

## Per un intervento normativo in tema di accordi preventivi sulla crisi della famiglia

*Giacomo Oberto*  
Giudice Tribunale di Torino

Lo scritto si propone di mostrare come, al giorno d'oggi, i problemi della crisi della famiglia non possano essere studiati se non avendo riguardo ai tre modelli familiari oggi riconosciuti dall'ordinamento: matrimonio, unione civile e unione di fatto. A questa regola non sfuggono nemmeno le intese in vista della crisi del rapporto. Viene così analizzato il ruolo dell'autonomia privata in relazione a queste fattispecie, dimostrando, innanzi tutto, come la negoziazione dei profili patrimoniali attinenti ad una possibile crisi del rapporto affettivo possa avvenire (ed anzi sia consigliabile avvenga) già nel momento stesso in cui il rapporto viene costituito. Si discutono quindi le possibili implicazioni in merito ai poteri del giudice, una volta che la rottura si sia concretata. Si presentano inoltre le singole clausole il cui inserimento può essere utilmente suggerito, studiandone le diverse implicazioni in relazione al contesto cui le stesse accedono. Vengono in particolare analizzati i punti di convergenza e quelli di divergenza del medesimo tipo di accordi, ove questi siano conclusi nella famiglia fondata sul matrimonio (o sull'unione civile), da un lato, e nell'unione di fatto, dall'altro. Lo studio si conclude con la presentazione di un'articolata proposta di legge, volta, da un lato, a rimuovere ogni residuo dubbio sull'ammissibilità (peraltro da chi scrive sempre sostenuta, già *de iure condito*) degli accordi in vista della crisi coniugale e dell'unione civile e, dall'altro, a risolvere alcune questioni che solo l'intervento legislativo può utilmente dirimere. Si potranno qui citare i requisiti formali di validità delle intese, o alcuni contenuti oggi ancora vietati dal sistema (si pensi ad es. ai patti successori tra coniugi ed uniti civilmente), o, ancora, i poteri del giudice, allorquando la crisi dell'unione venga a manifestarsi. La proposta coglierebbe altresì l'occasione dell'intervento normativo per introdurre alcune modifiche alla riforma del 2016 sulle unioni di fatto, chiarendo in via definitiva l'ammissibilità di intese preventive sulla crisi del rapporto e sulla disponibilità dei diritti patrimoniali riconosciuti al convivente in caso di rottura del legame.

*This essay is intended to show that, in the present day, problems arising from the crisis of the family cannot be studied without having regard to the three forms of it, which are recognized by the Italian legal system: marriage, civil union and cohabitation outside marriage. This is true also for the pre-emptive agreements, which may be concluded in view and in contemplation of a crisis of these three kinds of relationships. The author therefore analyzes the role of the private autonomy of parties in relation to these kinds of family structures, 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 are concerned, once the personal and affective relation comes to an end. It shows as well what contractual clauses can be suggested, studying as well their various implications in connection with each and any of the three above mentioned types of relationship (marriage, civil union, cohabitation outside marriage). In particular, points of convergence and points of divergence of the same type of agreements are studied, whereas such deeds are concluded either within a family based on marriage (or civil union), on one side, or on the cohabitation outside marriage, on the other. In the final part of this essay the author presents an articulated bill for a hypothetical law reform. The aim of this proposed new legislation is, first of all, to remove any possible doubt on the validity (what, by the way, the author thinks already possible, event without the proposed reform) of the prenuptial agreements in contemplation of divorce (or of the break of the civil union). Furthermore, the bill would bring about the advantage to resolve some legal problems that only an intervention by the legislature can tackle. The bill refers particularly to the formal requirements for the validity of such deeds (whereas a reference is made, for instance, to the “independent legal counsel”), as well as to some possible contents of the contracts that today are still prohibited (e.g. successorial agreements between spouses and between people of the same sex who are living in a civil union) and to the powers of the judge, when the crisis of the family emerges. The reform proposal would also offer the occasion to introduce some modifications to the legal reform of the year 2016 on cohabitation outside marriage, making clear that pre-emptive agreements on the effects of a possible future dissolution of the cohabitation are in any case admissible and can also contain a waiver of patrimonial rights recognised by the law in case of the end of the cohabitation.*

**Sommario:** 1. Introduzione. La crisi della famiglia come crisi coniugale, crisi dell'unione civile e crisi dell'unione di fatto. – 2. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Suggestioni di carattere generale. – 3. Segue. I profili di carattere patrimoniale. Il ruolo del giudice. – 4. Il ruolo dell'autonomia negoziale nella conformazione degli accordi preventivi in vista della crisi coniugale. – 5. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. L'insegnamento ricavabile dal raffronto tra le due categorie. – 6. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Ricognizione dei possibili punti di contatto, anche alla luce della l. n. 76 del 2016. – 7. Segue. Le clausole sulla rottura del rapporto (matrimoniale o di convivenza). – 8. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Analisi di alcune tra le più rilevanti divergenze. – 9. Contratti di convivenza e contenuti mancati nella l. n. 76 del 2016. – 10. Segue. L'ammissibilità di clausole sulla rottura del rapporto di fatto pur dopo l'approvazione della l. n. 76 del 2016. – 11. Contratti di convivenza, obbligazioni naturali e obbligo alimentare. – 12. Appendice. Proposta di legge dal titolo: «Modifiche al codice civile, alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, alla legge 6 marzo 1987, n. 74 e alla legge 20 maggio 2016, n. 76, in materia accordi preventivi sulla crisi coniugale, sulla crisi dell'unione civile e sullo scioglimento della convivenza di fatto».

### **1. Introduzione. La crisi della famiglia come crisi coniugale, crisi dell'unione civile e crisi dell'unione di fatto**

Diversi anni sono trascorsi da quando lo scrivente, nel contesto dello studio monografico sui contratti della crisi coniugale, lanciava l'idea di consentire e praticare anche in Italia la predeterminazione della sorte delle prestazioni postmatrimoniali, mercé il ricorso ad accordi prematrimoniali in vista della crisi coniugale, sostenendone la piena ammissibilità, già *de iure condito*, nel nostro sistema<sup>1</sup>. Il dibattito che ne è seguito ha visto la dottrina almeno in parte contrapporsi ad una giurisprudenza di legittimità arroccata su posizioni fortemente negazioniste, che sono però andate man mano stemperandosi nell'enumerazione di talune ipotesi eccezionali, divenute via via sempre più frequenti, in relazione alle quali si è di fatto riconosciuta la validità di singole intese preventive in vista dell'annullamento del matrimonio, del divorzio o della separazione<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 483 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., *Contratto e famiglia*, in ROPPO (a cura di), AA.VV., *Trattato del contratto*, VI, Interferenze, Milano, 2006, 251 ss.; ID., *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Famiglia*, 2008, 25 ss.

<sup>2</sup> Per i richiami si rinvia a G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2012, 69 ss., 80 ss.; per un successivo caso cfr. 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, 321 ss. Per una decisione ulteriormente successiva v. Cass., 21 agosto 2013, n. 19304, con il quale si è deciso che è valida

la clausola inserita in un contratto di mutuo stipulato tra i coniugi durante il matrimonio con la quale si prevede, in caso di separazione, la restituzione della somma prestata. Di contro alla tesi del coniuge debitore, che allegava la nullità dell'impegno per contrarietà «all'ordine pubblico e al buon costume, perché equivale a porre delle limitazioni alle altrui fondamentali libertà», soggiungendo che «il diritto a separarsi del coniuge è diritto "personalissimo" che non tollera alcuna forma di limitazione» e sottolineando l'«impossibilità di "negoziare" i diritti e i doveri che scaturiscono dal matrimonio», la Cassazione ha chiarito che nessuna norma imperativa impedisce ai coniugi, in costanza di matrimonio, di riconoscere l'esistenza di un debito verso l'altro e di subordinare la restituzione al verificarsi di un evento futuro ed incerto qual è la separazione coniugale. La Corte ha così stabilito che il richiamo agli artt. 143 e 160 c.c. nella specie era improprio, «perché 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».

Il 2017 ha visto però la Corte Suprema arretrare rispetto alle citate posizioni.

Così Cass., 13 gennaio 2017, n. 788 ha stabilito che «L'assegno divorzile è indisponibile per quanto concerne la componente assistenziale, sicché ogni atto intervenuto in altra sede, tendente a precludere o a limitare la richiesta di un assegno divorzile deve considerarsi nullo. Deriva da quanto precede, pertanto, che qualora i coniugi, in sede di revisione dell'assegno di separazione si accordino nel senso che in occasione del divorzio da un lato il marito avrebbe trasferito in proprietà, alla moglie, un immobile, e la moglie avrebbe, a sua volta, rinunciato a chiedere un assegno divorzile, la moglie non può essere costretta a rinunciare alla pretesa a chiedere l'attribuzione di un assegno di divorzio. Deve escludersi, peraltro - in termini opposti rispetto a quanto disposto dalla Corte di appello - che l'accordo sia, comunque, vincolante per il marito così che alla moglie non solo è attribuito un assegno periodico ma è trasferita anche la proprietà dell'immobile. (In altre parole - ha evidenziato la Suprema corte - data per acquisita la circostanza che ogni patto stipulato in epoca antecedente al divorzio, volto a predeterminare il contenuto dei rapporti patrimoniali del divorzio medesimo, deve ritenersi nullo per illiceità della causa, è di ogni evidenza che una simile nullità travolge anche la pattuizione finalizzata a rappresentare il sinallagma. Altrimenti, si precisa da parte del Supremo collegio, non solo l'attribuzione patrimoniale concretizzata dall'obbligo a contrarre resterebbe priva di causa, ma verrebbe finanche vulnerata la nozione di causa del contratto, nella quale rileva il punto di incontro degli interessi concretamente perseguiti (e nel contratto espressi), essendo la disciplina del negozio giuridico qualificabile sempre come disciplina di interessi concreti, assetto di situazioni e rapporti e sintesi del mutamento così instaurato)».

La (di poco) successiva Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224 ha poi ribadito che «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, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette

Per la precisione, dovrà aggiungersi che chi ha speso tanti anni della propria attività per dimostrare la validità di un determinato tipo di negozi giuridici non ha mancato, già alcuni anni or sono, di farsi, per altro verso, alfiere della disciplina *de iure condendo* degli stessi<sup>3</sup>. In realtà, questo non equivale, in modo alcuno, ad ammettere che la persistente assenza di una normativa *ad hoc* impedisca il ricorso, già oggi, al generale principio di libertà contrattuale. Semmai, non vi è dubbio sul fatto che la presenza di tale positiva disciplina servirebbe, da un lato, a sgombrare definitivamente il campo dalle (ingiustificate) resistenze che molti ancora oggi oppongono e, dall'altro, a fornire di adeguata e ragionevolmente certa risposta tutta una serie di interrogativi che si pongono sulla tutela di posizioni quali, ad esempio, quella della parte eventualmente "debole", o sull'esatta delimitazione delle "sfere di competenza" del notaio, dell'avvocato e del giudice. La citata proposta viene ora qui rielaborata e completata con i necessari interventi sul versante delle unioni libere, anche alla luce delle gravissime perplessità sollevate dalla tecnica seguita dalla riforma del 2016 in tema di contratti di convivenza, come sarà meglio illustrato in seguito.

Quella avanzata dallo scrivente non è certo la prima proposta di legge in materia. Contenuti e punti salienti di quelle presentate negli ultimissimi anni hanno già formato oggetto di un particolare studio, cui si fa qui, per brevità, mero rinvio<sup>4</sup>. Il "difetto" di tali esercizi, però, è quello di recare evidenti le stigmate delle rispettive categorie professionali di provenienza. Con il presente lavoro si

esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio. Gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione dell'art. 5, ottavo comma, della legge n. 898 del 1970 nel testo di cui alla legge n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati *secundum ius*, non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio ».

<sup>3</sup> Cfr. G. OBERTO, *Proposta di legge in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, disponibile alla pagina web seguente: [http://giacomooberto.com/proposta\\_di\\_legge\\_Oberto\\_accordi\\_in\\_vista\\_della\\_crisi\\_coniugale.htm](http://giacomooberto.com/proposta_di_legge_Oberto_accordi_in_vista_della_crisi_coniugale.htm); il contributo è stato pubblicato con il titolo Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale, in *Fam. e dir.*, 2014, 88 ss. Le soluzioni ivi proposte sono condivise da A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 1092 ss., 1123 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 92 ss.

tenta invece di fornire una visione *super partes*, tenendo chiaramente distinti, ancorché possibilmente convergenti, i ruoli del notaio, dell'avvocato e del giudice. Soprattutto, per ciò che attiene alle prime due categorie, si è cercato di trasfondere in proposte di norme concrete la fondamentale distinzione di contenuti che il contratto prematrimoniale (così come il contratto pre-unione civile, ma anche pre-convivenza) può avere: dall'accordo sulle conseguenze della crisi del rapporto in tema di assegni postmatrimoniali (in tutte le loro possibili forme), all'intesa circa le conseguenze che il fallimento dell'unione può produrre sull'assetto del regime matrimoniale prescelto, al *pacte de famille* sulla conservazione e sulla trasmissione *post mortem* del patrimonio familiare. In queste due ultime situazioni è evidente che solo un intervento riformatore potrebbe aiutare, da un lato, a restituire al regime legale la *souplesse* necessaria ad evitarne il rifiuto da parte della stragrande maggioranza delle nuove coppie<sup>5</sup>, e, dall'altro, ad arginare, per lo meno in questo limitato settore - conformemente del resto ad una tradizione secolare, inopportuna eliminata dal radicalismo giacobino della legislazione rivoluzionaria - la straripante invadenza del divieto dei patti sulle successioni future.

L'approvazione, nel 2016, della riforma sulle unioni civili e, soprattutto, sulle convivenze di fatto<sup>6</sup> ha però posto prepotentemente alla ribalta la necessità

<sup>5</sup> L'argomento è sviluppato in G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (già diretto da) e SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 2010, 372 ss.

