieurs biens de familles insaisissables, qui peuvent être des biens immobiliers ou des instruments négociables, tels que des titres, des obligations, des actions de société etc., dont les revenus doivent être affectés aux besoins de la famille).

Malgré tout cela, la liberté de mouvement des parties dans la définition du régime de la communauté des acquêts par défaut est très, très étroite, car aucune modification ne peut être apportée au pouvoir de gérer et d'administrer l'actif de la communauté et les parties ne peuvent pas déroger à la règle selon laquelle le partage de la communauté doit être fait en parts égales, ce qui empêche tout type de clause, tels que le préciput, ou le partage inégal, ou le forfait de communauté. En tant qu'alternative aux régimes de communauté et de séparation de biens, les époux peuvent choisir un système de communauté générale, étendu à (presque) tous les biens qui leur appartiennent et acquis soit avant, soit après la célébration du mariage (*comunione convenzionale*).

Or, comme nous l'avons déjà expliqué, le Code civil italien ne mentionne pas la question de la pension alimentaire entre époux parmi les thèmes pouvant faire l'objet d'un contrat de mariage. En outre, la Cour suprême de cassation a toujours considéré comme contraire à l'ordre public tout accord stipulé en prévision d'un divorce futur, qu'il soit conclu au moment de la séparation de corps, ou même avant la séparation ou le mariage.

Afin de mieux comprendre la position de la Cour, il faut garder à l'esprit que l'Italie est l'un des derniers pays au monde à autoriser le divorce uniquement pour les couples qui ont déjà fait l'objet d'une procédure judiciaire de séparation légale de corps. Jusqu'en 2015, trois ans devaient s'écouler après le début de la procédure judiciaire de séparation légale de corps, avant d'entamer la procédure de divorce. En 2015, une réforme a réduit ce délai à un an (en cas de séparation judiciaire contentieuse), ou à six mois (en cas de séparation légale consensuelle); une séparation formelle est donc toujours requise comme condition préalable nécessaire au divorce.

Cela dit, il est facile de comprendre que très souvent, les couples qui ont conclu un accord au cours du procès de séparation légale de corps souhaitent éviter tout différend éventuel au cours du procès (futur, mais désormais certain!) en divorce.

Or, la plupart des accords de ce type ont été déclarés invalides par la Cour suprême de cassation, au moins dans la partie dans laquelle ils énoncent des dispositions applicables en cas de divorce (par exemple: l'épouse reçoit, lors de la séparation de corps, une somme d'argent ou le transfert d'un bien immobilier, mais elle s'engage à ne pas réclamer des pensions alimentaires ou des sommes forfaitaires pendant le futur procès de divorce). La raison de cette défaveur est que de telles dispositions, selon les juges, pourraient nuire à la liberté des deux parties de décider si elles doivent divorcer ou non. Selon cette jurisprudence la crainte d'éventuelles conséquences pécuniaires exercerait une influence néfaste sur la liberté « personnelle » dans le choix de divorcer (ou de ne pas divorcer), ce qui rendrait l'accord contraire à l'ordre public et donc invalide. Autrement dit, selon ce point de vue, par le biais de cet accord les parties envisagent un contrat dont l'objet est leur statut même de personnes mariées, alors que le statut juridique personnel n'est pas négociable (certains érudits citent ici l'exemple biblique d'Ésaü, qui troqua son droit d'aînesse avec son frère Jacob pour un plat de lentilles!).

J'ai dépensé beaucoup d'énergie et de temps dans mes articles et mes livres pour essayer de prouver que cette idée est fondamentalement fautive, car elle est fondée sur une confusion entre:

(a) ce qui est, d'un côté, un accord dans lequel une partie s'engagerait théoriquement à ne pas divorcer (ou à ne pas demander la séparation de corps), ou bien à divorcer (ou à demander la séparation de corps), ce qui serait sûrement contraire à l'ordre public, et

(b) ce qui est, de l'autre côté, un accord dans lequel les parties ne prévoient que les conséquences patrimoniales d'une éventuelle décision de divorcer.

De plus, le système juridique italien contient des exemples d'accords préventifs sur les conséquences patrimoniales d'un changement de statut personnel. En effet, en Italie (comme partout dans le monde), les contrats de mariage — lesquels, selon le Code civil, peuvent être conclus avant le mariage — traitent des conséquences patrimoniales du nouveau statut personnel des personnes mariées (répartition des biens acquis avant ou après le mariage, opérant un choix parmi la commu-

nauté des acquêts, la communauté générale de tous les biens, la séparation de biens etc.). On se demande alors pourquoi un accord sur les conséquences futures d'un autre changement de statut personnel (c'est-à-dire celui entraîné par le divorce) devrait être considéré comme illégal.