<sup>6</sup> L. 20 maggio 2016, n. 76. Per alcuni commenti alla medesima cfr. AA.VV., in SESTA (a cura di), *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, Milano, 2017, 169 ss.; v. anche (oltre agli Autori che verranno citati oltre, in relazione a singoli profili) L. BALESTRA, *Unioni civili e convivenze di fatto: brevi osservazioni in ordine sparso*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 1 ss.; ID., *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1779 ss.; M. BLASI - R. CAMPIONE - A. FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze - Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016, *passim*; G. BUFFONE, *Convivenze di fatto: si "gioca la partita" degli orientamenti*, in *Guida dir.*, 2016, 26, 15 ss.; ID., *L'elemento costitutivo passa per l'iscrizione agli uffici anagrafici*, *ibidem*, 22 ss.; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova, 2016, *passim*; G. DOSI, *Unioni civili: tre forme giuridiche regolano la "famiglia"*, in *Guida dir.*, 2016, 23, 6 ss.; M. FINOCCHIARO, *Su richiesta le parti possono sottoscrivere un "contratto"*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 84 ss.; ID., *Con l'iscrizione nei registri anagrafici l'atto è opponibile*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 88 ss.; ID., *Quando scattano nullità, sospensione e risoluzione*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 90 ss.; ID., *Contratto stipulabile con atti pubblici o scritture autenticate*, in *Guida dir.*, 2016, 26, 26 ss.; M. FIORINI - M. LEO, *Formazioni sociali con doppia disciplina "a geometria variabile"*, in *Guida al dir.*, 2016, 25, 62 ss.; A. FUSARO, *Profili di diritto comparato sui regimi patrimoniali*, in *Giur. it.*, 2016, 1789 ss.; F. GRECO, *Il contratto di convivenza*, in GORGONI (a cura di), AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Santarcangelo di

di affrontare la questione della previsione delle conseguenze patrimoniali del possibile naufragio di un rapporto affettivo anche nell'ottica di quelle unioni che le parti non intendono formalizzare sotto il profilo personale, pur senza escludere che questioni d'ordine patrimoniale possano un giorno venirsi a porre. Sul piano della ripartizione dei ruoli, poi, la riforma Cirinnà segna una sorta di "tregua", conclusa tra notai ed avvocati, con la disposizione del comma 51, che, nella sua formulazione, crea in realtà più problemi di quanti ne risolva, proprio perché non preceduta da un parallelo lavoro normativo sul versante delle intese *inter coniuges*.

Ineludibile, quindi, appare la necessità di studiare intrecci, rapporti, "dialoghi" ed ispirazioni reciproche tra i più vari tipi di accordi destinati a risolvere in via preventiva questioni che finiscono con il porsi in maniera sovente assai simile, se non addirittura identica, in entrambi i principali tipi di famiglia oggi esistenti in Italia: quella, cioè, fondata sul matrimonio (o - il che sostanzialmente è lo stesso - sull'unione civile), da un lato e, in alternativa, quella basata sulla semplice convivenza di fatto.

## 2. Gli accordi in vista della crisi coniugale. Suggerimenti di carattere generale

Cominciando, dunque, dai possibili suggerimenti in materia di contratti in vista della crisi del matrimonio (o dell'unione civile), appare logico iniziare dal profilo terminologico, ove sembra preferibile abbandonare la dizione (proposta invece da quasi tutti i progetti di legge ad oggi in vario modo pubblicati) di "accordi prematrimoniali".

L'attributo "prematrimoniale" - a parte l'impropria evocazione, in un ambiente ancora fortemente marcato dalla tradizione cattolica, degli esecrati rapporti sessuali ugualmente aggettivati - finisce con l'essere assai limitativo.

Romagna, 2016, 263 ss.; F. MACARIO, *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 1 ss.; M. MAGLIETTA, *Convivenze di fatto: gli spiacevoli effetti collaterali*, in *Guida dir.*, 2016, 25, 8 ss.; V. MAGLIONE - S. PASCASI, *Coppie di fatto: la legge «segue» i giudici*, in *Il Sole 24 ore*, Lunedì 9 Maggio 2016 - n. 126, 26; S. ROSSI, *La "legge Cirinnà" tra love rights e politica del diritto*, in *Studium iuris*, 2016, 979 ss.; M. SESTA, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, 1792 ss.; A. SPADAFORA, *I rapporti paraconiugali dinanzi alla legge*, in *Giur. it.*, 2016, 1808 ss.; F. MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 7 ss.; S. PATTI, *Le convivenze "di fatto" tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Famiglia*, 2017, 3 ss.

L'esperienza dimostra, infatti, che molte delle intese qui in discorso sono stipulate non già prima del matrimonio, bensì in costanza di esso, laddove ciò che caratterizza questi accordi non è tanto il momento in cui gli stessi sono conclusi rispetto al giorno del fatidico “sì”, bensì la loro natura *in contemplation of divorce*. Per giunta, alcune delle proposte di questi ultimi anni discriminano tra accordi prematrimoniali ed accordi successivi alla celebrazione delle nozze, vuoi rendendo (chissà mai perché) possibili solo i primi, vuoi imponendo (anche qui non si comprende bene per quale ragione) il rispetto di forme diverse<sup>7</sup>. Quanto sopra spiega dunque l'opzione per la formula “accordi preventivi sulla crisi coniugale”, laddove l'aggettivo “preventivi” chiaramente si riferisce ad un momento precedente rispetto alla crisi dell'unione e non necessariamente alla costituzione del rapporto di coniugio.

Quanto, poi, al richiamo alla “crisi coniugale”, anziché al divorzio, si è voluto qui rendere omaggio a quell'espressione («contratti della crisi coniugale») che - da chi scrive inventata in una piovosa giornata nizzarda dell'inverno 1998, quale titolo del lavoro che sarebbe stato pubblicato all'inizio dell'anno successivo - ha ormai preso piede in questi ultimi anni (anche nelle diligenti copie di taluni Autori: ma pure questo fenomeno è, in fondo, indice di successo!). E del resto è evidente che, almeno fino a quando la separazione legale conserverà, nella stragrande maggioranza dei casi, la sua caratteristica di *condicio sine qua non* per il divorzio, la maggior parte dei nodi che formano potenziale oggetto di un'intesa del genere di quelle in discorso continueranno a venire al pettine già in sede di separazione<sup>8</sup>.

D'altro canto, lo scrivente vorrebbe caratterizzare la propria proposta rispetto alle altre, proprio perché, piaccia o meno, dogmaticamente corretto o scorretto che sia, anche l'annullamento del matrimonio è uno dei modi con i quali si celebra e si risolve la crisi coniugale; inoltre, proprio in relazione all'annullamento,

la Cassazione ha, come noto, già affermato la piena validità di possibili intese preventive<sup>9</sup>. Di siffatto aspetto non sembra tener conto neppure la proposta più recente presentata al Parlamento, vale a dire il d.d.l. C/2669/XVII d'iniziativa dei deputati Morani e D'Alessandro, dal titolo “Modifiche al codice civile e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali”, datata 15 ottobre 2014, che pure costituisce, sul piano tecnico, un enorme passo in avanti rispetto al precedente progetto parlamentare pubblicato sullo stesso tema tre anni e mezzo prima<sup>10</sup>.

Si tenta dunque nella presente sede di fornire<sup>11</sup> una definizione degli accordi in discorso caratterizzandoli, appunto, per la *contemplation* della crisi coniugale, nelle sue varie forme, ma anche ancorandone l'oggetto alla predeterminazione, da un lato, delle “condizioni” della separazione, del divorzio e dell'annullamento del matrimonio e, dall'altro, dei “rapporti patrimoniali” da tali pronunzie dipendenti. In tal modo si è voluto attribuire rilievo, *in primis*, alle pattuizioni su profili di carattere eventualmente anche non patrimoniale (dalla decisione sulla conservazione del cognome del marito, alle intese sull'esercizio della responsabilità genitoriale, tanto per citare due esempi)<sup>12</sup>, secondo il significato usualmente attribuito al termine “condizioni della separazione” o “condizioni del divorzio”<sup>13</sup>.

Ciò spiega perché si è evitato nella specie l'utilizzo del termine “contratto”, sebbene il richiamo alle norme codicistiche della parte generale di siffatto istituto giuridico si imponga, sia per le pattuizioni su prestazioni di carattere patrimoniale (che al *genus* contrattuale sicuramente appartengono), sia per quelle non aventi natura patrimoniale, in base alla nota teoria sul negozio giuridico familiare<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Cfr., rispettivamente, il d.d.l. S/2629/XVI d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011 recante il titolo “Modifiche al codice civile e alla l. 1° dicembre 1970, n. 898, in materia di patti prematrimoniali” e la proposta dell'Ami, su cui cfr. G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 93 ss., 96 ss.

<sup>8</sup> Proprio per questa ragione lo scrivente è riuscito a far inserire il riferimento all'espressione e al concetto di *crise du mariage/marriage crisis*, anziché a quello di *divorce*, in seno ai lavori del gruppo Saturn della Cepej del Consiglio d'Europa, al fine di rendere comparabili tra di loro i dati sull'efficienza della giustizia in tale settore nei Paesi membri del Consiglio d'Europa: cfr. ad es. il meeting report di cui alla pagina web seguente: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1944035&Site=COE>, nonché il questionario disponibile alla pagina web seguente: [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/meetings/2012/13\\_2012\\_Saturn\\_questinaire\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/meetings/2012/13_2012_Saturn_questinaire_fr.asp).

<sup>9</sup> Cass., 13 gennaio 1993, n. 348, in *Corr. giur.*, 1993, 822, con nota di LOMBARDI; in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1670, con nota di CASOLA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 950, con note di CUBEDDU e di RIMINI; in *Vita not.*, 1994, 91, con nota di CURTI; in *Contratti*, 1993, 140, con nota di MORETTI.

<sup>10</sup> Si tratta del già citato d.d.l. S/2629/XVI d'iniziativa dei senatori Filippi, Garavaglia e Mazzatorta, comunicato alla Presidenza del Senato il 18 marzo 2011.

<sup>11</sup> Cfr. art. 162-bis c.c. nella proposta qui presentata: v. *infra*, § 12.

<sup>12</sup> Su questi temi si fa rinvio a G. OBERTO, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, in *Riv. not.*, 1999, 337 ss.

<sup>13</sup> G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 700 ss.

<sup>14</sup> I fondamenti della nota teoria di Francesco Santoro-Passarelli sono rinvenibili in F. SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, 3 ss. e in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 381 ss., su cui cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 103 ss., 116 ss. Sul tema v. inoltre A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 213 ss.; F. BOCCHINI, *Autonomia negoziale e regimi*

### 3. Segue. I profili di carattere patrimoniale. Il ruolo del giudice

Ineludibile appariva poi la necessità di trattare nella proposta qui in discussione, in un'ottica postconiugale, il tema delle intese attinenti al regime patrimoniale. Per questa ragione il riferimento ai «rapporti patrimoniali dipendenti dall'eventuale separazione personale, così come dall'eventuale annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio»<sup>15</sup> - già presente, per ciò che attiene alla separazione ed al divorzio, nella proposta avanzata nel 2011 dal Notariato - è parso il più idoneo a consentire alla *voluntas contrahentium* di eventualmente modellare il regime patrimoniale in modo da conformarlo alla necessità di soddisfare istanze solidaristiche per la sola ipotesi di cessazione dello stesso in situazioni diverse dalla crisi (morte, fallimento, convenzione matrimoniale, ecc.). Non vi è dubbio che una formulazione del genere (unita alla regola in tema di forma, di cui verrà detto tra poco) dovrebbe consentire, ad esempio, alle parti (all'uopo opportunamente informate dal notaio) di optare per una comunione, vuoi legale, vuoi convenzionale ("allargata" o "ristretta", a seconda dei casi e dei desideri dei coniugi) munita di una *clause alsacienne*, in forza della quale il regime comunitario è destinato a venir meno, con efficacia retroattiva, in caso di separazione, divorzio o annullamento del matrimonio<sup>16</sup>, persistendo, invece, per le altre ipotesi previste dall'art. 191 c.c.

42

*patrimoniali familiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 446 ss. (lo scritto è anche pubblicato in FUCILLO (a cura di), AA.VV., *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, Napoli, 2002, 93 ss.); G. AUTORINO STANZIONE, *Autonomia negoziale e rapporti coniugali*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 3 ss.; M. COSTANZA, *Rapporti patrimoniali e autonomia privata*, in FERRANDO (diretto da), AA.VV., *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato, II, Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 256 ss.; S. PATTI, *I rapporti patrimoniali tra coniugi. Modelli europei a confronto*, *ibidem*, 235 ss.; C. CRIACO, *Liberalità e rapporti patrimoniali tra coniugi*, Milano, 2008, 12 ss.; A. SPADAFORA, *Lo status coniugale e gli status paraconiugali tra legge e autonomia privata*, cit., 1092 ss.

<sup>15</sup> Cfr. art. 162-bis c.c., primo comma, su cui v. *infra*, § 12.

<sup>16</sup> Tramite tale *clause alsacienne*, invero, le coppie che optano in Francia per il regime di comunione universale possono stabilire che, in caso di scioglimento per divorzio, ognuno dei coniugi riprenderà gli apporti alla comunione (cfr. P. MALAURIE - L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 2007, 89, 325 ss.). Il risultato perseguito è sicuramente commendevole. Come rilevato dalla dottrina transalpina (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 bénéficiaire 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, pour des raisons historiques). Elle*

Alle parti sarà altresì consentito - conformemente a quanto avviene in praticamente tutti i sistemi nei quali la comunione, nelle sue varie epifanie, costituisce il regime legale<sup>17</sup> - optare per una comunione a quote diverse da quelle necessariamente *fifty-fifty*, oggi imposte dagli artt. 194 e 210 c.c., in modo tale da poter dar rilievo ad un'eventuale differenza tra gli apporti dell'una e dell'altra parte per gli acquisti operati dal *ménage* coniugale<sup>18</sup>.

*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»* (in generale sulla *clause alsacienne* v. anche i riferimenti in G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 386, nota 171; II, Milano, 2010, 1671, nota 198). La clausola viene da tempo ritenuta, dalla giurisprudenza, conforme al sistema del *Code Civil*: 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 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; in *JCP*, 1991, éd. N., II, 17, con nota di SIMLER. Ancora vent'anni dopo la validità della clausola è stata ribadita da Cass. Ière 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*» (P. 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. Ière 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*». Essa ha infine ricevuto un ulteriore 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*». Il successo che siffatto tipo di intesa ha ottenuto, unitamente all'introduzione della disposizione normativa testé citata, aprono 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 préféreraient organiser par anticipation une telle dissolution, plutôt que d'opérer un changement de régime, plus onéreux, durant leur mariage*» (A.S. BRUN-WAUTHIER, *Régimes matrimoniaux*, loc. ult. cit.).

<sup>17</sup> Cfr. G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 172 ss., 380 ss.; II, cit., 1652 ss., 2020, nota 40.

<sup>18</sup> Cfr. le proposte modifiche agli artt. 194 e 210 c.c., su cui v. *infra*, § 12.

43

Proprio tali aspetti evidenziano la possibile “concorrenzialità”, nella predisposizione dei relativi patti, tra la funzione dell’avvocato e quella del notaio.

Se è vero, infatti, che il profilo degli accordi sulle “condizioni” della separazione, del divorzio o dell’annullamento del matrimonio apparirebbe, almeno di primo acchito, ricadere *naturaliter* nella sfera di competenza dell’avvocato, è altrettanto innegabile che a ciò si potrebbe subito obiettare che la prospettiva antiprocessuale<sup>19</sup> propria degli accordi preventivi potrebbe non sempre adattarsi ad essere pienamente recepita da una categoria professionale eminentemente impegnata sul profilo contenzioso (ovvero su quello consensuale, in un momento che si pone, però, sempre «a valle» rispetto al matrimonio ed alla crisi coniugale). D’altro canto, la stesura di accordi che implicino la modifica del regime patrimoniale (ancorché nell’ottica della crisi coniugale) viene a dar vita a vere e proprie convenzioni matrimoniali, per la redazione delle quali è competente, come noto, il solo notaio.

Per queste ragioni, e per evitare il blocco di un processo evolutivo positivo, derivante da possibili veti incrociati delle due categorie professionali, sembra opportuno definire con precisione i limiti delle rispettive sfere di competenza, indicando nel notaio l’unico professionista legittimato a rogare accordi in vista della crisi coniugale contenenti modifiche alle norme in tema di regimi patrimoniali della famiglia, così come eventuali patti successori endofamiliari<sup>20</sup>. Gli altri accordi preventivi potranno invece essere, indifferentemente, vuoi rogati da notaio, vuoi stipulati con mera scrittura privata, autenticata però da un avvocato cassazionista, previa sottoposizione a quella ulteriore forma di garanzia che nel mondo anglosassone viene designata come *independent legal counsel*<sup>21</sup>.

Si è ritenuto invece di escludere l’applicabilità delle citate regole in materia di forma nel caso di accordi conclusi in sede di separazione personale in

vista del divorzio. La ragione di ciò risiede nel fatto che siffatte intese sono oggetto di omologazione, nel caso di separazione consensuale, o comunque vengono recepite dalla sentenza pronunciata su conclusioni conformi in caso di separazione «consensualizzata»: la peculiare situazione in cui questi accordi maturano appare dunque tale da sconsigliare il ricorso a forme più rigorose e ciò anche nel caso in cui le parti si fossero avvalse della (ad avviso di chi scrive, peraltro, criticabile) possibilità concessa da molti tribunali di presentare e discutere il ricorso per separazione consensuale senza l’assistenza di un difensore. Lo stesso vale per gli accordi di separazione consensuale raggiunti tramite procedura di negoziazione assistita da avvocati o di fronte ad ufficiale dello stato civile (artt. 6 e 12 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162). Anche qui, invero, le regole formali imposte dalla legge sembrano comunque garantire il pieno rispetto dell’integrità e della “ponderazione” del consenso prestato dalle parti.

Passando a trattare del ruolo del giudice, va detto che, a differenza di taluni progetti di legge, che investono l’autorità giurisdizionale di una funzione arcaicamente paternalistica, facendole carico di operare, praticamente, un’imprescindibile revisione dei *pacta*, per adattarli a criteri di supposta equità, oppure invocando una (impropria) “ratifica” delle intese, si è qui inteso scongiurare il risultato di fomentare la litigiosità delle parti, pervenendo a risultati diametralmente opposti rispetto a quelli che la negozialità endofamiliare dovrebbe perseguire. Tutto al contrario, si è scelta la via di attribuire al giudice la veste che gli è più pertinente, vale a dire quella del garante del principio secondo cui *pacta sunt servanda*. Il tribunale interverrà pertanto solo in assenza di accordi, laddove, in presenza di questi, la sua funzione sarà quella di dare atto della volontà delle parti, attribuendo all’intesa efficacia di titolo esecutivo. Sarà il caso di precisare che, sebbene in qualche situazione tale effetto potrebbe già appartenere all’atto (cfr. art. 474, nn. 2 e 3, c.p.c.), ciò potrebbe non valere per ogni tipo di accordo (si pensi ad un’intesa redatta per scrittura privata autenticata da avvocato, che preveda un’obbligazione diversa da quella descritta dall’art. 474, n. 2), c.p.c.), mentre potrebbero sorgere controversie sul verificarsi della condizione da cui la prestazione eventualmente dipende. La funzione di garanzia del giudice si esplica appieno nelle intese relative alla prole minorenni, in relazione alle quali si è prevista una procedura analoga a quella della omologazione di cui all’art. 158 cpv. c.c. o 4, sedicesimo comma, l. div.<sup>22</sup> La prescritta autorizzazione va richiesta peraltro solo dopo la celebrazione delle nozze, nel caso vi siano già

<sup>19</sup> Che, come noto, il Carnelutti ricollegava al *proprium* della funzione notarile: cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. not.*, 1951, 8.

<sup>20</sup> Cfr. art. 162-bis, undicesimo comma, c.c., come da proposta riportata *infra*, § 12.

<sup>21</sup> Su cui v., anche per i richiami alla dottrina dei sistemi di *common law*, G. OBERTO, *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 73, 88, 94. Tanto per portare un ulteriore esempio, questa volta tratto dall’esperienza di *civil law*, anche l’art. 231-20 del *Codi Civil de Catalunya* stabilisce, al secondo comma, che il notaio, prima di rogare il patto prematrimoniale, «*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*» (vale a dire l’informazione reciproca sui redditi e patrimoni dei contraenti).

<sup>22</sup> Sulla natura sostanzialmente omologatoria della “sentenza” di cui alla citata disposizione cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, II, Milano, 1999, 1338 ss.

figli, oppure a partire dalla nascita del primo figlio e va comunque nuovamente richiesta ad ogni eventuale successiva nascita di altri figli, atteso che l'evidente mutamento delle circostanze può diversamente modulare il giudizio di conformità delle intese all'interesse della prole.

Il meccanismo omologatorio qui *envisagé* appare di gran lunga preferibile alla via prescelta dal più recente d.d.l. presentato al Parlamento sul tema in oggetto, che affida il controllo al pubblico ministero<sup>23</sup>, attese le perplessità formali e sostanziali sollevate in merito all'analogia attività svolta dal procuratore della Repubblica in merito agli accordi di negoziazione assistita<sup>24</sup>.

#### 4. Il ruolo dell'autonomia negoziale nella conformazione degli accordi preventivi in vista della crisi coniugale

Quanto ai modi con i quali si può concretamente modellare l'assetto degli eventuali rapporti postmatrimoniali, viene lasciato, nella proposta dello scrivente, il più ampio spazio all'autonomia negoziale.

In questo contesto, la norma di cui al sesto comma dell'art. 162-*bis* c.c.<sup>25</sup> -

secondo cui «Le parti possono anche costituire su uno o più immobili o mobili iscritti in pubblici registri un vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 2645-*ter*, in favore dei coniugi stessi, o di uno solo di essi, così come dei figli, sia per la durata del rapporto matrimoniale, che dopo l'eventuale verificarsi della separazione personale, dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio» - potrebbe anche ritenersi superflua, se autorevole dottrina non avesse addirittura prospettato l'inapplicabilità dell'art. 2645-*ter* c.c. alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale potrebbe darsi vita solo ad un fondo patrimoniale<sup>26</sup>. In ogni caso non va trascurata la funzione "didattica", "premiale" e "incentivante" che l'adozione di una normativa *ad hoc* può assumere, nello stimolo agli operatori ad utilizzare strumenti che l'ordinamento già pone a disposizione dei soggetti in linea generale. Siffatto profilo è stato, del resto, colto anche dalla più recente proposta di legge presentata al Parlamento sul tema qui in esame<sup>27</sup>.

Lo stesso rilievo vale per quello che si 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 o dell'altro dei contraenti - può dispiegare sull'efficacia dell'assetto postmatrimoniale. Anche in questo caso è opportuno che le parti s'accordino, espressamente, attribuendo o negando rilievo a tale eventualità<sup>28</sup>. Proprio per tale ragione, nella versione qui proposta del settimo comma dell'art. 162-*bis* c.c., si prevede che le parti possano «predeterminare, oltre all'ammontare e all'oggetto delle eventuali prestazioni da corrispondere a seguito della separazione personale o dell'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche le condizioni delle predette prestazioni, ivi compresa l'eventuale cessazione di quelle periodiche o, al

<sup>23</sup> Cfr. art. 162-*bis*, secondo comma, come proposto dal d.d.l. C/2669/XVII, secondo cui «Gli accordi prematrimoniali riguardanti i figli minori o economicamente non autosufficienti devono essere autorizzati dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, ai sensi dell'articolo 6, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. Qualora il procuratore della Repubblica ritenga che l'accordo non risponda all'interesse dei figli, ne indica i motivi e invita le parti a un'eventuale riformulazione. Qualora non ritenga autorizzabile neppure la versione eventualmente riformulata, nega definitivamente l'autorizzazione».

<sup>24</sup> Sul tema v. per tutti M. RUVOLO, *Negoziazione assistita in materia familiare*, in [http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwju\\_ZWCzu3XAhWSC-wKHc1EDSgQFgguMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.scuolamagistratura.it%2Fcomponent%2Fphocadownload%2Fcategory%2F497-formazione-permanente-p16035.html%3Fdownload%3D9696%3AP16035\\_Ruvolo\\_%2520negoziazione%2520assistita&usq=AOvVaw17I2jsGGWjBCL34cv-vUXC](http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwju_ZWCzu3XAhWSC-wKHc1EDSgQFgguMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.scuolamagistratura.it%2Fcomponent%2Fphocadownload%2Fcategory%2F497-formazione-permanente-p16035.html%3Fdownload%3D9696%3AP16035_Ruvolo_%2520negoziazione%2520assistita&usq=AOvVaw17I2jsGGWjBCL34cv-vUXC); V. AMENDOLAGINE, *Processo civile: le novità del decreto degiurisdizionalizzazione*, Milano, 2014, 99 ss.; F. DANОВI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e dir.*, 2014, 1143 ss.; ID., *Il M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del tribunale*, ivi, 2017, 69 ss.; J. POLINARI, *La negoziazione assistita*, in PUNZI (a cura di), AA.VV., *Il processo civile. Sistema e problematica. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 435 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Foro it.*, 2015, c. 22 ss.; A. TRINCHI, *La negoziazione assistita nei procedimenti di famiglia*, in *Studium iuris*, 2016, 135 ss.

<sup>25</sup> V. *infra*, § 12.

<sup>26</sup> Il dubbio è sollevato da G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 321 ss. *contra* G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell'intreccio dei rapporti familiari*, in CALVO - CIATTI (a cura di), AA.VV., *Le destinazioni patrimoniali*, in GABRIELLI - RESCIGNO (a cura di), *Trattato dei contratti*, Torino, 2014, 236 ss.

<sup>27</sup> Cfr. art. 162-*bis*, terzo comma, c.c., nella proposta di cui al d.d.l. C/2669/XVII: «Negli accordi prematrimoniali un coniuge può attribuire all'altro una somma di denaro periodica o una somma di denaro *una tantum* ovvero un diritto reale su uno o più immobili, anche con il vincolo di destinare, ai sensi dell'articolo 2645-*ter*, i proventi al mantenimento dell'altro coniuge o al mantenimento dei figli fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica degli stessi».

<sup>28</sup> Ovviamente le clausole dovranno tenere conto del necessario rispetto dei principi d'ordine pubblico: così, ad esempio, non sarebbe valido l'impegno a non iniziare una convivenza *more uxorio*: il tema è sviluppato in G. OBERTO, *Del «Galateo postmatrimoniale»: ovvero gli accordi sui comportamenti e sul cognome maritale tra separati e divorziati*, cit., 337 ss.



contrario, la persistente debenza delle stesse a seguito dell'instaurazione di una convivenza *more uxorio* da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti».

A differenza di quanto verrà detto in relazione agli alimenti tra ex conviventi di fatto<sup>29</sup>, si è voluta ribadire per i coniugi la relativa irrinunciabilità, stabilendosi che le pattuizioni in esame<sup>30</sup> «possono anche contenere la rinunzia, totale o parziale, di una delle parti al mantenimento da parte dell'altra, così come alle prestazioni patrimoniali previste dagli articoli 129 e 129-bis o all'assegno previsto dalle disposizioni in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, salvo il diritto dei coniugi agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti». Quanto sopra, evidentemente, in omaggio alla regola secondo cui il vincolo matrimoniale fonda un dovere di solidarietà destinato necessariamente a durare sin tanto che il vincolo personale perdura.

L'ottavo comma dell'art. 162-bis c.c., nella proposta elaborata dallo scrivente, configura un vero e proprio *trust* all'italiana a tutela di uno dei (rari) casi in cui l'importazione dell'istituto anglosassone ha veramente un senso ed una sua causa meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico, vale a dire la cura o il sostegno di figli disabili<sup>31</sup>.

La materia dei trasferimenti e della costituzione di diritti è trattata sia dal citato comma ottavo (trasferimento in favore di un fiduciario ed eventuale ritrasferimento in capo al conferente o in capo a terzi beneficiari finali, quali gli stessi figli), sia dal quinto comma dello stesso art. 162-bis c.c., nella versione qui proposta dallo scrivente, che contempla la possibilità per le parti di regolare i rapporti postmatrimoniali reciproci (nonché quelli relativi alla prole: ma pure in questo caso è evidente la necessità di una autorizzazione diretta a riscontrare nella specie la rispondenza agli interessi dei figli minori) anche a mezzo dei citati atti traslativi<sup>32</sup>. Come è oggi già consentito in sede di contratti della crisi coniugale, il trasferimento o la costituzione potranno avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla

<sup>29</sup> Su cui v. *infra*, § 11.

<sup>30</sup> Cfr. l'inciso finale del settimo comma dell'art. 162-bis c.c., sui cui v. *infra*, § 12.

<sup>31</sup> Cfr. ad es. la già citata proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino; cfr. inoltre l'art. 162-bis, ottavo comma, c.c., su cui v. *infra*, § 12. Secondo tale possibile disposizione, «8. Un coniuge può anche trasferire, o impegnarsi a trasferire, all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli disabili per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità». Conforme a tale indicazione appare anche il sesto comma dell'art. 162-bis c.c. nella versione proposta dal d.d.l. C/2669/XVII.

<sup>32</sup> V. *infra*, § 12.

condizione sospensiva della crisi coniugale. Si è ritenuto di dover precisare che, nel primo caso, gli impegni ad operare il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali sono assistiti, in caso di inadempimento, dal rimedio di cui all'art. 2932 c.c.

Non si è ritenuto opportuno, invece, porre limitazioni quantitative ai trasferimenti in discorso, secondo quanto previsto, invece, dal citato d.d.l. C/2669/XVII, che intenderebbe contenere entro la «metà del proprio patrimonio» siffatte attribuzioni<sup>33</sup>. Una previsione del genere, invero, contrasterebbe con la piena libertà di liberalità *inter coniuges*, sancita nel nostro ordinamento a partire dalla nota decisione della Consulta del 1973<sup>34</sup>; eventuali violazioni delle quote ereditarie indisponibili pertocanti ad altri familiari dovrebbero trovare rimedio, se del caso, nelle disposizioni in materia di tutela della legittima.

L'eventuale funzione traslativa delle intese in discorso deve poi anche trovare un riscontro nelle disposizioni in tema di pubblicità. Così, mentre si chiarisce nella proposta qui avanzata, a scanso di equivoci, che anche la scrittura privata autenticata da avvocato, ex art. 162-bis c.c., è titolo idoneo alla trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c., il nuovo art. 2647-bis c.c. si occupa di fornire di adeguata pubblicità dichiarativa tali accordi, mentre all'art. 2653 c.c. viene aggiunto un n. 6), che consente la trascrizione delle domande giudiziali dirette all'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'articolo 162-bis, qualora abbiano ad oggetto l'impegno ad effettuare il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale per effetto delle citate convenzioni. La pubblicità delle domande di mero accertamento di effetti reali legati al verificarsi di eventi della crisi coniugale pare invece già «coperta» dal n. 1) del citato articolo.