Un don entre futurs conjoints peut bien être rendu dépendant du mariage éventuel (cf. art. 785 du Code civil italien): cela veut dire qu'un événement consistant dans la modification d'un statut personnel (à savoir de la personne qui passe du statut personnel de célibataire au statut de personne mariée) peut influencer les conséquences d'un contrat tel que la donation. Pourquoi ne pas appliquer la même règle à la situation, tout à fait identique à celle-ci, dans laquelle nous avons une autre modification d'un statut personnel (de marié à divorcé)?

J'ai plusieurs fois remarqué que la jurisprudence de la Cour suprême italienne, que l'on vient de mentionner, est « dangereuse sur le plan éducatif », car elle engendre la fausse idée que parmi les conjoints *pacta non sunt servanda* (les accords peuvent ne pas être respectés). En effet, il arrive très souvent qu'un conjoint « feigne » d'être d'accord avec l'autre dans le cadre de la procédure en séparation de corps, avec la réserve mentale de rouvrir la discussion (et de formuler de nouvelles demandes) par la suite, lors de la procédure en divorce.

Cela dit, je voudrais conclure cette présentation avec quelques notes plus optimistes.

Tout d'abord, nous devons considérer que, depuis 1987, les époux peuvent divorcer sur la base d'un accord mutuel, qui doit également comprendre un accord sur les aspects pécuniaires et la pension alimentaire: ce qui indique clairement que ce thème n'est pas « intouchable » par l'accord des parties.

Deuxièmement, en 2014, deux nouveaux types de divorce (et de séparation de corps) ont été introduits, qui « sautent » complètement toute forme d'intervention devant un tribunal. En cas d'accord, les parties peuvent obtenir leur divorce par consentement mutuel en signant simplement un document devant deux avocats, dans le cadre d'une procédure de « collaboration » (*negoziiazione assistita*) ou, en alternative, devant l'officier d'état civil de la mairie: aucun jugement, ordre ou décret d'un tribunal n'est plus nécessaire. En effet, dans le cas des négociations, l'accord entre conjoints doit être conclu avec

la participation de l'avocat et chacun des conjoints doit être représenté par au moins un avocat. L'accord est ensuite envoyé au Procureur de la République, et s'il donne une opinion positive, l'entente doit être envoyée au bureau de l'état civil compétent.

En fait, ces derniers temps, de nombreux chercheurs ont déclaré souscrire à mon point de vue, estimant que les accords pré-nuptiaux en vue d'une séparation et/ou d'un divorce sont valables, alors que certaines décisions judiciaires commencent à renverser la jurisprudence traditionnelle.

Par exemple, en 2012, une décision de mon tribunal (la première de ce type en Italie) (32) a déclaré que les accords conclus par les couples mariés au moment de leur séparation de corps sont valables, en ce qui concerne leurs dispositions en vue du divorce à venir. Par conséquent, le président du Tribunal de Grande Instance de Turin a refusé d'allouer une pension alimentaire *lite pendente* à une femme qui avait réclamé cet argent à son mari au moment du début d'un litige de divorce, alors qu'elle avait renoncé à de telles prétentions (mentionnant explicitement le cas du futur divorce) dans l'accord qu'elle avait conclu avec son mari lors du procès en séparation légale de corps trois ans auparavant.

Mais il faut dire qu'un vent nouveau souffle aussi à la Cour suprême.

Parmi les nombreux cas, je voudrais faire référence ici à une décision dans laquelle, il y a déjà trente ans, la Cour a décidé qu'un accord « postnuptial » d'un couple américain, bien que contraire à l'ordre public interne italien, n'était pas contre l'ordre public international italien; il était donc valable et exécutoire en Italie (33).

(32) Trib. Torino 20-4-2012, Fam. dir., 2012, 803.

(33) Cass. 3-5-1984 n. 2682, Riv. dir. int. priv. proc., 1985, 579; Riv. dir. fam. pers., 1984, 521: « L'accordo, rivolto a regolamentare, in previsione di futuro divorzio, i rapporti patrimoniali fra coniugi, che sia stato stipulato fra cittadini stranieri (nella specie, statunitensi) sposati all'estero e residenti in Italia, e che risulti valido secondo la legge nazionale dei medesimi (applicabile ai sensi degli artt. 19 e 20 delle disposizioni sulla legge in generale), è operante in Italia, senza necessità di omologazione o recepimento delle sue clausole in un provvedimento giurisdizionale, tenuto conto che l'ordine pubblico, posto dall'art. 31 delle citate disposizioni come limite all'efficacia delle

Plusieurs années plus tard, en 2012, la Cour suprême de cassation italienne a jugé que la jurisprudence « traditionnelle » ne s'appliquait pas à une situation dans laquelle un couple italien avait stipulé par écrit un accord, juste un jour avant le mariage, selon lequel en cas de divorce (ou de séparation de corps), l'épouse transmettrait à son mari la propriété d'un de ses appartements, à titre de compensation pour les dépenses qu'il avait faites afin de restaurer un autre appartement de ladite femme (34).