La pubblicità per annotazione sull'atto di matrimonio sarà poi richiesta per le

<sup>33</sup> Cfr. art. 162-bis, comma 4, c.c.

<sup>34</sup> Cfr. Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91. Come rilevato in dottrina «L'abrogazione del divieto è ricca di implicazioni perché rende 'automaticamente' legittima ogni attività negoziale tra coniugi. Anzi, proprio perché l'attività negoziale tra coniugi si presume fondata sugli affetti familiari, essa viene ora in qualche misura agevolata e protetta. Il 'mutuo amore' o la riconoscenza o, comunque, l'affetto (in sintesi: le situazioni esistenziali) se nel diritto romano doveva soggiacere alle 'istanze' patrimoniali, ora invece diviene la privilegiata ragione giustificatrice degli atti di attribuzione patrimoniale; e ciò dipende dalla funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali nella famiglia ad assicurare una misura di eguaglianza sostanziale tra i coniugi e di tutela della persona» (così G. DORIA, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 182 ss. Prima ancora cfr. R. SACCO, *Regime patrimoniale e convenzioni*, in CARRARO - OPPO - TRABUCCHI (a cura di), *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, I, 1, Padova, 1977, 334).

convenzioni che operano la modifica del regime patrimoniale, come disposto dal secondo comma dell'art. 162-bis c.c.<sup>35</sup>

Il problema dell'adeguamento dei patti al mutamento delle circostanze è stato risolto in senso favorevole al mantenimento di un notevole grado di "certezza" dei rapporti, mercé l'espressa esclusione dell'operatività della clausola *rebus sic stantibus* (che la volontà delle parti potrà invece sicuramente introdurre, dandosi peraltro carico di specificare con sufficiente precisione quali circostanze determineranno il mutamento, e in quale misura, degli impegni assunti). Viene invece espressamente richiamato dal dodicesimo comma dell'art. 162-bis c.c. della citata proposta legislativa dello scrivente il generale rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. D'altro canto si è anche chiarito che le parti, al fine di attribuire all'intesa il massimo livello di certezza ipotizzabile, potranno escludere anche la possibilità di fare ricorso al citato rimedio, avvalendosi della facoltà in linea generale concessa dall'art. 1469 c.c.<sup>36</sup>

### 5. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. L'insegnamento ricavabile dal raffronto tra le due categorie

50

Una proposta di legge che si limitasse a disciplinare i profili sopra esaminati, in relazione al solo profilo dei vincoli fondati sul matrimonio (o sull'unione civile) non coglierebbe però il complesso delle relazioni giusfamiliari del terzo millennio. Imprescindibile appare infatti, oggi, l'instaurazione di un "dialogo" con l'esperienza maturata nello studio delle questioni legate ai contratti di convivenza. Ed infatti, che tra le due categorie 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

<sup>35</sup> V. *infra*, § 12.

<sup>36</sup> Cfr. il proposto art. 162-bis, dodicesimo comma, c.c., su cui v. *infra*, § 12, secondo il quale «Salvo patto contrario, le convenzioni di cui al presente articolo non sono passibili di modificazione o revisione ai sensi degli articoli 710 c.p.c. e 9, legge 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modifiche. Alle convenzioni di cui al presente articolo trova applicazione l'articolo 1467 c.c. Resta ferma la possibilità di attribuire alla convenzione la natura di contratto aleatorio ai sensi dell'articolo 1469 c.c.».

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<sup>37</sup>. Si è, invero, constatato 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*»<sup>38</sup>.

In luoghi e tempi più vicini a noi, invece, va rilevato come, la legislazione catalana, dopo 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<sup>39</sup>, sia passata ad ammettere, nel relativo *Codi de familia* (art. 15), del medesimo 1998, che pure nei *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*»<sup>40</sup>, per

51

<sup>37</sup> Su cui v. per tutti M. PANFORTI, *Gli accordi patrimoniali fra autonomia dispositiva e disuguaglianza sostanziale. Riflessioni sul Family Law Amendment Act 2000 Australiano*, in *Famiglia*, 2002, 153 ss.

<sup>38</sup> 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: [http://www.aph.gov.au/Parliamentary\\_Business/Bills\\_Legislation/bd/Bd9900/2000bd088](http://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/Bd9900/2000bd088).

<sup>39</sup> 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. G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, in *Contr. impr. EU*, 2004, 70.

<sup>40</sup> V. inoltre l'art. 3 della legge aragonese n. 2 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. M. MARTÍN CASALS E J. RIBOT, *Neue Entwicklungen im Bereich des Familienrechts in Spanien*, in *FamRZ*, 2004, 1436. Sul tema v. anche J. FERRER I RIBA, *Familienrechtliche Verträge in den spanischen Rechtsordnungen*, in HOFER - SCHWAB -

poi pervenire ad un'articolata definizione di siffatto tipo di intese nel *Codi Civil de Catalunya* del 2008<sup>41</sup>.

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*» (cfr. artt. 234-1 - 234-14 del *Codi Civil de Catalunya*), con espresso rinvio, in questo caso, alla dettagliata normativa degli accordi prematrimoniali all'uopo predisposta dal codice.

## 6. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Ricognizione dei possibili punti di contatto, anche alla luce della l. n. 76 del 2016

52

Ulteriore conferma dei punti di contatto tra le due categorie di accordi risiede in alcuni di quelli che possono costituire gli elementi qualificanti degli stessi. Il

HENRICH (a cura di), AA.VV., *From Status to Contract? - Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht*, Bielefeld, 2005, 271 ss.

<sup>41</sup> 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 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».*

culture 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. Si pensi, ad esempio, alla questione della sorte delle attribuzioni patrimoniali “a senso unico” eseguite in costanza di rapporto affettivo 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<sup>42</sup>. Orbene, il suggerimento<sup>43</sup> 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 non solo con riguardo alle intese tra conviventi, bensì anche a quelle *inter (futuros) coniuges*. 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 abbiamo dato conto in altra sede<sup>44</sup>, 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 del “beneficiario finale” dell'operazione.

È 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

53

<sup>42</sup> 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. G. OBERTO, *Il regime di separazione dei beni tra coniugi. Artt. 215-219*, in SCHLESINGER (fondato e già diretto da) e BUSNELLI (continuato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2005, 347 ss.; ID., *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012, 59 ss.

<sup>43</sup> Su cui v. già G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 280 ss.

<sup>44</sup> Cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 78 ss.

asserisce, non potrebbe infatti «essere semplicemente determinabile mediante la relatio ad un precedente negozio normativo»<sup>45</sup>.

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<sup>46</sup>. 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<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. in particolare F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 537 ss.

<sup>46</sup> Sul tema cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 161 ss.

<sup>47</sup> 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. CNN, *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, 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 restituirsì 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

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<sup>48</sup> non possono, per definizione, differire, una volta operata la piena equiparazione tra tutte le “antiche” categorie di figli<sup>49</sup>.

Ulteriori esempi sono ricavabili da alcuni peculiari profili di carattere patrimoniale: dalla predeterminazione del contributo del *partner* ad un'eventuale impresa familiare<sup>50</sup>, che ben potrebbe servire di modello ad un'analoga pattuizione programmatica tra futuri coniugi (con l'attribuzione in via preventiva di eventuali diritti in caso di cessazione del rapporto collaborativo e/o coniugale), alla creazione di un vincolo di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* a favore della famiglia di fatto, con l'inserimento della clausola che ne preveda l'automatica trasformazione in fondo patrimoniale nel caso di celebrazione delle nozze tra i due conviventi<sup>51</sup>.

Sempre con riguardo a tale ultima norma potrà notarsi come questa si presti a costituire un vero e proprio “ponte” tra i due tipi di famiglia, ben potendo adattarsi a realizzare interessi meritevoli di tutela in relazione ad entrambe le formazioni sociali in discorso, una volta superata la tesi, pure autorevolmente prospettata, che predica l'inapplicabilità dell'art. 2645-ter c.c. alla famiglia fondata sul matrimonio, in seno alla quale potrebbe darsi vita solo ad un fondo patrimoniale<sup>52</sup>. Per questa ragione, tanto alcuni progetti di legge sugli accordi

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».

<sup>48</sup> Regole sostanziali; per quelle processuali si fa rinvio quanto osservato in altra sede: cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 114 ss.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Su cui v. le clausole proposte in CNN, *Guida operativa in tema di convivenza*, 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-ter c.c.

<sup>51</sup> Cfr. CNN, *Guida operativa in tema di convivenza*, cit., 71; sul tema v. anche G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 137.

<sup>52</sup> V. *supra*, § 4.

prematrimoniali<sup>53</sup>, quanto taluni formulari ufficiali di contratti di convivenza<sup>54</sup>, vi fanno esplicito richiamo. Inutile dire, quanto alla soluzione normativa, che la possibile obiezione fondata sulla superfluità del rinvio alla disposizione sui vincoli di destinazione appare superabile sulla base della considerazione della già ricordata funzione “didattica”, “premiale” e “incentivante” che l’adozione nello specifico settore giusfamiliare di una normativa *ad hoc* può assumere, nello stimolo agli operatori ad utilizzare strumenti che l’ordinamento già pone a disposizione dei soggetti in linea generale. E ciò, naturalmente, sia tra coniugi (o tra uniti civilmente) che tra conviventi di fatto.

Purtroppo, l’adozione di una disciplina positiva per i contratti di convivenza ha costituito un’occasione mancata in tal senso, attesa l’assoluta modestia della soluzione concretamente prescelta dal riformatore del 2016<sup>55</sup>, 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 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.

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 rinvergono tracce in alcune proposte di legge sui patti prematrimoniali<sup>56</sup>, ma che ben s’adatterebbe a soddisfare analoghe esigenze della famiglia di fatto. Uno specifico intervento normativo consentirebbe, tra

l’altro, di superare le persistenti obiezioni (per molti profili largamente fondate) circa l’ammissibilità *de iure condito* di un *trust* interno, di cui si è dato conto in altra sede<sup>57</sup>.

## 7. Segue. Le clausole sulla rottura del rapporto (matrimoniale o di convivenza)

Naturalmente, anche la possibilità di dedurre in condizione l’eventuale rottura del rapporto - tanto coniugale, che paraconiugale in relazione alla ripetizione di attribuzioni patrimoniali pregresse, *ad instar* di quanto effettuato dalla coppia di fidanzati cui si riferisce una nota decisione di legittimità emanata alla fine del 2012, si pone alla stregua di una soluzione aperta tanto ai coniugi, come ai conviventi, come a futuri tali<sup>58</sup>. Salvi gli approfondimenti che verranno presentati tra breve in relazione alle intese tra conviventi<sup>59</sup>, sarà dunque immaginabile, quanto meno in linea di principio, legare la restituzione di un determinato importo mutuato (magari, come avvenuto nel caso testé citato, mercé un’ipotizzata *datio in solutum*) al “fallimento” (sempre per utilizzare la terminologia di quella concreta coppia) del rapporto già in atto, o che sta per costituirsi tra i due<sup>60</sup>. E qui, ancora una volta, a prescindere dal fatto che siffatto legame affettivo sia stato o debba essere suggellato dal vincolo matrimoniale. Sempre in relazione alla preventiva determinazione delle conseguenze della rottura del rapporto un altro evidente punto di convergenza è costituito dalla possibile previsione di trasferimenti e di costituzione di diritti a tacitazione di eventuali pretese postmatrimoniali, analogamente a quanto già ampiamente consentito dalla giurisprudenza in tema di contratti della crisi coniugale<sup>61</sup>. Il

<sup>53</sup> Cfr. ad es. la proposta sui patti prematrimoniali elaborata dal Notariato e presentata nel 2011 al Congresso Nazionale del Notariato di Torino, già consultabile al sito web seguente: [http://www.notariato.it/export/sites/default/en/highlights/news/archive/pdf-news/Le\\_proposte\\_del\\_notariato\\_011.pdf](http://www.notariato.it/export/sites/default/en/highlights/news/archive/pdf-news/Le_proposte_del_notariato_011.pdf), ora disponibile nella pubblicazione CNN, *Nuove regole tra affetti ed economica. Le proposte del Notariato. Accordi pre-matrimoniali, Convivenze, Successioni*, Roma, 2011.

<sup>54</sup> Cfr. CNN, *Guida operativa in tema di convivenza*, cit., 66 ss.

<sup>55</sup> Sul punto v., anche per i necessari richiami, G. OBERTO, *I contratti di convivenza, Commento all’art. 1, commi 50-63, legge 20 maggio 2016, n. 76*, in SESTA (a cura di), AA.VV., *Codice della famiglia*, cit., 1329 ss.; cfr. inoltre ID., *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, M. BLASI - R. CAMPIONE - A. FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., 59 ss.; ID., *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 943 ss.

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>57</sup> Cfr. G. OBERTO, *Le destinazioni patrimoniali nell’intreccio dei rapporti familiari*, cit., 147 ss.

<sup>58</sup> Cfr. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 323, con nota di OBERTO.

<sup>59</sup> V. *infra*, § 10.

<sup>60</sup> V., in relazione al caso specifico del mutuo tra futuri coniugi, Cass., 21 agosto 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».

<sup>61</sup> Cfr. per tutti G. OBERTO, *Gli accordi patrimoniali tra coniugi in sede di separazione o divorzio tra contratto e giurisdizione: il caso delle intese traslative*, dal 4 marzo 2009 disponibile al seguente indirizzo web: [http://www.giacomooberto.com/trasferimenti/taormina2009/relazione\\_oberto\\_taormina.htm](http://www.giacomooberto.com/trasferimenti/taormina2009/relazione_oberto_taormina.htm).

trasferimento o la costituzione potranno dunque avere nel contratto preventivo la struttura del mero impegno a trasferire (o a costituire), così come la struttura della traslazione o costituzione con efficacia reale, sottoposta alla condizione sospensiva della crisi coniugale.

Siffatto tipo di accordi potrebbe stipularsi tra conviventi (o ex tali), sia in via preventiva, che a chiusura di un rapporto pregresso. Inutile dire che di estrema importanza sarebbe non solo il ripristino, bensì l'estensione, tanto alle intese prematrimoniali, così come a quelle relative alla famiglia di fatto, del contenuto dell'art. 19 della legge n. 74 del 1987; disposizione che, come noto, ha cessato di esistere il 31 dicembre 2013<sup>62</sup>, pur se inopinatamente "resuscitata" da una quanto meno "rocambolesca" circolare ministeriale<sup>63</sup>.

È peraltro universalmente riconosciuto il contributo che la regola in esame ha dato per un quarto di secolo alla consensualizzazione delle crisi coniugali e,

<sup>62</sup> Cfr. art. 10, quarto comma, d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23, così come modificato dal d.lgs. 12 settembre 2013, n. 104, in vigore dal 1° gennaio 2014, il quale prevede che, con l'entrata in vigore delle nuove modalità di tassazione dei trasferimenti immobiliari, siano «soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali».

<sup>63</sup> Ed invero, la norma citata nel testo, sostanzialmente abrogata a partire dal 1° gennaio 2014, è stata inopinatamente «resuscitata» da una sorprendente lettura (tanto benevola per il contribuente e - sia chiaro! - sacrosanta sotto il profilo dell'opportunità, quanto radicalmente infondata sul piano tecnico-giuridico) fornita dalla circolare dell'Agenzia delle entrate n. 2/E del 21 febbraio 2014, non per nulla del tutto carente *in parte qua* della benché minima motivazione. Si riporta qui la porzione rilevante del citato provvedimento amministrativo: «9.2 Procedimenti in materia di separazione e divorzio. L'articolo 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74, dispone che "tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti relativi al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli artt. 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa". Come chiarito con la circolare 21 giugno 2012, n. 27, tali disposizioni di favore si riferiscono a tutti gli atti, documenti e provvedimenti che i coniugi pongono in essere nell'intento di regolare i rapporti giuridici ed economici 'relativi' al procedimento di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso. Qualora nell'ambito di tali procedimenti, vengano posti in essere degli atti di trasferimento immobiliare, continuano ad applicarsi, anche successivamente al 1° gennaio 2014, le agevolazioni di cui alla citata legge n. 74 del 1987. L'articolo 10, comma 4, del decreto non esplica effetti con riferimento a tali disposizioni agevolative che assicurano l'operatività dell'istituto in argomento». Inutile ricordare che, in realtà, l'art. 10, comma 4, del d.lgs. n. 23/2011 dispone testualmente che «in relazione agli atti di cui ai commi 1 e 2 sono soppresse tutte le esenzioni e le agevolazioni tributarie, anche se previste in leggi speciali». Ora, "leggi speciali" non erano certo solo quelle che prevedevano esenzioni e agevolazioni esclusivamente in relazione agli atti ivi descritti (trasferimenti immobiliari), bensì tutte quelle che comportavano tali effetti in relazione quegli atti (i trasferimenti immobiliari, appunto), vuoi "isolatamente", vuoi nel contesto di esenzioni più ampie e diverse: proprio come previsto dall'art. 19 cit., la cui "specialità" era costituita non già dal fatto di concernere solo (tanto che siffatto

in definitiva, alla positiva soluzione di almeno una parte del folto ed intricato contenzioso familiare.

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, ecc.) 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<sup>64</sup>.

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 minorenni, a condizione che le stesse non si pongano in contrasto con l'interesse di quest'ultima) siano pienamente disponibili *inter partes*<sup>65</sup>.

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.

avverbio, lo si ripete, nel citato art. 10 non compare!) la materia dei trasferimenti, bensì dalla circostanza di attenersi ad una « materia speciale », quale il diritto tributario della crisi coniugale (e, dunque, inevitabilmente, anche il diritto tributario dei trasferimenti immobiliari in sede di crisi coniugale), rispetto alla "materia generale" costituita dal riordino della normativa fiscale sui trasferimenti immobiliari nel suo sconfinato complesso.

<sup>64</sup> 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*, cit., 337 ss.

<sup>65</sup> Il tema è sviluppato in OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, cit., 379 ss.; ID., *Sulla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio: tra autonomia privata e intervento giudiziale*, in *Fam. e dir.*, 2003, 389 ss., 495 ss.

## 8. Contratti di convivenza e contratti prematrimoniali. Analisi di alcune tra le più rilevanti divergenze

La presenza dei sopra evidenziati punti di contatto tra le due categorie di intese non deve però indurre a trascurare la sussistenza di molteplici e sostanziali differenze, sia nell'attuale contesto normativo italiano, che, in prospettiva, *de jure condendo*.

Ed invero, in un contesto quale quello che ha caratterizzato il nostro Paese sino all'approvazione della l. n. 76 del 2016, nella totale assenza di una disciplina organica del fenomeno della convivenza *more uxorio*, con particolare riguardo ai rapporti personali e patrimoniali tra i membri dell'unione di fatto, il contratto di convivenza (o, almeno, la rappresentazione che dello stesso si poteva avere nei relativi studi) tendeva ad assumere quella valenza di "carta costituzionale" della vita di una certa coppia, che, in campo matrimoniale, è svolta (per molti profili, tra l'altro, inderogabilmente) dagli artt. 143 ss. c.c. In una situazione del genere, all'accordo prematrimoniale - stretto, da un lato dalla disciplina codicistica dei diritti e dei doveri derivanti dal matrimonio e, dall'altro, dalle regole in tema di convenzioni matrimoniali e regimi patrimoniali della famiglia legittima - non rimane che limitarsi a disciplinare i soli aspetti collegati alle prestazioni patrimoniali divorzili: dall'assegno di divorzio, ad eventuali prestazioni pecuniarie *una tantum*, a trasferimenti immobiliari o mobiliari, alla restituzione di mutui erogati prima delle nozze o durante il rapporto coniugale, ecc.

In ordinamenti nei quali, invece, la convivenza è inquadrata nell'ambito di regole para-matrimoniali, le due categorie negoziali qui in discorso (accordi prematrimoniali e contratti di convivenza) possono presentarsi come entità quasi fungibili<sup>66</sup>. Tanto più che in molti di tali sistemi (si pensi ad esempio, a quelli di *common law*), la distinzione tra profili attinenti a quello che noi definiamo come «regime patrimoniale» (vale a dire ai principi che attengono allo "statuto" dei beni acquistati e, più in generale, dei rapporti giuridici costituiti in costanza di matrimonio o di libera unione), da un lato, regole sull'attuazione dell'indirizzo

<sup>66</sup> Cfr., a mero titolo d'esempio, A. PARKMAN, *The Contractual Alternative to Marriage*, in *Northern Kentucky Law Review*, 32 (2005), 125 ss.; v. inoltre A. CLEMENS - J. JAFFE, *Drafting and Litigating Prenuptial, Cohabitation, and Marital Settlement Agreements: Program Material*, Oakland (Ca), 1981, *passim*; B. FEHLBERG - B. SMYTH, *Binding Pre-Nuptial Agreements in Australia: The First Year*, in *Int. Journal of Law, Policy and the Family*, 16 (2002), 127 ss.; A. MACKAY, *Who Gets a Better Deal? Women and Prenuptial Agreements in Australia and the USA*, in *University of Western Sydney Law Review*, 7 (2003), 109 ss.

concordato, accordi sulla contribuzione, sulla prole, sulle eventuali prestazioni dovute in caso di rottura, ecc., dall'altro, risulta assai più sfumata rispetto a quanto avviene da noi<sup>67</sup>.

La scelta concretamente operata dal Parlamento italiano nel 2016 sul versante della convivenza di fatto appare ancora diversa, laddove il nostro legislatore ha deciso (non si comprende sino a che punto consapevolmente) di astenersi dall'intervenire su quelli che sono da sempre i temi più scottanti nel contesto dei rapporti patrimoniali tra conviventi: dalla questione delle obbligazioni naturali, al quesito circa l'ammissibilità di un'azione di arricchimento al momento della cessazione del rapporto, a possibili azioni risarcitorie conseguenti alla rottura del legame, alla (dibattutissima, specie in sede giudiziale) sorte delle attribuzioni patrimoniali "a senso unico" intervenute nel corso del *ménage* di fatto. Ciò comporta che, anche alla luce della già ricordata povertà delle indicazioni fornite dal comma 53 dell'articolo unico della legge citata in tema di contenuto del contratto di convivenza, molto, per non dire quasi tutto, sia lasciato alla determinazione (e alla fantasia!) degli operatori.

Un'ulteriore differenza, sempre strettamente legata allo stato della legislazione attuale italiana, attiene poi a quello che potremmo definire come il "livello" di necessità di un intervento da parte del legislatore.

<sup>67</sup> Evidente è la commistione dei due profili, ad esempio, nelle argomentazioni di *Radmacher v Granatino*, [2009] EWCA Civ 649, disponibile anche alla seguente pagina web: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed36874>, su cui v. pure OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, I, cit., 174 ss., 204 ss., 214, nota 709. Con tale decisione, nel 2009, la *Court of Appeals* ha letteralmente demolito il precedente indirizzo contrario al riconoscimento anche nel Regno Unito degli *ante-nuptial contracts*. Qui, partendo dalla considerazione per cui «*the civil law jurisdictions of Europe generally employ notarised marital property regimes to regulate both the property consequences of marriage and divorce, the common law jurisdictions attach no property consequences to marriage and rely on a very wide judicial discretion to fix the property consequences of divorce*», Lord Thorpe punta tutto sul "doppio argomento" (*à la fois* comparatistico e internazionalistico) per cui la coppia in oggetto era formata da un cittadino francese e da una cittadina tedesca e che, ove la questione della validità dell'accordo prematrimoniale (stipulato in Germania ed in forza del quale il marito non avrebbe potuto vantare alcuna pretesa d'ordine patrimoniale in caso di divorzio) fosse stata affrontata da un giudice tedesco o da uno francese, essa sarebbe stata sicuramente risolta in modo positivo. In motivazione è dato leggere, tra l'altro, che non tenere conto del fatto che la moglie era tedesca e che il *pre-nuptial agreement* era stato stipulato in Germania, con l'assistenza di un legale tedesco e che colà - così come in Francia - l'intesa sarebbe stata ritenuta valida, «*would be both unfair and unjust*», atteso che tali «*foreign elements*» andavano considerati «*relevant*», in quanto costituenti «*essential features*». E più oltre si legge che «*The parties entered into their agreement with the help and advice of a German lawyer, under German law, making an agreement which was familiar to the civil law under which both parties and their families had grown up in Germany and France*».

La questione non si pone ormai più per i contratti di convivenza, alla luce della riforma del 2016 più volte citata. Eppure (ferma restando la tesi da decenni sostenuta dallo scrivente, sull'ammissibilità tanto di accordi prematrimoniali, che di contratti di convivenza, a prescindere dalla presenza di un intervento *ad hoc* del legislatore), la novella irrompe sul versante certamente meno bisognoso di una precisa sanzione a livello di diritto positivo, posto che ben pochi in dottrina (e nessuno in giurisprudenza) dubitava della possibilità di disciplinare per contratto i profili patrimoniali della convivenza al di fuori del matrimonio. Ben diverso è il discorso per gli accordi prematrimoniali *in contemplation of divorce*. Qui, come noto, è la possibilità stessa di pattuire in anticipo le conseguenze di un mutamento di *status*, quale quello determinato dallo scioglimento del vincolo matrimoniale<sup>68</sup>, ad essere messa in dubbio, a cominciare da una giurisprudenza consolidata, ancorché tutt'altro che monolitica, per non parlare poi di alcune consistenti "sacche di resistenza" in dottrina.

<sup>68</sup> O dal suo semplice "allentamento" rappresentato dalla separazione personale, ancorché, assai curiosamente, gli scudi pur fieramente levati per il caso di divorzio qui vengano piuttosto abbassati ... Ed invero, la stessa Cassazione ha in non poche occasioni riconosciuto la validità - per esempio - di un impegno con cui uno dei coniugi, in vista di una futura separazione consensuale (e dunque non nel contesto di quest'ultima), prometteva di trasferire all'altro la proprietà di un bene immobile «anche se tale sistemazione patrimoniale avviene al di fuori di qualsiasi controllo da parte del giudice... purché tale attribuzione non sia lesiva delle norme relative al mantenimento e agli alimenti» (Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, 922). Ancora, potrà citarsi il caso in cui si è ammessa 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 (Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. e dir.*, 1994, 660, con nota di CEI; in *Vita not.*, 1994, 1358; in *Giust. civ.*, 1995, I, 202; in *Dir. fam. e pers.*, 1995, 105; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 882, con nota di BUZZELLI; in *Riv. not.*, 1995, II, 953). Irrilevanti appaiono le obiezioni sollevate in proposito (cfr. E. QUADRI, *Autonomia dei coniugi e intervento giudiziale nella disciplina della crisi familiare*, in *Famiglia*, 2005, 12) evidenziando l'ovvia differenza tra separazione e divorzio, rappresentata dalla perdurante esistenza del vincolo matrimoniale nella prima ipotesi, che si caratterizzerebbe così per il suo carattere 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, non si riesce a comprendere per quale ragione le obiezioni sollevate contro tali accordi in contemplation of divorce non dovrebbero poi valere se riferite alla separazione. Per non dire poi della giurisprudenza di legittimità favorevole agli accordi preventivi in tema di conseguenze economiche della pronuncia di annullamento del matrimonio (Cass., 13 gennaio 1993, n. 348).

## 9. Contratti di convivenza e contenuti mancati nella l. n. 76 del 2016

Come già accennato sopra, la novella del 2016 in tema di rapporti tra conviventi di fatto e di contratti di convivenza omette di coprire vastissime aree<sup>69</sup>. Tra queste, si è, in particolare, segnalata la mancata riproduzione di tre disposizioni assai rilevanti, pur contenute nella prima versione del c.d. "testo Cirinnà". Trattasi, per la precisione, della possibilità per il contratto di convivenza di venire a disciplinare: «(...) 3) i diritti e le obbligazioni di natura patrimoniale derivanti per ciascuno dei contraenti dalla cessazione del rapporto di convivenza per cause diverse dalla morte; 4) che in deroga al divieto di cui all'articolo 458 e nel rispetto dei diritti dei legittimari, in caso di morte di uno dei contraenti dopo oltre sei anni dalla stipula del contratto spetti al superstite una quota di eredità non superiore alla quota disponibile. In assenza di legittimari, la quota attribuibile parzialmente può arrivare fino a un terzo dell'eredità; 5) che nei casi di risoluzione del contratto di cui all'articolo 17 della presente legge sia previsto l'obbligo di corrispondere al convivente con minori capacità economiche un assegno di mantenimento determinato in base alle capacità economiche dell'obbligato, al numero di anni del contratto di convivenza e alla capacità lavorativa di entrambe le parti»<sup>70</sup>.

La prima delle tre citate disposizioni, sostanzialmente riproduttiva di quanto già stabilito da svariati ordinamenti in diverse parti del mondo, avrebbe consentito, saggiamente, ai contraenti di predeterminare le conseguenze patrimoniali di un'eventuale rottura dell'unione, con possibili (e benefiche) ricadute anche sul versante degli accordi prematrimoniali<sup>71</sup>. Ora, non solo una previsione tanto saggia è stata (non si comprende perché) stralciata dal d.d.l., ma, addirittura, si potrebbe dubitare ora della possibilità per le parti di inserire comunque una clausola del genere, alla luce di quanto disposto dal comma 56 dell'articolo unico della riforma del 2016, che fa divieto di sottoporre il contratto a condizione o a termine<sup>72</sup>.

La seconda delle sopra citate previsioni normative, inopinatamente espunta dal

<sup>69</sup> Cfr. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 78 ss.