En 2013, la même Cour a décidé que deux fiancés peuvent convenir que la somme d'argent que l'un d'eux a prêtée à l'autre ne pourra être réclamée que si son futur mariage se termine par une séparation de corps ou par un divorce (35).

Dans ces deux affaires, la Cour a soutenu que ces décisions ne renverseraient pas le point de vue « traditionnel », car les « ententes pré-nuptiales en prévision d'un divorce » contraires à l'ordre public ne seraient que celles concernant la pension alimentaire. Bien sûr, ce raisonnement est erroné, car ce qui se rapporte à l'essence des contrats pré-nuptiaux en vue du divorce est le fait de s'entendre sur les conséquences pécuniaires du divorce, peu importe la nature et la portée de ces effets: transfert de biens immobiliers ou toute autre sorte de biens, restitution au conjoint prêteur d'une somme d'argent empruntée, remboursement de dépenses, paiement de la pension alimentaire, ou bien d'une somme d'argent forfaitaire etc.

convenzioni fra stranieri, riguarda l'ordine pubblico cosiddetto internazionale, e che in tale nozione non può essere incluso il principio dell'ordinamento italiano, circa l'invalidità di un accordo di tipo preventivo fra i coniugi sui rapporti patrimoniali successivi al divorzio, il quale attiene all'ordine pubblico interno e trova conseguente applicazione solo per il matrimonio celebrato secondo l'ordinamento italiano e fra cittadini italiani ».

(34) Cass. 21-12-2012 n. 23713, http://giacomooberto.com/cass_n_23713_2012.htm.

(35) Cass. 21-8-2013 n. 19304: « l'inderogabilità dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio non viene meno per il fatto che uno dei coniugi, avendo ricevuto un prestito dall'altro, si impegni a restituirlo per il caso della separazione. Che poi l'esistenza di un simile accordo si possa tradurre in una pressione psicologica sul coniuge debitore al fine di scoraggiarne la libertà di scelta per la separazione è questione che nel caso specifico non ha trovato alcun riscontro probatorio; e che comunque, ove pure sussistesse, non si tradurrebbe di per sé nella nullità di un contratto come quello in esame ».

En 2015, la même Cour a statué sur une affaire concernant un accord conclu par les parties au moment de leur séparation et l'a jugé valable, même si l'entente avait été stipulée « à côté » (*a latere*, selon l'expression latine qu'on emploie en Italie dans ce cas) et donc elle n'avait pas été transposée dans l'accord soumis à la cour. Rien de nouveau sous le soleil, puisque, d'ailleurs, ce principe a toujours été affirmé par la Cour de cassation. Cet affaire ne faisait aucune référence à un futur divorce. Cependant — dans la motivation de leur jugement — les juges suprêmes ont ajouté (d'ailleurs, dans ce cas, pas avec la force d'une vraie *ratio decidendi*) que les accords conclus avant le divorce et en vue de celui-ci ne sont pas contre l'ordre public (36).

Tout au contraire, en 2017 deux décisions de la même première chambre civile de la Cour ont réaffirmé le point de vue « traditionnel », selon lequel la pension alimentaire en cas de divorce formerait l'objet d'un droit non disponible par les conjoints et donc tout type d'accord concernant ce droit, conclu avant le moment du divorce, serait nul, car contraire à l'ordre public (37).

ABSTRACT

Prenuptial agreements in contemplation of divorce and the role of notaries in pre-determining the consequences of marriage crisis

This essay is intended to show the current “state of the art” on the problem of the validity of prenuptial agreements in contemplation of divorce. The author therefore analyzes the role of the private autonomy of parties in relation to these kinds of family contracts, demonstrating, in the first place, that a negotiation of the economic aspects relating to a possible crisis of the affective relationship can take place (and indeed it is advisable that it so happens) in the very moment in which the personal relationship is coming into existence. The essay also deals with possible implications as far as the powers of the judge and the role of (Latin) notaries are concerned, once the personal and affective relation comes to an end. It shows also what contractual clauses can be suggested, studying as well the deep historical roots of the antenuptiales conventiones in the European legal history. Com-

(36) Cass. 3-12-2015 n. 24621.

(37) Cass. 13-1-2017 n. 788 et Cass. 30-1-2017 n. 2224.

prehensive information is provided on the peculiar situation of legal systems such as those of the U.S.A., the U.K., Catalonia, Germany and France. A special attention is devoted to the case of Italy, where the author has been pleading for the full validity of such agreements for over twenty years. The recent evolution of the Italian case-law shows that the “traditional” hostility of Courts and legal doctrine against this kind of contracts is slowly evolving towards a much more lenient (and realistic) approach.