<sup>70</sup> Cfr. il comma 4 dell'art. 13 del d.d.l. S/2081/XVII, come risultante alla data del 2 luglio 2014; il documento è disponibile al seguente indirizzo web: [https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=00777449&part=doc\\_dc-allegato\\_a:1&parse=si&stampa=si&toc=no](https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=00777449&part=doc_dc-allegato_a:1&parse=si&stampa=si&toc=no).

<sup>71</sup> Cfr. per tutti G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 78 ss.

<sup>72</sup> Su questo punto specifico v. *infra*, § 10.



d.d.l., sarebbe venuta a porre un'eccezione al divieto dei patti successori. Essa avrebbe posto un problema di "coerenza" con l'assenza di un'analoga previsione nei rapporti *inter coniuges*<sup>73</sup>, ma avrebbe potuto comunque determinare l'inizio di una riflessione sull'opportunità di abrogare il divieto di cui all'art. 458 c.c. anche in relazione alle coppie coniugate (e, ovviamente, ai *partners* dell'unione civile).

Si è altresì rilevato che l'introduzione di siffatto tipo di pattuizioni avrebbe consentito di affrontare una serie di questioni, vale a dire quelle legate alla successione *mortis causa* di uno dei conviventi, rimasta totalmente negletta dalla riforma qui in commento. Basti dire al riguardo che, da un lato, il *partner* non solo non è considerato legittimario, ma neppure successibile *ex lege*, in assenza di testamento<sup>74</sup>.

Ma non basta ancora. Nessuna disposizione "agevolativa" di tipo fiscale è stata prevista per la successione testamentaria del convivente, trattato quindi alla stregua di un qualsiasi estraneo al nucleo familiare del *de cuius*, con la conseguenza che il convivente il quale intenda assicurare la tranquillità economica al proprio *partner* anche dopo la propria morte potrà, sì, istituirlo erede, ma, in tal modo lo esporrà al prelievo fiscale previsto per la successione di un qualunque estraneo alla famiglia del *de cuius*<sup>75</sup>. Si è rimarcato al riguardo che è certamente vero che oggi l'area delle famiglie "costrette" a rimanere fuori dal vincolo matrimoniale (o paramatrimoniale, nel caso dell'unione civile) si è considerevolmente ristretta al passato: alla coppia gay che vuole acquisire pieni diritti successori può oggi consigliarsi di scegliere l'unione civile, mentre sempre più rari sono i casi di conviventi eterosessuali che non possono unirsi in matrimonio per la perdurante presenza di un precedente vincolo coniugale, ove si considerino le novità introdotte dal c.d. «divorzio breve».

Resta, però, il fatto che per una serie di motivi, talora pienamente legittimi (desiderio di non pregiudicare le aspettative di eventuali figli di primo letto, timore di dover affrontare seri problemi e rilevanti spese in caso di rottura di un legame della cui solidità non si è ancora pienamente certi), talora meno

<sup>73</sup> V. infatti al riguardo quanto stabilito dalle varie proposte di legge in tema di contratti prematrimoniali, su cui cfr. per tutti G. OBERTO, *Suggerimenti per un intervento in tema di accordi preventivi sulla crisi coniugale*, cit., 88 ss.

<sup>74</sup> Sulla mancanza di una disciplina "ordinaria" in materia successoria nella novella del 2016 v. anche C. ROMANO, *Unioni civili e convivenze di fatto: una prima lettura del testo normativo*, in *Notariato*, 2016, 346 ss.; F. PADOVINI, *Il regime successorio delle unioni civili e delle convivenze*, in *Giur. it.*, 2016, 1817 ss.

<sup>75</sup> Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 80 ss.

(desiderio di non perdere una pensione di reversibilità), sembrerebbe *de iure condendo* corretto preservare, da un lato, la possibilità delle parti di non unirsi in matrimonio, attribuendo, dall'altro, taluni effetti successori (ancorché non coincidenti con quelli discendenti dal vincolo da coniugio) ad un rapporto affettivo sfociato in una convivenza *more uxorio* di una certa durata.

Infine, l'eliminazione, nel testo definitivo della riforma del 2016, dell'originaria previsione *ad hoc* sull'assegno di mantenimento viene a porre il dubbio che una disposizione negoziale del genere non sia consentita, anche se al risultato affermativo può forse pervenirsi per altra via<sup>76</sup>.

Si è, dunque, constatato, amaramente, che la prima riflessione sul contenuto dei contratti di convivenza è quella per cui la disposizione sembra segnalarsi più per ciò che essa non dice, che non per quanto espressamente indicato<sup>77</sup>. Attese le conclusioni di cui sopra, considerato che l'art. 458 c.c. sbarra la strada a pattuizioni volte a regolare la successione ereditaria, con preclusione altresì, nei confronti della donazione *mortis causa* e di quella *si praemortiar*<sup>78</sup>, non rimangono *de iure condito* che i meccanismi indiretti quali il contratto a favore di terzi in generale ed in specie l'assicurazione sulla vita, oppure la costituzione di una rendita vitalizia, o ancora l'acquisto di immobile per quote di nuda proprietà ed in usufrutto congiuntivo con patto di accrescimento in capo al superstite, eventualmente incrociando le quote di usufrutto e di nuda proprietà<sup>79</sup>. Proprio per ovviare a questi inconvenienti la proposta normativa dello scrivente mira ad introdurre i patti sulle successioni future tra conviventi, mercé il richiamo all'art. 162-*bis* c.c., che viene in tal modo a consentire anche alle parti di un'*union libre* di avvalersi dello strumento che si intenderebbe porre a disposizione dei coniugi e dei soggetti uniti civilmente<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 125 ss.

<sup>77</sup> Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 82.

<sup>78</sup> Cfr. G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 83 s.; A. FUSARO, *I contratti di convivenza*, in *Nuova giur. ligure*, 2016, sez. civ., Doc. 40, 1 ss., 2 (estratto gentilmente fornito dall'Autore).

<sup>79</sup> Per approfondimenti si rinvia a G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 308 ss.; ID., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 85 ss.; G. OBERTO, *Famiglia di fatto e convivenze: tutela dei soggetti interessati e regolamentazione dei rapporti patrimoniali in vista della successione*, in *Fam. e dir.*, 2006, 666 ss. Sul contratto a favore di terzi in funzione para-successoria v. da ultimo A. MATTERA, *La stipulazione a favore del terzo quale strumento alternativo alla devoluzione successoria*, in *Notariato*, 2017, 552 ss.

<sup>80</sup> Cfr. art. 162-*bis*, undicesimo comma, della proposta riportata *infra*, § 12, per i coniugi (e i soggetti uniti civilmente), nonché le proposte ivi riferite di modifica ai commi 42, 43, 56 e 65 della l. n. 76 del 2016, per i conviventi di fatto.

## 10. Segue. L'ammissibilità di clausole sulla rottura del rapporto di fatto pur dopo l'approvazione della l. n. 76 del 2016

L'infelicissima tecnica legislativa attraverso cui si è attuata la l. n. 76 del 2016 viene a presentare *ex novo* un problema in ordine alla possibilità di prevedere la cessazione della contribuzione, eventualmente prevista nel contratto di convivenza sotto ogni possibile forma (anche, ad es., di assegno di mantenimento o di messa a disposizione di un immobile), in caso di rottura dell'unione, o per qualsiasi altro evento (si pensi ad es., la perdita del posto di lavoro da parte del soggetto che si è obbligato ad una determinata erogazione, etc.). Anzi, a ben vedere, la questione appare ancora più generale e viene a porsi con riguardo a qualsiasi previsione negoziale che legghi l'effettuazione di una prestazione patrimoniale, nel contratto di convivenza, così come il suo eventuale venir meno, ad un avvenimento futuro ed incerto, così come ad un termine (iniziale o finale) certo.

In effetti, il comma 56 stabilisce che «Il contratto di convivenza non può essere sottoposto a termine o condizione. Nel caso in cui le parti inseriscano termini o condizioni, questi si hanno per non apposti», laddove, prima dell'introduzione di questa disposizione normativa, non si dubitava in dottrina che le prestazioni oggetto di un contratto di convivenza ben potessero essere temporalmente legate alla durata stessa del *ménage* o comunque collegate ad una condizione, tanto sospensiva che risolutiva, così come ad un termine, tanto iniziale che finale<sup>81</sup>.

Ora, a fronte dell'evidente assurdità delle conclusioni cui si perverrebbe se si volesse applicare anche alle clausole qui in esame il citato comma 56, va considerato, *in primis*, che le relative disposizioni sembrano il frutto di un evidente fraintendimento legislativo di quelle che sono le finalità di un contratto di convivenza nella libera unione. La ragione vera della norma risiede nell'ottica radicalmente errata in cui i conati di riforma degli ultimi decenni si sono andati muovendo in Italia.

Come dimostra la storia dei disegni di legge in materia e come (inutilmente) denunciato più volte in dottrina<sup>82</sup>, alla chiarezza dei testi (e, prima ancora, delle idee) non ha potuto giovare il tipo d'approccio costantemente prescelto dal legislatore nell'accostarsi ai problemi delle coppie omosessuali e delle

famiglie di fatto. Un approccio che sempre ha manifestato una certa qual dose di confusione, talora evidente, tra le due radicalmente diverse prospettive che un intervento normativo in questo settore avrebbe dovuto perseguire.

Da un lato, quella che mirava a porre fine, una buona volta per tutte, alla persistente discriminazione, indegna di un Paese che vorrebbe dirsi civile, verso le persone omosessuali in merito alla possibilità di suggellare con il vincolo matrimoniale la propria unione affettiva. Dall'altro, quella che aveva per scopo la soluzione di una serie di problemi giuridici inevitabilmente destinati a sorgere da una convivenza tra persone (di sesso diverso, così come dello stesso sesso) che, però, coscientemente, per le più svariate ragioni, avessero liberamente escluso la via del matrimonio. Quest'ultima, e solo quest'ultima, era la considerazione che si sarebbe dovuta porre alla base di un'ipotetica disciplina *ad hoc* dei contratti di convivenza. Disciplina che avrebbe dovuto, quindi, mirare alla costituzione, per via negoziale, di un rapporto giuridico fonte di reciproci diritti e doveri che possono anche per taluni aspetti assomigliare a quelli di due soggetti i quali vivano, come si soleva affermare nei secoli passati, *in schemate matrimoniali*, ma che da questi divergano per modo di costituzione e di cessazione, nonché per qualità, quantità ed intensità di effetti<sup>83</sup>.

Non appare pertanto condivisibile la posizione di chi ha lodato la disposizione in commento<sup>84</sup>, osservando che l'apposizione di termini e condizioni «rischierebbe di incidere anche sui profili personali del rapporto», posto che tale incidenza non potrebbe comunque essere diversa da quella che riguarda qualsiasi contratto, in relazione al quale ben possono assumere, come noto, rilievo "indiretto" profili di carattere personale, proprio mercé l'istituto della condizione, senza che per ciò venga meno il fondamentale requisito della patrimonialità<sup>85</sup>.

L'evidente confusione tra le due ben diverse prospettive testé evidenziate ha portato ai risultati attuali: da un lato l'attribuzione, a chi faceva valere istanze di parità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali, di un chiaro ed avvilente *minus* rispetto al matrimonio; dall'altra, l'imposizione a chi chiedeva una regolamentazione "leggera" di una forma di unione diversa da quella coniugale, di pesi, oneri ed orpelli para-matrimoniali, del tutto superflui, se non addirittura dannosi. Questo è proprio il caso del citato comma 56, che si "giustifica" in un'ottica puramente "matrimoniale", posto che, mentre ha un senso stabilire

<sup>81</sup> Sul punto v. per tutti G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 119 ss.

<sup>82</sup> Cfr. ad es. G. OBERTO, *I contratti di convivenza nei progetti di legge (ovvero sull'imprescindibilità di un raffronto tra contratti di convivenza e contratti prematrimoniali)*, in *Fam. e dir.*, 2015, 173 ss.

<sup>83</sup> G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 90 ss.

<sup>84</sup> Cfr. C. 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, 2102, secondo il quale «ben venga il divieto».

<sup>85</sup> Sul tema delle clausole c.d. "premiali" v. per tutti G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 193 ss.

che il matrimonio, per la “gravità” del vincolo che lo caratterizza, e, soprattutto, per il fatto di essere un negozio giuridico essenzialmente personale, non possa essere sottoposto a termini o condizioni, quale tipico esempio di *actus legitimus*<sup>86</sup>, non ha, invece, costruito alcuno stabilire lo stesso principio per un contratto che, come quello di convivenza, si colloca all’interno di un *genus* caratterizzato dalla patrimonialità degli effetti e per il quale l’apposizione di termini e condizioni risulta un *quid* del tutto “normale”. Tant’è vero che, nel campo coniugale, l’apponibilità di termini e condizioni (non al negozio matrimoniale in sé, ma) alle relative convenzioni patrimoniali appare in tutto e per tutto ammissibile<sup>87</sup>.

In definitiva, le ragioni di cui sopra non possono indurre se non ad una forma di interpretazione restrittiva della disposizione contenuta nel citato comma 56. Si deve, cioè, ritenere che il divieto di termini e condizioni attenga a quei soli elementi accidentali che siano eventualmente apposti al contratto nel suo complesso e non già a questa o quella peculiare statuizione patrimoniale, a questa o quella particolare clausola. Del resto, proprio in questi termini letterali sembra esprimersi la norma: «Il contratto di convivenza» (e non: questo o quel particolare effetto di esso, questa o quella particolare clausola) «non può essere sottoposto a termine o condizione»<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. art. 108 c.c., su cui G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in CICU - MESSINEO - MENGONI (già diretto da) SCHLESINGER (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, 365.

<sup>87</sup> Sul tema della possibilità per i coniugi di sottoporre a termini o condizioni l’efficacia delle convenzioni patrimoniali cfr. G. OBERTO, *L’autonomia negoziale nei rapporti patrimoniali tra coniugi (non in crisi)*, in *Famiglia*, 2003, 671 s.; ID., *La comunione legale tra coniugi*, II, cit., 1669 ss.

<sup>88</sup> Cfr. G. OBERTO, *I rapporti patrimoniali nelle unioni civili e nelle convivenze di fatto*, cit., 90 ss.; approva tale soluzione A. FUSARO, *I contratti di convivenza*, cit., 2; sembra seguire la soluzione proposta dallo scrivente anche T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 397. A conclusioni analoghe pare pervenire anche M. PARADISO, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell’obbligo alimentare*, in *Famiglia*, 2017, 295: «Non è possibile qui soffermarsi sull’ammissibilità di accordi preventivi in materia, che attiene propriamente all’ambito dei contratti di convivenza; mi limito ad osservare che essi non possono ritenersi preclusi dal sancito divieto di apporvi termini o condizioni (art. 1, comma 56). Come che sia del problema generale, nel nostro caso la fine del rapporto non è avvenimento al quale siano subordinati “l’efficacia o la risoluzione del contratto”, com’è proprio della condizione; è piuttosto una evenienza alla quale sono ricollegati (diversi e comunque) specifici effetti: nella specie, la misura e il contenuto della solidarietà post-convivenza che, mentre sono contemplati già nel disegno normativo, ben si prestano a una definizione convenzionale, fermo il limite della sua irrinunciabilità sostanziale. Si consideri del resto che, a tenore della

In senso contrario non vale rimarcare<sup>89</sup> che il contratto di convivenza di cui alla riforma in commento sarebbe (addirittura!) «stato costruito come privo di vincolatività» e, per questa ragione, sarebbe «incapace di sopravvivere alla crisi del rapporto, che dunque non potrà certo pretendere di regolamentare, con quella che sarebbe peraltro una condizione da reputare, in quanto tale, *pro non scripta*»: inutile, allora, disquisire *tout court* - verrebbe fatto di dire - di un contratto di cui si nega *in apicibus* la vincolatività (caratteristica, quest’ultima, che del contratto costituisce l’imprescindibile quintessenza: cfr. art. 1372 c.c.). In ogni caso, appare evidente che, proprio al fine di spazzare via ogni possibile incertezza, sembra opportuno eliminare del tutto il comma 56 cit., proprio come si propone di fare l’intervento normativo qui ipotizzato<sup>90</sup>.

## 11. Contratti di convivenza, obbligazioni naturali e obbligo alimentare

Uno dei tanti quesiti che la novella del 2016 in tema di convivenza di fatto è venuta a porre è se la tradizionale tesi delle obbligazioni naturali tra conviventi vada oggi ripensata, o, per lo meno, ritoccata. Da un lato va detto che, non avendo il legislatore disposto alcunché al riguardo, nulla sembra essere mutato<sup>91</sup>. Dall’altro, proprio la disposizione introdotta dal comma 65 della citata riforma, sul diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza<sup>92</sup>, potrebbe

giurisprudenza corrente, l’avvio di una convivenza estingue il diritto all’assegno divorzile: come non comprendere allora se, attesa la precarietà del rapporto informale, le parti vogliono introdurre una misura previdenziale?».

<sup>89</sup> Come fa invece M. RIZZUTI, *Prospettive di una disciplina delle convivenze: tra fatto e diritto*, in *www.giustiziacivile.com*, 2016, 7.

<sup>90</sup> Cfr. *infra*, § 12.

<sup>91</sup> Per una proposta legislativa in tal senso cfr. G. OBERTO, *Proposta di legge sul tema: disposizioni in materia di accordi di convivenza*, 2001, <http://giacomooberto.com/convivenza/proposta.htm>, anche in ID., *Famiglia e rapporti patrimoniali. Questioni d’attualità*, Milano, 2002, 1057 ss.; l’art. 3 di tale articolato era stato letteralmente ripreso dalla proposta presentata il 13 giu. 2001 su iniziativa dell’On. Belillo - n. 795/XIV/C - e successivamente trasposto in altri progetti presentati nella XVI legislatura: sul tema v. anche G. OBERTO, *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 87 ss.

<sup>92</sup> Su cui v., anche per i richiami, l’interessante lavoro di F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del “convivente di fatto”*, in *Fam. e dir.*, 2017, 705 ss. Cfr. inoltre G. IORIO, *Il disegno di legge sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto: appunti e proposte sui lavori in corso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1025 ss.; A. BERTOCCHI - B. DE PAOLA, *Brevi note in tema di diritto agli alimenti*, in LUPOI - CECHELLA - CANCIOLO - MAZZOTTA (a cura di), AA.VV., *Unioni civili e convivenze: guida commentata alla legge n. 76 del 2016*, Rimini, 2016, 318 ss.; M. BLASI, *Il diritto dei conviventi di fatto agli alimenti*, in M. BLASI - R. CAMPIONE - A.

essere intesa come espressiva dell'intento del legislatore di "codificare", ma, nel contempo, limitare agli alimenti, tutto ciò che, a livello di prestazioni patrimoniali, le concezioni morali e sociali intendono come doverosamente generato dalla convivenza *more uxorio*.

Se così fosse, però, si rischierebbe di immiserire i risultati cui ha portato una lunghissima evoluzione giurisprudenziale, che da una concezione meramente "indennitaria" delle obbligazioni naturali in discorso, è passata, a partire da un famoso precedente del 1975, ad affermarne una concezione "contributiva", sostanzialmente basata sull'affidamento reciprocamente riposto dai *partners* dell'unione libera nella contribuzione alle spese ed alla vita del *ménage*, già durante la sua esistenza e non certo solo al momento della rottura<sup>93</sup>. Deve quindi ritenersi che qualsiasi prestazione patrimoniale effettuata durante la convivenza (purché, ovviamente, dotata delle caratteristiche di proporzionalità cui si è fatto cenno) continuerà a produrre l'effetto descritto dall'art. 2034 c.c., ancorché di misura superiore agli alimenti che sarebbero spettati (o, magari, neppure sarebbero spettati, in assenza di uno stato di bisogno) all'*accipiens*.

Quanto alla ricaduta sui contratti di convivenza, dopo la novella in discorso (ma, secondo la tesi assolutamente prevalente, già prima), non ha più senso alcuno disquisire sulla (supposta) impossibilità di trasfondere in un'obbligazione civile l'obbligazione naturale di contribuzione vigente tra conviventi<sup>94</sup>. D'altro canto, il peculiare contesto in cui i rapporti in oggetto vengono a situarsi deve consentire - ma trattasi di questione, ovviamente, delicatissima - di ritenere derogabile anche l'obbligo alimentare fissato dal comm 65. In senso contrario si è osservato<sup>95</sup>, con argomentazione certo di non trascurabile peso, che la collocazione della norma dopo la disciplina del contratto di convivenza, oltre ad indicare che gli alimenti sono dovuti in ogni caso, anche in presenza di un accordo contrattuale fra le parti sulle regole patrimoniali dello loro convivenza e qualunque ne sia il contenuto, evidenzia anche in questo caso la loro «comune qualifica di diritto irrinunciabile: costituiscono infatti un soccorso ultimo per chi è in stato di bisogno»<sup>96</sup>.

FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, cit., 252 ss.; L. LENTI, *Convivenza di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 931 ss., 938.

<sup>93</sup> Per tutti cfr. G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 35 ss.

<sup>94</sup> Cfr. G. OBERTO, *I contratti di convivenza*, cit., 1331 ss., 1343, 1378 ss.

<sup>95</sup> Cfr. L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, 2016, [http://www.juscivile.it/contributi/2016/08\\_Lenti.pdf](http://www.juscivile.it/contributi/2016/08_Lenti.pdf), 18.

<sup>96</sup> Per l'inderogabilità sono anche E. QUADRI, "Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e

Ora, a favore della tesi della derogabilità, nel peculiare contesto dei contratti di convivenza, sembra militare il rilievo secondo cui la disciplina normativa "suppletiva" (in caso, cioè, di mancato adempimento dell'obbligazione naturale tra conviventi e di mancata previsione di obbligazioni civili mercé un contratto di convivenza) non può determinare una regolamentazione para-matrimoniale *contro* la volontà delle parti del rapporto.

Si ricordi quanto affermato dalla Consulta nel lontano 1998<sup>97</sup> a proposito dei rapporti fra matrimonio e convivenza di fatto: le parti «nel preferire un rapporto di fatto hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio; onde la imposizione di norme, applicate in via analogica, a coloro che non hanno voluto assumere i diritti e i doveri inerenti al rapporto coniugale si potrebbe tradurre in una inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza»<sup>98</sup>.

Quanto sopra sembra comportare, quale inevitabile conseguenza, la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme della riforma del 2016 che ricollegano effetti giuridici alla semplice convivenza, nel senso che tutti gli effetti patrimoniali para-matrimoniali del *ménage* di fatto (dall'obbligo alimentare, al diritto di permanere a certe condizioni e per un certo periodo nella casa familiare, pur nel caso di decesso del *partner*) possano essere senz'altro esclusi dal contratto di convivenza (senza che, per il patto

"convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, 2016, 901; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 16; A. SIMEONE, *Le convivenze di fatto ex lege 76 del 2016*, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it), 2017, 28 («Per effetto dell'introduzione dell'assegno alimentare a favore del convivente (comma 65) tutte le clausole che dovessero prevedere una rinuncia preventiva all'assegno alimentare saranno affette da nullità assoluta»); nello stesso senso, peraltro senza motivazione, è C. BONA, *La disciplina delle convivenze*, loc. ult. cit.

<sup>97</sup> Cfr. Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Guida dir.*, 1998, n. 21, 40, con nota di A. FINOCCHIARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 678, con nota di FERRANDO; in *Rass. dir. civ.*, 1998, 880, con nota di VELLUZZI.

<sup>98</sup> Nello stesso senso v. già G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 36 ss., anche per una lettura della libertà matrimoniale, costituzionalmente garantita, anche come libertà "negativa", dall'applicazione, cioè, di conseguenze matrimoniali a chi tali conseguenze non vuole; dopo la riforma del 2016, cfr. inoltre in questo stesso senso F.P. LUISO, *La convivenza di fatto dopo la L. 2016/76*, in <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2016/11/F.P.-Luiso.pdf>, 2016, 1; anche R. PACIA, *Unioni civili e convivenze*, cit., 19, ammette che «Fare derivare *ex lege* effetti giuridici da un semplice comportamento concreto, la convivenza, oltre che mettere a rischio diritti e interessi di terzi, significherebbe violare, per eccesso di tutela, il diritto dell'individuo di organizzare la propria vita in maniera del tutto libera e svincolata: non è pensabile di imporre un modello organizzativo di convivenza a chi, avendo ripudiato l'idea del matrimonio, desidera soltanto convivere, senza farne derivare necessariamente ed *ipso iure* diritti e obblighi».

in deroga al disposto del comma 42, si possa invocare la regola del divieto del patti successori, dovendo prevalere l'interpretazione costituzionalmente orientata appena prospettata sullo stesso art. 458 c.c.)<sup>99</sup>. Attesa la delicatezza dell'argomento e la controvertibilità delle ragioni addotte dall'una e dall'altra parte, appare comunque opportuno che la riforma qui *envisagée* della novella del 2016 si faccia espressamente carico anche di tali profili, eliminando ogni possibile dubbio<sup>100</sup>. Al di là di queste previsioni, qualora l'intento delle parti fosse invece quello di fornire alla parte debole una tutela superiore rispetto a quella prevista dalla legge, il più ampio spazio deve intendersi concesso alla libertà negoziale. Superato, come già detto, l'ostacolo costituito dal comma 56 della riforma del 2016<sup>101</sup>, all'esito della tipizzazione del contratto di convivenza e del riconoscimento, al medesimo, di un ruolo di assoluta centralità nella regolamentazione dei rapporti, specie patrimoniali, tra i conviventi, nulla impedisce alla libertà negoziale dei paciscenti di pattuire, vuoi prima, vuoi durante la convivenza e in vista della sua rottura, l'obbligo, per una delle parti di contribuire in vario modo al mantenimento dell'ex-partner, mediante la messa a disposizione di beni, l'erogazione di un assegno mensile, già ben definito nella sua entità, oppure l'adempimento in suo favore di una prestazione *una tantum*<sup>102</sup>.

72

Il richiamo ai principi generali in tema di libertà contrattuale dovrà pertanto indurre a ritenere ammissibili veri e propri «contratti della crisi della convivenza di fatto»<sup>103</sup>, rivolti a disciplinare in maniera più incisiva, di quanto non faccia

<sup>99</sup> Interessante al riguardo anche l'argomentazione di F. TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20 maggio 2015, n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1744, Secondo cui «Il fatto, poi, che il legislatore abbia scelto di non modificare l'art. 433 c.c., inserendo tra i soggetti obbligati anche il convivente, potrebbe costituire un ulteriore indizio della volontà dello stesso di svincolare l'obbligo del convivente da quella stretta inderogabilità che caratterizza l'obbligo alimentare degli altri soggetti obbligati».

<sup>100</sup> Cfr. in particolare le proposte modifiche ai commi 42, 43, 56 e 65 della l. n. 76 del 2016, riportate *infra*, § 12.

<sup>101</sup> V. *supra*, § 10.

<sup>102</sup> Cfr. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, cit., 955.

<sup>103</sup> L'espressione, proposta da OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, cit., 171 ss., è approvata da F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, cit., 719. Anche per FERRANDO, *Libertà e solidarietà nella crisi delle convivenze*, in *Famiglia*, 2017, 310 «Naturalmente nulla impedisce ai conviventi di accordarsi diversamente, fissando, in via convenzionale, una diversa misura dell'assegno o pattuendo misure alternative all'assegno periodico, come il trasferimento di beni o la corresponsione una tantum di somme di denaro».

la legge stessa, la fase della rottura della relazione affettiva di coppia, mediante la previsione di ulteriori provvidenze di tipo patrimoniale rispetto alla minima tutela legale del diritto agli alimenti.

Ben potrà convenirsi, allora, l'insorgenza di un obbligo di mantenimento, in caso di dissoluzione della convivenza, in favore del *partner* economicamente debole, con opportuna individuazione dei presupposti e del contenuto specifico di tale vincolo<sup>104</sup>, fermo restando, tuttavia, l'insuperabile limite, già individuato in sede dottrinale, per cui tale previsione non vada a celare intenti sanzionatori a carico del soggetto, cui sia da imputare l'iniziativa o, comunque, la causa della cessazione della convivenza<sup>105</sup>, dovendo essa avere, quale unica e meritevole ragione ispiratrice, il fine previdenziale di garantire assistenza materiale a vantaggio dell'ex convivente che si trovi, a quel tempo, in precarie condizioni economiche<sup>106</sup>.

73

<sup>104</sup> Così F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, loc. ult. cit.

<sup>105</sup> Cfr., sul punto, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2015, 207, il quale esclude che i conviventi possano prevedere conseguenze sanzionatorie in ordine alla cessazione unilaterale della convivenza, atteso che essa si caratterizza quale rapporto intrinsecamente fondato sulla libertà e spontaneità dei comportamenti dei suoi componenti. Sul punto v. anche G. OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, cit., 193 ss.; ID., *I contratti di convivenza tra autonomia privata e modelli legislativi*, cit., 42 ss.; M. FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in BONILINI (diretto da), AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia, II, Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino, 2016, 1870 ss., secondo il quale, sia pure con riferimento alla prestazione alimentare, la previsione, nel contratto di convivenza, del diritto agli alimenti, per il caso in cui dovesse cessare la convivenza, «che potrebbe risultare nulla se la si configurasse come penale, deve essere valutata legittima se il fine al quale è diretta è quello di assistenza e di soccorso del convivente in condizione di maggiore difficoltà economica». Anche per P. ROMEO, *Note sui contratti di convivenza*, in *Famiglia*, 2017, 374 «Non sembrano inoltre poter trovare spazio eventuali clausole penali a carico del convivente che decida unilateralmente di interrompere il rapporto di convivenza. Diversa, invece, potrebbe essere la sorte di attribuzioni patrimoniali sospensivamente condizionate al cessare della convivenza (e.g. diritto di abitazione sulla casa "familiare")», qualora, a seguito di un'attenta valutazione delle medesime, per le stesse possa escludersi una riconduzione allo schema della penale per il caso di abbandono, pena la nullità in quanto clausola limitativa della libertà del contraente; solo qualora si ravvisi che la clausola non abbia effettivamente finalità sanzionatorie, la stessa potrà ritenersi ammissibile».

<sup>106</sup> Così ancora F.S. MATTUCCI, *Gli alimenti in favore del "convivente di fatto"*, cit.

**12. Appendice. Proposta di legge dal titolo: «Modifiche al codice civile, alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, alla legge 6 marzo 1987, n. 74 e alla legge 20 maggio 2016, n. 76, in materia accordi preventivi sulla crisi coniugale, sulla crisi dell'unione civile e sullo scioglimento della convivenza di fatto»**

\* \* \*

Modifiche al codice civile, alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, alla legge 6 marzo 1987, n. 74 e alla legge 20 maggio 2016, n. 76,  
In materia accordi preventivi sulla crisi coniugale, sulla crisi dell'unione civile e sullo scioglimento della convivenza di fatto<sup>107</sup>

*Art. 129 c.c. – Diritti dei coniugi in buona fede.*

1. Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze.
2. Per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, si applica l'articolo 155.
3. *L'applicazione delle disposizioni del presente articolo è esclusa nel caso le parti abbiano stipulato un accordo preventivo ai sensi dell'articolo 162-bis per il caso di annullamento del matrimonio. In tale caso il giudice attribuisce all'accordo efficacia di titolo esecutivo.*

*Art. 129-bis c.c. – Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo.*

1. Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno

<sup>107</sup> Per una più agevole comprensione si è preferito presentare in questa sede un testo già coordinato, con eliminazione dell'articolato della proposta, sostituito dalla versione integrale delle disposizioni di cui si propongono modifiche. Le modifiche proposte sono evidenziate in corsivo.

sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati.

2. Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente.

3. In ogni caso il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell'indennità.

4. *L'applicazione delle disposizioni del presente articolo è esclusa nel caso le parti abbiano stipulato un accordo preventivo ai sensi dell'articolo 162-bis per il caso di annullamento del matrimonio. In tale caso il giudice attribuisce all'accordo efficacia di titolo esecutivo.*

*Art. 156 c.c. – Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi.*

1. *In difetto di apposito accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-bis, il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.*
2. L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato.
3. Resta fermo l'obbligo di prestare gli alimenti di cui agli articoli 433 e seguenti.
4. *Il giudice dà atto dell'esistenza di un accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-bis, dichiarandolo titolo esecutivo. Tale dichiarazione può essere emessa in qualunque stato e grado del processo, compresa la fase presidenziale.*
5. Il giudice che pronunzia la separazione può imporre al coniuge di prestare idonea garanzia reale o personale se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento degli obblighi previsti dai precedenti commi e dall'articolo 155.
6. La sentenza costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ai sensi dell'articolo 2818.
7. In caso di inadempimento, su richiesta dell'avente diritto, il giudice può disporre il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato e ordinare ai terzi, tenuti a corrispondere anche periodicamente somme di danaro all'obbligato, che una parte di essa venga versata direttamente agli aventi diritto.

8. Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti di cui ai commi precedenti.

Art. 162-bis c.c. – Accordi preventivi sulla crisi coniugale.

1. I futuri coniugi, prima della celebrazione del matrimonio, ed i coniugi, sino alla presentazione del ricorso di separazione personale, ovvero prima della sottoscrizione della convenzione di negoziazione assistita ovvero della conclusione dell'accordo di cui, rispettivamente agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, possono stipulare, con la stessa forma prevista nell'articolo 162, convenzioni volte a disciplinare le condizioni ed i rapporti patrimoniali dipendenti dall'eventuale separazione personale, così come dall'eventuale annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

2. I predetti accordi possono anche essere conclusi mediante scrittura privata autenticata da avvocato iscritto all'albo speciale di cui all'art. 33, R.d. 27 novembre 1933, n. 1578. In tal caso l'atto deve altresì contenere, a pena di nullità dell'accordo, le distinte dichiarazioni di due avvocati iscritti all'albo speciale di cui all'art. 33, r.d. 27 novembre 1933, n. 1578, con le quali si attesta che ciascuna delle due parti è stata informata sulle conseguenze degli accordi in oggetto. L'autentica così rilasciata attribuisce alle convenzioni la natura di atti idonei alla trascrizione, ai sensi dell'art. 2657. I patti comportanti modifica delle regole in tema di scioglimento di uno dei regimi patrimoniali disciplinati dagli articoli da 159 a 230-bis debbono essere stipulati comunque con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162 e sono soggetti alla pubblicità prevista da tale disposizione. Gli accordi in oggetto possono essere modificati o abrogati con il rispetto delle medesime forme prescritte dal presente comma e dal precedente. Le regole in materia di forma di cui al presente articolo non si applicano agli accordi conclusi in sede di separazione personale in vista del divorzio.

3. Le convenzioni riguardanti i figli minori nati o nascituri devono essere autorizzate dal tribunale ordinario in camera di consiglio. Il relativo ricorso va presentato dalle parti dinanzi al tribunale del luogo di residenza della famiglia. Il procedimento è disciplinato dagli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile.

4. Nel caso la convenzione sia stata stipulata prima della celebrazione del matrimonio o prima della nascita di figli, il ricorso può essere presentato solo

una volta celebrato il matrimonio, se la coppia ha già almeno un figlio, oppure, in caso contrario, alla nascita del primo figlio; esso va successivamente ripresentato, eventualmente operate le opportune modifiche alla convenzione, dopo la nascita di ciascun altro figlio della coppia. Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice rifiuta allo stato l'autorizzazione.

5. Con gli accordi in oggetto un coniuge può prevedere l'attribuzione all'altro, così come alla prole, al verificarsi di uno degli eventi sopra descritti, di una somma di denaro periodica, o una somma di denaro una tantum, ovvero un diritto reale su uno o più beni mobili o immobili.

6. Le parti possono anche costituire su uno o più immobili o mobili iscritti in pubblici registri un vincolo di destinazione ai sensi dell'articolo 2645-ter, in favore dei coniugi stessi, o di uno solo di essi, così come dei figli, sia per la durata del rapporto matrimoniale, che dopo l'eventuale verificarsi della separazione personale, dell'annullamento o dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio.

7. Le parti possono predeterminare, oltre all'ammontare e all'oggetto delle eventuali prestazioni da corrispondere a seguito della separazione personale o dell'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, anche le condizioni delle predette prestazioni, ivi compresa l'eventuale cessazione di quelle periodiche o, al contrario, la persistente debenza delle stesse a seguito dell'instaurazione di una convivenza more uxorio da parte dell'uno o dell'altro dei contraenti. Esse possono anche contenere la rinuncia, totale o parziale, di una delle parti al mantenimento da parte dell'altra, così come alle prestazioni patrimoniali previste dagli articoli 129 e 129-bis o all'assegno previsto dalle disposizioni in tema di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, salvo il diritto dei coniugi agli alimenti ai sensi degli articoli 433 e seguenti.

8. Un coniuge può anche trasferire, o impegnarsi a trasferire, all'altro coniuge o ad un terzo beni o diritti destinati al mantenimento, alla cura o al sostegno di figli disabili per la durata della loro vita o fino a quando permane lo stato di bisogno, la menomazione o la disabilità.

9. Gli impegni ad operare il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali ai sensi dei commi quinto e ottavo del presente articolo sono assistiti, in caso di inadempimento, dal rimedio di cui all'articolo 2932.

10. Le parti possono stabilire un criterio di adeguamento automatico del valore delle attribuzioni patrimoniali predisposte con la convenzione.

11. In tali convenzioni, in deroga al divieto dei patti successori e alle norme in tema di riserva del coniuge legittimario, possono essere previste anche

disposizioni per la successione di uno o di entrambi i coniugi, salvi i diritti degli altri legittimari. Questi patti debbono essere stipulati comunque con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162.

12. Salvo patto contrario, le convenzioni di cui al presente articolo non sono passibili di modificazione o revisione ai sensi degli articoli 710 del codice di procedura civile e 9, legge 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modifiche. Alle convenzioni di cui al presente articolo trova applicazione l'articolo 1467. Resta ferma la possibilità di attribuire alla convenzione la natura di contratto aleatorio ai sensi dell'articolo 1469.

13. Alla modificazione delle convenzioni di cui ai commi precedenti si procede con la stessa forma prevista al primo ed al secondo comma.

Art. 194 c.c. – *Divisione dei beni della comunione.*

1. La divisione dei beni della comunione legale si effettua ripartendo in parti eguali l'attivo e il passivo, *salva diversa disposizione contenuta nella convenzione stipulata ai sensi degli articoli 162 o 162-bis. In tale ultimo caso la convenzione necessita del rispetto della forma prescritta dall'articolo 162.*

2. Il giudice, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, può costituire a favore di uno dei coniugi l'usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge.

Art. 210 c.c. – *Modifiche convenzionali alla comunione legale dei beni.*

1. I coniugi possono, mediante convenzione stipulata a norma dell'articolo 162, o a norma dell'articolo 162-bis, in quest'ultimo caso stipulata con il rispetto della forma prescritta dall'articolo 162, modificare il regime della comunione legale dei beni purché i patti non siano in contrasto con le disposizioni dell'articolo 161.

3. I beni indicati alle lettere c), d) ed e) dell'articolo 179 non possono essere compresi nella comunione convenzionale.

3. [Terzo comma abrogato]

Art. 2647-bis – *Trascrizione degli accordi preventivi sulla crisi coniugale.*

*Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale stipulati ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'articolo 162-bis devono essere trascritti, se hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà o la costituzione di diritti reali su beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri.*

*Gli atti enunciati nel comma precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi.*

Art. 2653 – *Altre domande e atti soggetti a trascrizione a diversi effetti.*

Devono parimenti essere trascritti:

1) le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi.

La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda;

2) la domanda di devoluzione del fondo enfiteutico.

La pronuncia di devoluzione ha effetto anche nei confronti di coloro che hanno acquistato diritti dall'enfiteuta in base a un atto trascritto posteriormente alla trascrizione della domanda;

3) le domande e le dichiarazioni di riscatto nella vendita di beni immobili.

Se la trascrizione di tali domande o dichiarazioni è eseguita dopo sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'esercizio del riscatto, restano salvi i diritti acquistati dai terzi dopo la scadenza del termine medesimo in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda o della dichiarazione;

4) le domande di separazione degli immobili dotali e quelle di scioglimento della comunione tra coniugi avente per oggetto beni immobili.

La sentenza che pronunzia la separazione o lo scioglimento non ha effetto a danno dei terzi che, anteriormente alla trascrizione della domanda, hanno validamente acquistato dal marito diritti relativi a beni dotali o a beni della comunione;

5) gli atti e le domande che interrompono il corso dell'usucapione di beni immobili.

L'interruzione non ha effetto riguardo ai terzi che hanno acquistato diritti



dal possessore in base a un atto trascritto o iscritto, se non dalla data della trascrizione dell'atto o della domanda.

Alla domanda giudiziale è equiparato l'atto notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

6) *le domande giudiziali dirette all'adempimento delle obbligazioni assunte ai sensi dei commi quinto, sesto, settimo e ottavo dell'articolo 162-bis, qualora abbiano ad oggetto l'impegno ad effettuare il trasferimento della proprietà o la costituzione di un diritto reale per effetto delle citate convenzioni. La sentenza pronunciata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda.*

Legge n. 898 del 1970

Art. 5, comma 6

80

6. Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, *in difetto di apposito accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-bis del codice civile*, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive. *Il giudice dà atto dell'esistenza di un accordo preventivo sulla crisi coniugale, stipulato ai sensi dell'articolo 162-bis del codice civile, dichiarandolo titolo esecutivo. Tale dichiarazione può essere emessa in qualunque stato e grado del processo, compresa la fase presidenziale.*

Legge n. 74 del 1987

Art. 19

1. Tutti gli atti, i documenti ed i provvedimenti, *ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 162-bis del codice civile*, relativi al procedimento di separazione

personale dei coniugi, ovvero di annullamento, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché ai procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti ad ottenere la corresponsione o la revisione degli assegni di cui agli articoli 5 e 6 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, *nonché a quelli di cui agli articoli 155 e 156 del codice civile*, sono esenti dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa. *Gli stessi principi trovano applicazione con riferimento ai procedimenti relativi alle conseguenze della cessazione della convivenza di fatto, nonché agli accordi di cui all'art. 1, comma 56, della legge 20 maggio 2016, n. 76.*

Legge n. 76 del 2016

Art. 1

Comma 56 [sostituito dal seguente]

56. *I contraenti possono altresì stabilire quali saranno le conseguenze patrimoniali dell'eventuale cessazione della convivenza per iniziativa comune, o anche di uno solo di essi. La relative intese sono disciplinate dall'art. 162-bis e dall'art. 2647-bis del codice civile. In relazione a tali accordi le parole «coniuge» e «coniugi» sono sostituite dalle parole «convivente di fatto» e «conviventi di fatto»; l'espressione «celebrazione del matrimonio» è sostituita dall'espressione «inizio della convivenza di fatto»; le espressioni «separazione personale», «crisi coniugale», «annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio» sono sostituite dall'espressione «cessazione della convivenza di fatto»; l'espressione «regimi patrimoniali disciplinati dagli articoli da 159 a 230-bis» è sostituita dall'espressione «regimi patrimoniali prescelti dalle parti, ivi compresa l'impresa familiare ai sensi dell'art. 230-ter del codice civile»; l'espressione «rapporto matrimoniale» è sostituita dall'espressione «rapporto di convivenza di fatto».*

81

Legge n. 76 del 2016

Art. 1

Comma 42

42. Salvo quanto previsto dall'articolo 337-*sexies* del codice civile, in caso di morte del proprietario della casa di comune residenza il convivente di fatto superstite ha diritto di continuare ad abitare nella stessa per due anni o per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i

cinque anni. Ove nella stessa coabitino figli minori o figli disabili del convivente superstite, il medesimo ha diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza per un periodo non inferiore a tre anni. *Le disposizioni del presente comma sono derogabili con un contratto di convivenza stipulato ai sensi e per gli effetti dei commi 50 e seguenti.*

Legge n. 76 del 2016

Art. 1

Comma 43

43. Il diritto di cui al comma 42 viene meno nel caso in cui il convivente superstite cessa di abitare stabilmente nella casa di comune residenza o in caso di matrimonio, di unione civile o di nuova convivenza di fatto. *Le disposizioni del presente comma sono derogabili con un contratto di convivenza stipulato ai sensi e per gli effetti dei commi 50 e seguenti.*

Legge n. 76 del 2016

82 Art. 1

Comma 65

65. In caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma é adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle. *Le disposizioni del presente comma sono derogabili con un contratto di convivenza stipulato ai sensi e per gli effetti dei commi 50 e seguenti.*

*[Disposizione finale del presente d.d.l.]*

*Le disposizioni della presente legge riferite ai coniugi ed ai futuri coniugi sono applicabili all'unione civile ai sensi e nei limiti di quanto disposto dall'articolo 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76.*